

**PFB Praxis Freiberufler-Beratung**

# **Vermögensverwaltende Personengesellschaft**

## **Praktische Gestaltungstipps und Arbeitshilfen**

**SONDERAUSGABE**

**Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Zivil- und Ertragsteuerrecht.....1**

**Zivilrechtliche Grundlagen vermögensverwaltender Personengesellschaften.....2**

1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....2

2. Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft.....3

3. Buchführungspflichten.....4

4. Rechtsformwahl.....5

5. Familiengesellschaften.....8

6. Ergebnisverteilungsabreden .....10

**Steuerrechtliche Grundlagen vermögensverwaltender Personengesellschaften .....12**

1. Einkünftequalifikation.....12

2. Ergebnisverteilung und Sondervergütung .....18

3. Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern.....23

4. Zusammenfassung und Fazit .....25

**Wir helfen Ihnen gern!**

Es ist unsere Aufgabe, Sie mit praktischem Wissen und konkreten Empfehlungen im Beruf zu unterstützen. Manchmal bleiben dennoch Fragen offen oder Probleme ungelöst. Sprechen Sie uns an! Wir bemühen uns um schnelle Antworten – sei es bei Fragen zur Berichterstattung, zur Technik, zum digitalen Angebot oder zu Ihrem Abonnement.

**Für Fragen zur Berichterstattung:**

Jürgen Derlath  
Stellv. Chefredakteur (verantwortlich)  
Telefon 02596 922-29  
Fax 02596 922-80  
E-Mail derlath@iww.de

**Für Fragen zur Technik (Online und Mobile):**

Susanne Kreutzer  
Projektleiterin Online  
Telefon 02596 922-42  
Fax 02596 922-99  
E-Mail kreutzer@iww.de

**Für Fragen zum Abonnement:**

IWW Institut, Kundenservice  
Max-Planck-Straße 7/9  
97082 Würzburg  
Telefon 0931 4170-472  
Fax 0931 4170-463  
E-Mail kontakt@iww.de

## EINLEITUNG

## Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Zivil- und Ertragsteuerrecht

von Prof. Dr. Stephan Peters, Hochschule für Finanzen NRW, Nordkirchen

| Vermögensverwaltende Personengesellschaften treten in verschiedenen Varianten in Erscheinung und haben die Rechtsprechung in den vergangenen Monaten intensiv beschäftigt. Diese Sonderausgabe skizziert neben zivilrechtlichen Erwägungen zur Rechtsformwahl aktuelle steuerrechtliche Fragestellungen und gibt Gestaltungshinweise. |

Praktisch kommt vermögensverwaltenden Personengesellschaften insbesondere im Bereich der Gestaltung von Familienvermögen eine große Bedeutung zu. Begrifflich handelt es sich bei einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft um eine Personengesellschaft, die Überschusseinkünfte erzielt (Jürgensmann in: Haase/Dorn, Vermögensverwaltende Personengesellschaften [PersGes], 6. Aufl. 2025, Rz. 763).

Eine Erscheinungsform der vermögensverwaltenden Personengesellschaft ist die Familiengesellschaft, wobei es sich dabei nicht um eine besondere Rechtsform handelt, sondern um eine Gesellschaft, an der ausschließlich oder zumindest weit überwiegend Familienmitglieder beteiligt sind.

Optimierung des  
Freiberufler-  
Vermögens

### ■ Besteuerungsmerkmale im Überblick

Die vermögensverwaltende Personengesellschaft spielt für Freiberufler im Ertragsteuerrecht eine wichtige Rolle, insbesondere zur steuerlich optimierten Verwaltung privaten Vermögens.

Die vermögensverwaltende Gesellschaft unterliegt nicht der Gewerbesteuer, sofern keine gewerblichen Tätigkeiten aufgenommen oder schädliche gewerbliche Beteiligungen begründet werden. Besonders im Bereich der Immobilienvermietung ist auf eine saubere Abgrenzung zur gewerblichen Tätigkeit zu achten.

Sie erzielt auch keine freiberuflichen Einkünfte, sondern Überschusseinkünfte, z. B. aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) oder Kapitalvermögen (§ 20 EStG).

Subjekt der Einkünfterzielung ist die vermögensverwaltende Personengesellschaft, wobei Einkünfterzielungsabsicht sowohl auf Ebene der Gesellschaft als auch beim einzelnen Gesellschafter gegeben sein muss (BFH 8.12.98, IX R 49/95, BStBl II 99, 468; BFH 25.2.09, IX R 76/07, BFH/NV 09, 1268; Kulosa, in: Schmidt, EStG, § 21, Rz. 66).

Durch die Trennung von freiberuflicher Tätigkeit und Vermögensverwaltung – beispielsweise über eine eigene GbR oder GmbH & Co. KG – lassen sich Risiken abgrenzen und steuerliche Nachteile vermeiden. Insgesamt bietet diese Gesellschaftsform Freiberuflern Gestaltungsspielraum für Vermögensaufbau, Steuerminimierung und Nachfolgeplanung, erfordert jedoch sorgfältige steuerliche Planung und eine rechtliche Trennung der Tätigkeiten.

Risiken abgrenzen  
und steuerliche  
Nachteile vermeiden

## ZIVILRECHT

## Zivilrechtliche Grundlagen vermögensverwaltender Personengesellschaften

von Prof. Dr. Stephan Peters, Hochschule für Finanzen NRW, Nordkirchen

| Die vermögensverwaltende Personengesellschaft kann in unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Ausprägungen auftreten. Zivilrechtlich kommen grundsätzlich sämtliche Personengesellschaften in Betracht. In der Praxis aber findet man insbesondere die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) und die Kommanditgesellschaft (KG) vor. |

### 1. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Bedeutender  
Wandel im  
Verständnis der GbR

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) bildet die Grundform. Seit Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.24 ist die Rechtsfähigkeit der GbR gesetzlich anerkannt (§ 705 Abs. 2 BGB), aber nicht zwingend (Wahlrecht). Im Gegensatz zur bisherigen Gesamthandsgemeinschaft (§ 718 BGB a.F.) kann die rechtsfähige GbR nach dem gesetzlichen Leitbild selbst Vermögen bilden (§ 705 Abs. 2 BGB). Achtung: Im Wege der Vertragsgestaltung kann nicht das in der Vergangenheit geltende Gesamthandsprinzip gewählt werden!

Die GbR hat sich damit vom Schuldverhältnis zum Rechtssubjekt weiterentwickelt (BT-Drs. 19/27635, S. 106). Inhaltlich geht der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der praktischen Erscheinungsformen der GbR nicht mehr von der Gelegenheits-, sondern von der Dauergesellschaft aus. Zudem führt das Ausscheiden eines Gesellschafters nicht mehr zwingend zur Auflösung der Gesellschaft (Verbandskontinuität).

Die Eintragung der rechtsfähigen GbR ist für die Rechtsfähigkeit nicht erforderlich.

#### ■ Eintragung der GbR

- Mindestinhalt für Anmeldung (§ 707 Abs. 2 BGB)
- GbR führt Namenszusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ (§ 707a Abs. 2 S. 1 BGB).
- Wenn keine natürliche Person haftet, zusätzlicher Hinweis auf Haftungsbeschränkung, z. B. eGbR m. b. H, GmbH & Co. eGbR (§ 707a Abs. 2 S. 2 BGB).
- Löschung nach den allgemeinen Regelungen (Auflösung und Löschung); Löschung auf schlichten Antrag ist ausgeschlossen.
- Voreintragungsobliegenheit, wenn die GbR eingetragene Rechte innehat oder erwerben will

Voreintragungs-  
erfordernis

Für bestimmte Geschäfte (bspw. Grundstücksgeschäfte, GmbH-Anteilen) ist die Eintragung zwingend erforderlich (Voreintragungserfordernis).

## ■ Voreintragungsbefreiung

- Eintragung im Grundbuch
- Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG ist nur die eingetragene GbR umwandlungsfähig.
- Eintragung in Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG), Aktionärsliste (§ 67 AktG)
- Eintragung als Gesellschafterin einer anderen eGbR (§ 707a Abs. 1 S. 2 BGB) oder OHG (§ 105 Abs. 3 HGB i.V.m. § 707a BGB) oder KG (§ 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 707a BGB)
- Eintragungen/Änderungen im Schiffsregister (§ 51 Abs. 2 SchRegO)

**Beispiel:** An der AB-GbR sind die Gesellschafter A und B beteiligt. Damit sich die AB-GbR an der XY-eGbR beteiligen und als solche im Gesellschaftsregister eingetragen werden kann, bedarf es nach § 707a Abs. 1 S. 2 BGB der Voreintragung der AB-GbR im Gesellschaftsregister (§ 707a Abs. 1 S. 2 BGB).

## 2. Offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft

Die Offene Handelsgesellschaft (OHG) ist nach § 105 Abs. 1 HGB auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet. Darüber hinaus kann die OHG auch als vermögensverwaltende Gesellschaft eingesetzt werden. Das setzt voraus, dass originär kein Handelsgewerbe betrieben wird und die Gesellschaft als OHG ins Handelsregister eingetragen wird (§ 107 Abs. 1 S. 1 HGB).

### 2.1 Eintragung von OHG und KG

Bis zur Eintragung handelt es sich nicht um eine OHG, sondern um eine GbR. Erfolgt die in diesem Fall fakultative Eintragung als OHG (Lieder, in: Oetker, HGB, § 107, Rz. 2), ist diese für die Begründung der Handelsgesellschaft i.S.d. § 6 Abs. 1 HGB konstitutiv (Körber, in: Oetker, HGB, § 6, Rz. 6). Ein Zurück zur GbR ist nach Eintragung im Handelsregister nur im Wege eines Statuswechsels möglich. Denkbar ist aber auch ein Fortbestand als vermögensverwaltende Personenhandelsgesellschaft (bspw. in der Rechtsform einer KG) nach Wegfall der Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung. § 107 Abs. 1 HGB betrifft zunächst die OHG, weshalb der Norm isoliert betrachtet praktisch nur eine geringe Bedeutung zukommt. Bedeutung erlangt § 107 Abs. 1 HGB praktisch vielmehr über die Verweisung aus § 161 Abs. 2 HGB für die Kommanditgesellschaft. Da die Eintragung der KG in diesen Fällen ebenfalls konstitutiv ist, handelt es sich auch bei der KG bis zur Eintragung um eine GbR. Die Haftungsbeschränkungen der KG finden bis zur Eintragung keine Anwendung.

OHG und KG sind bis zur Eintragung eine GbR

### 2.2 Vermögensverwaltung als Eintragungsvoraussetzung

Voraussetzung für die Eintragung der OHG und KG als vermögensverwaltende Gesellschaft im Handelsregister ist die Verwaltung eigenen Vermögens i.S.d. § 107 Abs. 1 S. 1 HGB. Gesetzlich definiert ist der Begriff der Vermögensverwaltung im HGB nicht. Ein vollkaufmännischer Geschäftsbetrieb ist nicht erforderlich. Dies ist der Fall, wenn eine nicht völlig unbedeutende und wirtschaftlich über den alltäglichen privaten Bereich hinausreichende Betätigung vorliegt (BT-Drs. 13/8444, S. 41), die nicht gewerblich ist. Die Vermögensverwaltung von Ehegatten, die nicht über den alltäglichen privaten Bereich hinausgeht, kann nur in der Form einer GbR ausgeübt werden und begründet keine Vermögensverwaltung i.S.d. § 107 Abs. 1 HGB (Roth, in: Hopt, HGB, § 107, Rz. 4).

Vollkaufmännischer Geschäftsbetrieb nicht erforderlich

**PRAXISTIPP |** Die handelsrechtliche Abgrenzung der vermögensverwaltenden von der gewerblichen Tätigkeit zeichnet sich nicht durch den Umfang der verwalteten Vermögenswerte aus. Sie hängt auch nicht davon ab, ob die Verwaltung des Vermögens nur durch einen professionellen Geschäftsbetrieb bewältigt werden kann (Kliem/Lewe, in: Beck-BilKomm, § 238, Rz. 12). Handelsrechtlich kommt es vielmehr darauf an, ob die Tätigkeit durch ein der vermögensverwaltenden Tätigkeit fremdes „spekulatives Element“ geprägt ist. Wichtig ist, dass es sich um eine ausschließlich vermögensverwaltende Tätigkeit und nicht um eine freiberufliche Tätigkeit handelt, die neben einer gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit tritt.

## GmbH & Co. KG

Die KG ist dabei insbesondere aufgrund der ebenfalls als vermögensverwaltend tätigen GmbH & Co. KG beliebt, da durch die GmbH-Komplementärin die Haftung beschränkt und die Geschäftsführungsbefugnis gestaltet werden kann. Damit die GmbH & Co. KG Überschusseinkünfte erzielen kann, bedarf es im Hinblick auf § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG der Entprägung, worauf später näher eingegangen wird.

## 3. Buchführungspflichten

### GbR nicht buchführungspflichtig

Im Gegensatz zu den Personenhandelsgesellschaften besteht für die GbR grundsätzlich keine Buchführungs- oder Bilanzierungspflicht nach §§ 238ff., 242ff. HGB, da es der GbR an der für die Begründung einer Buchführungspflicht erforderlichen Kaufmannseigenschaft fehlt (Rätke, in: Klein, AO, § 140 Rz. 10). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 718 BGB, da die handelsrechtlichen Regelungen (§§ 238ff. HGB) insoweit keine Anwendung finden (Retzlaff, in: Grüneberg, BGB, § 718 Rz. 2), wenngleich eine Anlehnung an die GoB empfohlen wird (Schäfer, in: MüKo BGB, § 718, Rz. 4).

### OHG und KG buchführungspflichtig

Vermögensverwaltende OHGs oder KGs werden von der wohl h. M. mit Eintragung im Handelsregister als Handelsgesellschaften i.S.d. § 6 Abs. 1 HGB eingruppiert und unterliegen damit handelsrechtlich der Buchführungspflicht aus §§ 238ff. HGB (vgl. Klingbeil, DStR 09, 2537). Die GmbH & Co. KG ist auch bei bloßer Vermögensverwaltung buchführungspflichtig (§ 264a HGB).

Steuerrechtlich besteht für vermögensverwaltende Personengesellschaften hingegen keine Pflicht zur Buchführung, da § 4 Abs. 1 und auch § 5 Abs. 1 EStG Gewinneinkünfte voraussetzen, an denen es bei der vermögensverwaltenden Personengesellschaft gerade fehlt. Für steuerliche Zwecke müssen vermögensverwaltende Personengesellschaften den Handelsbilanzgewinn durch Überleitungsrechnung in einen – den steuerrechtlichen Vorschriften entsprechenden – Überschuss umsetzen. Die Ermittlung eines Überschusses mittels EÜR nach § 4 Abs. 3 EStG ist nicht zulässig (BFH 30.1.13, III R 72/11, BStBl II 13, 684). § 141 AO ist auf vermögensverwaltende Personengesellschaften nicht anzuwenden!

## ■ Übersicht

Rechtsform	Buchführungspflicht nach §§ 238 ff. HGB	Steuerliche Einkünfteermittlung
GbR	Nein (handelsrechtlich kein Kaufmann)	Überschuss = Einnahmen – Werbungskosten (als Überleitung aus dem Gewinn nach Handelsbilanz, keine EÜR)
OHG/KG	Ja	

## 4. Rechtsformwahl

Die Wahl der Rechtsform für eine vermögensverwaltende Personengesellschaft wird in erheblichem Maße durch die zivilrechtlichen Rahmenbedingungen geprägt. Folgende Gesichtspunkte sind insbesondere maßgeblich.

Zivilrechtliche Rahmenbedingungen ausschlaggebend

### ■ Kriterien Rechtsformwahl

- Haftung
- Geschäftsführung und Vertretung
- Gesellschaftsstruktur
- Flexibilität
- Publizitäts-/Registerpflichten
- Gründungskosten, laufender Aufwand
- Möglichkeit zur Eigenbedarfskündigung

### 4.1 Haftungsbeschränkung

Während die GbR wegen der weitestgehenden Gestaltungsfreiheit bei ihrer Gründung die größte Flexibilität bietet und durch ihre formfreie Struktur einen besonders schlanken organisatorischen Rahmen vorgibt, ermöglicht die KG durch die Trennung zwischen Komplementär- und Kommanditistenstellung eine differenzierte Ausgestaltung von Haftung und Beteiligung. Ist eine persönliche Haftungsbeschränkung gewünscht und sollen nur bestimmte Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt werden, kommt insbesondere eine KG-Struktur in Betracht, gegebenenfalls in der Ausgestaltung als vermögensverwaltende und steuerrechtlich entprägte GmbH & Co. KG.

GbR versus KG

Insbesondere bei Wahl der GmbH & Co. KG ergeben sich aufgrund der zugleich zu gründenden GmbH erhöhte Gründungskosten. Die Differenzierung zwischen Kommanditisten und Komplementären eröffnet die Möglichkeit einer unterschiedlich intensiven Einbindung der Gesellschafter, weshalb die KG bei einer großen Anzahl an Gesellschaftern regelmäßig der GbR vorgezogen wird. Neben der GmbH & Co. KG ist auch die Stiftung & Co. KG eine in der Praxis neu auftretende Erscheinungsform.

GmbH & Co. KG

Ein in der Praxis als Nachteil wahrgenommener Aspekt ist die Eintragung der KG-Gesellschafter im Handelsregister sowie die Höhe der von den Kommanditisten geleisteten Einlage, wenngleich dieser Nachteil aufgrund der umfassenden Voreintragungserfordernisse bei der GbR mit dem MoPeG an Gewicht verloren hat. Aufgrund des praktisch vielfach erforderlichen Voreintragungserfordernisses der GbR bestehen im Hinblick auf Eintragungspflichten kaum noch relevante Vorteile der GbR im Verhältnis zu den übrigen

Eintragungspflicht der Gesellschafter vs. Voreintragungserfordernis

Personenhandelsgesellschaften: nein

GbR: ja

Nicht bei Beteiligung  
einer juristischen  
Person

Rechtsformen (OHG, KG). Die Entscheidung für eine bestimmte Rechtsform erfordert daher stets eine Abwägung zwischen rechtlicher Sicherheit, organisatorischer Flexibilität und dem angestrebten Maß an Publizität.

### ■ Publizitätspflichten

- **Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR):** Traditionell besteht keine Pflicht zur Eintragung in ein öffentliches Register. Seit dem 1.1.24 können (Voreintragungsgebot beachten!) GbR in das Gesellschaftsregister (§§ 707ff. BGB n. F.) eingetragen werden. Eine Eintragung wird insbesondere erforderlich, wenn die GbR als Grundstückseigentümerin im Grundbuch auftreten will oder an anderen registrierten Rechten beteiligt ist (bspw. Handelsregisterbeteiligungen, Markenregister). Mit der Eintragung entsteht die sog. „eingetragene GbR“ (eGbR), deren Vertretungsbefugnisse und Gesellschafter im Register einsehbar sind.
- **Kommanditgesellschaft (KG):** Als Handelsgesellschaft ist die KG stets im Handelsregister einzutragen (§ 106 HGB). Eingetragen werden u. a. Firma, Sitz, Gesellschafter, Höhe der Kommanditeinlagen und Vertretungsbefugnisse. Änderungen sind unverzüglich anzumelden (§ 161 HGB i. V. m. §§ 106 ff. HGB).
- **Offene Handelsgesellschaft (OHG):** Vergleichbar mit der KG besteht die Pflicht zur Handelsregistereintragung (§ 106 HGB), auch wenn sie rein vermögensverwaltend tätig ist.

### 4.2 Geltendmachung von Eigenbedarf bei Immobilienverwaltung

Bei der Verwaltung von Immobilien durch eine vermögensverwaltende Gesellschaft stellt sich darüber hinaus die Frage, ob ein Gesellschafter Eigenbedarf geltend machen kann. Für Personenhandelsgesellschaften, namentlich die GmbH & Co. KG, hat der BGH (15.12.10, VIII ZR 210/10) eine Eigenbedarfskündigung wegen Eigenbedarfs eines Gesellschafters ausdrücklich abgelehnt. An dieser Rechtslage hat sich auch nach Inkrafttreten des MoPeG nichts geändert.

Für die GbR hingegen wird die Möglichkeit einer Eigenbedarfskündigung bejaht. Dies gilt sogar dann, wenn die den Eigenbedarf auslösende Person zum Zeitpunkt des Abschlusses des Mietvertrags noch nicht Gesellschafter der GbR war (BGH 23.11.11, VIII ZR 74/11). Zur Begründung stellt der Bundesgerichtshof darauf ab, dass die vermögensverwaltende GbR keinen Vertrauenstatbestand setzt, der einen persönlichen Nutzungsbedarf eines Gesellschafters ausschließen würde. Der Mieter muss vielmehr redlicherweise mit einem solchen Bedarf rechnen (vgl. BGH 14.12.16, VIII ZR 232/15; a. A. Brinkmann, NJW 24, 177). Auch in dieser Hinsicht hat das Inkrafttreten des MoPeG keine Änderung bewirkt.

### 4.3 Verbrauchereigenschaft

Von Bedeutung ist schließlich die Frage der Verbrauchereigenschaft. Der BGH (23.10.01, XI ZR 63/01) hat entschieden, dass eine GbR jedenfalls dann kein Verbraucher i. S. v. § 13 BGB sein kann, wenn an ihr eine juristische Person, insbesondere eine GmbH, beteiligt ist (BGH 30.3.17, VII ZR 269/15). Andernfalls ist eine vermögensverwaltende GbR jedoch durchaus als Verbraucherin i. S. d. § 13 BGB anzusehen.

## ■ Rechtsform-Kriterien im Überblick

Rechtsform	GbR	KG
Gründung	Formfrei, unkomplizierte Gründung, größte Gestaltungsfreiheit	Handelsregistereintragung erforderlich; bei GmbH & Co. KG zusätzlich GmbH-Gründung (erhöhte Kosten)
Haftung	Alle Gesellschafter haften unbeschränkt und persönlich	Komplementär haftet unbeschränkt, Kommanditisten nur mit Einlage. GmbH & Co. KG: faktische Haftungsbeschränkung
Geschäftsführung/ Vertretung	Grundsätzlich gemeinschaftlich durch alle Gesellschafter, Abweichungen aber frei regelbar	Trennung: Komplementär führt Geschäfte, Kommanditisten regelmäßig ausgeschlossen; klare Differenzierung möglich.
Publizität	Seit MoPeG umfassende Voreintragungspflicht → kaum noch Vorteil gegenüber Handelsgesellschaften	Handelsregistereintragung zwingend, hohe Publizität; Gesellschafter offengelegt
Kosten	Gering (kein Mindestkapital, keine Notarpflicht bei Gründung)	Höher: Notar- und Registerkosten; bei GmbH & Co. KG zusätzlich GmbH-Gründungskosten
Verbrauchereigenschaft § 13 BGB	Kann Verbraucherin sein, wenn nur natürliche Personen beteiligt (BGH 23.10.01, XI ZR 63/01)	Keine Verbrauchereigenschaft, wenn juristische Person beteiligt (BGH 30.3.17, VII ZR 269/15); bei GmbH & Co. KG daher ausgeschlossen
Eigenbedarfskündigung	Grundsätzlich möglich, auch wenn Bedarfsperson erst nach Vertragsschluss Gesellschafter wird (BGH 23.11.11, VIII ZR 74/11; BGH 14.12.16, VIII ZR 232/15).	Abgelehnt für Gesellschafter (BGH 15.12.10, VIII ZR 210/10)

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die Rechtsformwahl bei vermögensverwaltenden Gesellschaften erhebliche Gestaltungsspielräume eröffnet. Während die GbR mit ihrer Flexibilität überzeugt und insbesondere die Eigenbedarfskündigung im Grundsatz eröffnet, bietet die KG klare Regelungen in Bezug auf Haftung und Beteiligung, schließt aber die Geltendmachung von Eigenbedarf durch Gesellschafter aus. Auch die Frage der Verbrauchereigenschaft ist differenziert zu beantworten und hängt insbesondere davon ab, ob juristische Personen Gesellschafter der Gesellschaft sind.

Erhebliche  
Gestaltungs-  
spielräume

Schriftlicher  
Gesellschaftsvertrag  
empfohlen

Fremdüblicher  
Vertragsinhalt

Kein lediglich  
vorteilhaftes  
Rechtsgeschäft

Bestellung eines  
Ergänzungspflegers

## 5. Familiengesellschaften

Von Familiengesellschaften werden regelmäßig Immobilien, Anteile an Kapitalgesellschaften oder Wertpapiere gehalten. Ertragsteuerlich verfolgen Familiengesellschaften häufig das Ziel, die Steuerbelastung im Familienverbund durch die Ausnutzung von Freibeträgen und den progressiven Einkommensteuertarif zu senken. Zudem fällt keine Gewerbesteuer bei rein vermögensverwaltender Tätigkeit an. Für die Gestaltung von Gesellschaftsverträgen vermögensverwaltender Personengesellschaften, die als Familiengesellschaften eingesetzt werden sollen, gelten rechtlich einige Besonderheiten, die im Nachfolgenden kurz skizziert werden.

### 5.1 Formfreiheit und steuerliche Anerkennung

Wenngleich die GbR grundsätzlich formfrei gegründet werden kann, ist für Zwecke des Nachweises – nicht nur bei der Familiengesellschaft – ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag geboten, weil Verträge zwischen nahen Angehörigen von vornherein klar und eindeutig zu vereinbaren sind (BFH 25.8.99, X R 38/95, BStBl II 00, 21). Hintergrund ist der aus Sicht der Rechtsprechung typischerweise fehlende Interessengegensatz.

Für die steuerrechtliche Anerkennung bedarf es eines zivilrechtlich wirksam geschlossenen Vertrags, der sowohl im Hinblick auf die Gestaltung als auch die Durchführung dem zwischen Fremden Üblichen entspricht (BFH 25.1.00, VIII R 50/97, BStBl II 00, 393; BFH 7.11.00; BFH 9.8.08, IX R 78/07, BStBl II 09, 299). Intensität und Umfang der Anforderungen an die Fremdüblichkeit hängen dabei auch vom Anlass des Vertrags ab (BFH 12.7.17, VI R 59/15, BStBl II 18). Dies ist insbesondere für die Frage relevant, ob ein Vertrag durch die Einkünfteerzielung oder Unterhaltpflichten veranlasst ist (Schmieszek, in: Bordewin/Brandt, EStG, 05/20, § 12, Rz. 143).

### 5.2 Beteiligung von Minderjährigen

Insbesondere die Beteiligung von Minderjährigen führt in der Praxis zu Herausforderungen, da eine für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhafte Willenserklärung nach § 107 BGB der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, also der Eltern (§§ 1626, 1629 BGB), bedarf. Dies ist bei der Beteiligung an einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft stets der Fall, da mit dem Erwerb der Gesellschafterstellung „ein Bündel von Rechten und Pflichten“ begründet wird (BGH 10.2.77, II ZR 120/75, BGHZ 68, 225, 232).

Sind die Eltern jedoch ebenfalls an der Gesellschaft beteiligt, bedarf es der Bestellung eines Ergänzungspflegers, der das Kind gemäß § 1909 Abs. 1 BGB anstelle der und gegenüber den Eltern vertritt, wobei bei der Beteiligung mehrerer Kinder für jedes Kind ein eigener Ergänzungspfleger bestellt werden muss. Bei der Schenkung von Gesellschaftsanteilen von Eltern an ihre Kinder bedarf es der Genehmigung durch das Familiengericht (§ 1643 Abs. 1 i.V.m. § 1822 Nr. 3 BGB). Dies gilt auch dann, wenn es um die Schenkung eines Kommanditanteils geht, auf welchen die vollständige Kommanditeinlage bereits geleistet wurde (LG Köln 17.9.69, 24 T 6/69; LG Aachen 21.6.93, 3 T 128/93; a. A.

Siering, in: Haase/Dorn, PersGes, 6. Aufl. 2025, Rz. 187ff.). Im Falle der Erbschaft fehlt es an einem Rechtsgeschäft i.S.d. § 107 BGB und es bedarf keiner Genehmigung, sondern der Gesellschaftsanteil geht nach §§ 1822ff. BGB über.

### 5.3 Vinkulierungsklauseln,

Um die Familienstruktur in Familiengesellschaften zu erhalten, werden in Gesellschaftsverträgen regelmäßig Vinkulierungsklauseln aufgenommen, wenngleich der Anteil an einer Personengesellschaft schon vom gesetzlichen Leitbild her nicht frei übertragbar ist, die Vinkulierung also der gesetzliche Regelfall ist (Schmidt, GmbHR 11, 1289).

Vinkulierung, damit das Vermögen in der Familie bleibt

**PRAXISTIPP |** Die Vinkulierung hat dingliche Wirkung und führt zur Unwirksamkeit einer abredewidrigen Übertragung (Schmidt, GmbHR 11, 1289, 1290). Demgegenüber ist die schuldrechtliche Vereinbarung, mit der sich ein Gesellschafter zur Übertragung verpflichtet (das sog. Kausal- oder Verpflichtungsgeschäft), zustimmungsfrei möglich (Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujoung/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 105, Rz. 274; Roth, in: Hopt, HGB, 42. Aufl., § 105, Rz. 70; Henssler, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., § 105, HGB Rz. 118; Fleischer, in: MüKo HGB, 5. Aufl., § 105, Rz. 457; Schäfer, in: Staub, HGB, 5. Aufl., § 105, Rz. 294; BGH 14.10.57, II ZR 109/56, BB 1958, 57). Insoweit empfiehlt sich eine eindeutige Regelung.

### ■ Beispiel

A und B sind an der AB-GbR je zur Hälfte beteiligt. B möchte seinen Anteil dem C verkaufen. Gemäß § 711 Abs. 1 S. 1 BGB bedarf die Übertragung (dinglicher Vollzug) des Gesellschaftsanteils an der AB-GbR von A auf B der Zustimmung des anderen Gesellschafters (A). Diese Regelung gilt über § 105 Abs. 3 HGB und § 161 Abs. 2 HGB auch für die OHG und KG.

### 5.4 Change-of-Control-Klauseln

Streitigkeiten können sich bei uneindeutigen Formulierungen insbesondere dann ergeben, wenn auch mittelbare Veräußerungsvorgänge aufgrund einer Vinkulierungsklausel als zustimmungspflichtig gelten sollen (vgl. OLG Hamm 19.6.23, 8 U 177/22, GmbHR 23, 1325), die nicht durch die gesetzliche Vinkulierung dinglich unterbunden werden können. An dieser Stelle setzen die sog. Change-of-Control-Klauseln an. Eine Change-of-Control-Klausel regelt, welche gesellschaftsrechtlichen Konsequenzen eintreten, wenn sich die maßgeblichen Beteiligungsverhältnisse ändern – etwa durch Verkauf, Schenkung, Erbfall oder mittelbare Anteilsübertragungen.

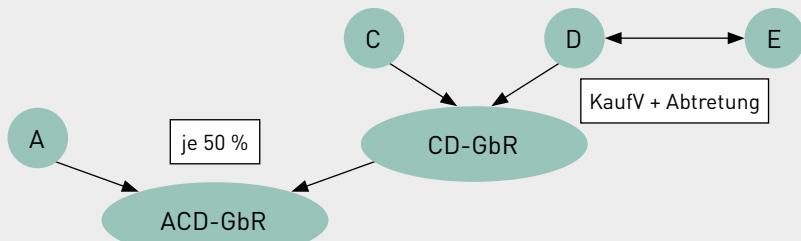
Mittelbare Veräußerungsgeschäfte

In Familiengesellschaften dient sie insbesondere dem Ziel, den Gesellschaftskreis innerhalb der Familie zu halten und ungewollte Einflussnahmen Dritter zu verhindern.

## Mittelbare Gesellschafter- wechsel

Ob Vinkulierungsklauseln auch mittelbare Gesellschafterwechsel erfassen können, wird kontrovers diskutiert. Hierzu wird in der Literatur die Auffassung vertreten, dass dann, wenn der mittelbare Gesellschafterwechsel bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu demselben Ergebnis führe wie ein unmittelbarer Gesellschafterwechsel, die Vinkulierung auch ohne entsprechende kautelarjuristische Vorsorge durch ausdrückliches Verbot einer mittelbaren Beteiligung diese Fallgestaltung erfasse (Reichert, GmbHR 2012, 713, 722; Weller/Reichert, in: MüKo GmbHG, 4. Aufl., § 15, Rz. 375).

### Sachverhalt



Grafik: IWW Institut 2025

## Zwischenholding

Ein relevantes Beispiel ist der Fall der Zwischenholding, bei der wirtschaftlich Identität zwischen der Beteiligung an der Zwischengesellschaft und der vinkulierten Beteiligung selbst besteht (Liebscher, ZIP 03, 825, 829).

**PRAXISTIPP |** Für die Vertragsgestaltung empfiehlt sich die Aufnahme von Change-of-Control-Klauseln. Kommt es zur Auslegung, gilt der Grundsatz der subjektiven Auslegung, da es sich um eine Personengesellschaft handelt, bei der personale Elemente strukturbestimmend sind (Roth, in: Hopt, HGB, 42. Aufl., § 105, Rz. 59; Fleischer, in: MüKo HGB, 5. Aufl., § 105, Rz. 156; Grunewald, in: MüKo HGB, 5. Aufl., § 161, Rz. 25).

Allerdings können die Interessen der Gesellschafter bestimmte Regelungen im Hinblick auf die Übertragbarkeit von Anteilen an vermögensverwaltenden Personengesellschaften vorsehen.

## 6. Ergebnisverteilungsabreden

### Vertragsfreiheit

Hinsichtlich der Ergebnisverteilungsabreden besteht Vertragsfreiheit und die zivilrechtlich vereinbarte Ergebnisverteilung gilt auch im Steuerrecht. Maßstab sind zunächst die Beteiligungsverhältnisse (§ 709 Abs. 3 S. 1 BGB für GbR; § 120 Abs. 1 HGB i. V. m. § 709 Abs. 3 BGB für die OHG; § 161 Abs. 2, § 120 HGB i. V. m. § 709 Abs. 3 BGB). Diese Beteiligungsverhältnisse sind auch für das Steuerrecht maßgeblich. Wird eine von den Beteiligungsverhältnissen abweichende Ergebnisverteilung vereinbart, folgt das Steuerrecht der zivilrechtlichen Vereinbarung nicht uneingeschränkt!

**FAZIT |** Die zivilrechtlichen Rahmenbedingungen der vermögensverwaltenden Personengesellschaft – insbesondere Rechtsformwahl, Haftungsregeln, Publizitätspflichten und Gestaltungsmöglichkeiten bei Anteilsübertragungen – bilden die Grundlage für deren steuerliche Behandlung. Für die Praxis bedeutet dies, dass bereits im Gesellschaftsvertrag Weichen gestellt werden, die später unmittelbar auf die ertragsteuerliche Einordnung wirken. Insbesondere bei Familien gesellschaften ist eine saubere Abgrenzung zwischen rein vermögensverwaltender Tätigkeit und gewerblicher Prägung i.S.d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG zwingend, um unerwünschte Einkünftequalifikationen zu vermeiden. Dies betrifft sowohl die Einkünfteabgrenzung (Überschusseinkünfte nach § 21 EStG vs. Gewinneinkünfte nach § 15 EStG) als auch die Frage, wie Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern steuerlich zu würdigen sind (bspw. Fremdvergleich bei Miet- oder Darlehensverträgen, verdeckte Einlagen oder Entnahmen).

Die zivilrechtlich vereinbarte Ergebnisverteilung ist zwar Ausgangspunkt für die steuerliche Einkünftezurechnung, wird jedoch steuerlich nur anerkannt, wenn sie fremdüblich und klar vereinbart ist. Andernfalls drohen Korrekturen durch die Finanzverwaltung mit entsprechenden Folgen für die Einkünfteverteilung und ggf. für die steuerliche Anerkennung der Gesellschaftsstruktur.

Damit ist die gesellschaftsvertragliche Gestaltung nicht nur für die zivilrechtliche Funktionsfähigkeit, sondern auch für die steuerrechtliche Optimierung und Rechts sicherheit zentral – eine enge Verzahnung von Zivil- und Steuerrecht ist unerlässlich.

## CHECKLISTE / Civilrecht/Vertragsgestaltung

### 1. Gesellschaftsvertrag – Grundstruktur

- Gesellschafterbezeichnung vollständig und eindeutig (inkl. Minderjährige → Ergänzungspflegerregelung, Genehmigungspflichten)
- Gegenstand der Gesellschaft klar als nur vermögensverwaltend formulieren
- Ggf. vertraglicher Ausschluss gewerblicher Tätigkeiten inkl. gewerblich geprägte Konstellationen nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG
- Wertpapierhandel ausdrücklich als zulässig definieren, solange keine gewerblichen Strukturen entstehen
- Goldhandel nur in vermögensverwaltendem Rahmen oder ausschließen
- Klare Regelungen zur Beschlussfassung, zum Einstimmigkeits- oder Mehrheitsprinzip und zu Stimmrechten (insbes. im Hinblick auf Betriebsaufspaltung)

### 2. Ergebnisverteilung

- Klare, im Voraus getroffene Regelung zur Gewinn-/Verlustverteilung
- Dokumentierte Fremdüblichkeit bei abweichender Verteilung
- Sonstige Vergütungen klar regeln (Zinsen, Mieten, Geschäftsführervergütung)

### 3. Rechtsbeziehungen Gesellschaft – Gesellschafter

- Schriftliche und fremdübliche Verträge (Miete, Darlehen, Dienstleistungen)
- Zahlungsflüsse bankmäßig abwickeln, keine „Barabsprachen“
- Dokumentation der Durchführung wie unter Fremden

### 4. Gesellschafterwechsel

- Vinkulierungsklausel (gesetzlicher Standard bei GbR), ggf. erweitern um Change-of-Control-Klauseln
- Abfindungsregelung mit Bewertungsmethode
- Regelung zu un-/entgeltlicher Übertragung (steuerliche Folgen berücksichtigen)

### 5. Publizitätspflichten

- Regelungen zur Voreintragungspflicht (§ 707a BGB)
- Abstimmung mit Handelsregister- und Transparenzregisterpflichten

## STEUERRECHT

## Steuerrechtliche Grundlagen vermögensverwaltender Personengesellschaften

von Prof. Dr. Stephan Peters, Hochschule für Finanzen NRW, Nordkirchen

| Vermögensverwaltende Personengesellschaften sind ein zentrales Gestaltungsinstrument im Immobilien- und Kapitalanlagerecht, da sie in der Regel Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) erzielen und damit von der Gewerbesteuer befreit bleiben. Im Einkommensteuerrecht stellen sich dabei vor allem Fragen zur Einkünftequalifikation. Hinzu treten Besonderheiten bei der Gewinnermittlung, insbesondere wenn handelsrechtliche Buchführungspflichten bestehen. Während die vermögensverwaltende Personengesellschaft zivilrechtlich als eigenes Rechtssubjekt gilt, wird sie ertragsteuerlich nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO wie eine Bruchteilsgemeinschaft behandelt – mit weitreichenden Folgen für die Beurteilung der Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern. |

### 1. Einkünftequalifikation

Drei Kriterien vorrangig

Im Steuerrecht erfolgt die Abgrenzung zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb nach § 15 EStG in der Regel nach diesen Kriterien: Tätigkeit der Gesellschaft, geringe gewerbliche Einkünfte (Infektion/Abfärbung), gesellschaftsrechtliche Struktur (gewerbliche Prägung).

#### 1.1 Tätigkeit der Personengesellschaft

##### 1.1.1 Wertpapierhandel

Beim Handel mit Wertpapieren sind auch erhebliche Vermögensumschichtungen noch keine gewerbliche Tätigkeit (BFH 11.7.68, IV R 139/63, BStBl II 68, 775; BFH 19.1.17, IV R 50/14, BStBl II 17, 456). Während Vermögensumschichtungen in größerem Umfang bei Wertpapieren unproblematisch sind, gilt dies für das kurzfristige und häufige Umschichten von Gold nicht (BFH 19.1.17, IV R 50/14, BStBl II 17, 456).

Private-Equity-Fonds

Einen Sonderfall bilden Private-Equity-Fonds, die aus Sicht der Finanzverwaltung unter Berücksichtigung der im Private-Equity-Erlass genannten Voraussetzungen als nicht gewerblich betrachtet werden sollen (BMF 16.12.03, IV A 6-S 2240-153/03, BStBl I 04, 40). Diese von der Finanzverwaltung aktuell noch angewandten Grundsätze hat der BFH zumindest in Frage gestellt, wobei die maßgeblichen Fragen im zu entscheidenden Fall offenbleiben konnten (BFH 24.8.11, I R 46/10, BStBl II 14, 764). Ziel von Private-Equity-Fonds sei es, durch Umschichtung von Vermögenswerten und die Verwertung der Vermögenssubstanz möglichst hohe Renditen zu erzielen, weshalb primäres Ziel nicht die Fruchtziehung, sondern die Veräußerung sei. Der Fonds wirke als Händler (Kemcke/Schäffer, in: Haase/Dorn, PersGes, 6. Aufl. 2025, Rz. 287).

Erhebliche Vermögensumschichtungen

Private-Equity-Fonds

### 1.1.2 Gewerbliche Vermietung/gewerblicher Grundstückshandel

Eine vermögensverwaltende GbR generiert Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i. S. d. § 21 EStG, da die Vermietung für sich betrachtet keinen Gewerbebetrieb begründet. Treten zu der Vermietung erhebliche Sonderleistungen hinzu, kann eine gewerbliche Vermietung vorliegen. Insoweit empfiehlt sich die Verteilung der Tätigkeit auf verschiedene Gesellschaften, wobei das Risiko einer Betriebsaufspaltung zu prüfen ist. Der bloße Umfang einer Vermietungstätigkeit indiziert keinen Gewerbebetrieb, auch dann nicht, wenn mehr als 300 Wohnungen vermietet werden (BFH 24.10.17, II R 44/15, BFH/NV 18, 502; a. A. FinVerw in ErbStr 19 R 13 b.17).

Darüber hinaus kann die GbR auch dann gewerblich behandelt werden, wenn sie den Tatbestand des gewerblichen Grundstückshandels erfüllt – beispielsweise bei Veräußerungen in engem zeitlichen Zusammenhang oder bei Gesamtkonzepten mit Veräußerungsabsicht. Zwar wirkt die Drei-Objekt-Grenze nur als Indiz (BFH 28.9.17, IV R 50/15). Wird unmittelbar nach Ablauf des Fünf-Jahres-Zeitraums „relativ zeitnah“ eine zweistellige Anzahl an Objekten veräußert und liegen keine die Objektveräußerungen vorbereitenden Maßnahmen innerhalb der Fünf-Jahres-Frist vor, handelt es sich insgesamt um eine vermögensverwaltende Tätigkeit (BFH 20.3.25, III R 14/23, DStR 25, 1149). Welche vorbereitenden Maßnahmen schädlich sind, hat der BFH in seiner jüngsten Entscheidung nicht dargestellt. Grundsätzlich kann jede Maßnahme, die objektiv auf den Verkauf gerichtet ist, als schädliche „vorbereitende Maßnahme“ betrachtet werden. Beispielhaft könnten die folgenden Maßnahmen aus Sicht der Finanzverwaltung als schädliche Vorbereitungshandlungen betrachtet werden.

Erhebliche  
Sonderleistungen

Gewerblicher  
Grundstückshandel

#### CHECKLISTE / Schädliche Vorbereitungshandlungen

##### 1. Keine vertragliche Verkaufsbindung

- Kein Kaufvertrag oder Vorvertrag vor Ablauf der fünf Jahre
- Keine Kaufoptionen (Call/Put) mit Bindungswirkung
- Keine Gesellschafterbeschlüsse mit festem Verkaufsauftrag

##### 2. Keine verkaufsorientierte Grundstücksgestaltung

- Keine Teilung von Grundstücken in Parzellen für den Verkauf
- Keine Bebauungsplanänderung mit Verkaufsziel
- Keine Beantragung von Baugenehmigungen mit Veräußerungsabsicht

##### 3. Keine verkaufsorientierten Baumaßnahmen

- Keine Erschließungsmaßnahmen (Straßen, Leitungen, Kanalisation) zum Zwecke des Verkaufs
- Keine Bebauung primär zur Verkaufsförderung (bspw. „Musterhausbau“)

##### 4. Keine Verkaufsanbahnung

- Kein Maklerauftrag mit Verkaufsmmandat
- Keine Anzeigen oder Onlineangebote zur Veräußerung
- Keine aktiven Verkaufsverhandlungen mit Interessenten

##### 5. Dokumentation der Vermögensverwaltungsabsicht

- Klare Festlegung im Gesellschaftsvertrag: langfristige Vermietung/Eigennutzung als Hauptzweck
- Schriftliche Dokumentation von Investitions- und Nutzungsentscheidungen ohne Verkaufsbezug
- Fristenkontrolle: Verkaufsentscheidungen erst nach Ablauf der fünf Jahre prüfen

## Personelle und sachliche Verflechtung

### 1.1.3 Betriebsaufspaltung

Zu einer Umqualifizierung von Vermietungseinkünften in gewerbliche Einkünfte kommt es, wenn die Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung vorliegen, also eine personelle und sachliche Verflechtung gegeben ist. Von dem für die Annahme der personellen Verflechtung erforderlichen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen ist auszugehen, wenn die Person oder Personengruppe, die das Besitzunternehmen beherrscht, auch in der Betriebsgesellschaft ihren Willen durchsetzen kann.

#### ■ Beispiel: Betriebsaufspaltung (Grundfall)

An der AB-Besitz-GbR sind A zu 10 % und B zu 90 % beteiligt. B ist zudem Alleingesellschafter der Betriebs-GmbH. Die AB-GbR vermietet der GmbH ein Grundstück mit Gebäude, das die GmbH zu eigenbetrieblichen Zwecken nutzt.

Unter der Bedingung, dass auf Ebene der AB-GbR das Mehrheitsprinzip gilt, beherrscht B sowohl die AB-GbR als auch die B-GmbH (personelle Verflechtung). Zugleich wird eine wesentliche Betriebsgrundlage überlassen (sachliche Verflechtung). Es liegt eine Betriebsaufspaltung vor. Achtung: Würde auf Ebene der AB-GbR das Einstimmigkeitsprinzip gelten, läge mangels personeller Verflechtung keine Betriebsaufspaltung vor (BFH 9.11.83, I R 174/79, BStBl II 84, 212).

## Gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen maßgebend

Maßgeblich sind die gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen. Bei fehlender ausdrücklicher Vereinbarung gilt die gesetzliche Lage.

**MERKE** | Mit dem MoPeG hat sich das Recht der Beschlussfassung im BGB geändert. Für die Stimmkraft kommt es gemäß § 709 Abs. 3 S. 1 BGB auf die Beteiligungsverhältnisse an, wobei dies praktisch nur dann Folgen hat, wenn gesellschaftsvertraglich das Einstimmigkeitsprinzip (§ 714 BGB) abbedungen ist. In der Vergangenheit ermittelte sich die Mehrheit im Zweifel nach Köpfen (§ 709 Abs. 2 a.F. BGB).

#### ■ Beispiel: Betriebsaufspaltung (Abwandlung)

An der ABC-Besitz-GbR sind A und B zu je 5 % und C zu 90 % beteiligt. C ist Alleingesellschafter der Betriebs-GmbH, die ein Grundstück mit Gebäude von der ABC-Besitz-GbR zu eigenbetrieblichen Zwecken anmietet. Gesellschaftsvertraglich haben A, B und C das Einstimmigkeitsprinzip zugunsten des Mehrheitsprinzips abbedungen. Zu den Stimmrechten wurde keine Regelung getroffen.

Bislang standen A, B und C nach § 709 Abs. 2 BGB a.F. nach Köpfen je 1/3 der Stimmen zu. Mit Inkrafttreten des MoPeG sind nach § 709 Abs. 3 S. 1 BGB n. F. nun die Beteiligungsverhältnisse für die Stimmkraft maßgeblich. Demnach beherrscht C mit 90 % sowohl die ABC-GbR als auch die C-GmbH, wodurch die für die Betriebsaufspaltung erforderliche personelle Verflechtung vorliegt.

## Oberhalb der Bagatellgrenzen des BFH

### 1.2 Geringe gewerbliche Einkünfte (Infektion/Abfärbung)

Übt eine vermögensverwaltende Personengesellschaft neben dieser Tätigkeit auch eine gewerbliche Tätigkeit aus, kann dies zur Infektion der gesamten Einkünfte und damit zur Gewerlichkeit führen (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 EStG).

Allerdings führt nicht jede gewerbliche Tätigkeit zu einer Infektion, sondern die von der Finanzverwaltung und dem BFH gebilligten Bagatellgrenzen müssen überschritten sein.

### ■ Beispiel: Infektion mit Bagatellgrenze

Die AB-GbR vermietet eine Immobilie. Daneben erzielt sie eigene Einkünfte aus Gewerbebetrieb, die jedoch unter der Bagatellgrenze bleiben (originär gewerblicher Nettoumsatz  $\leq 3\%$  [relative Grenze] und  $\leq 24.500$  EUR [absolute Grenze]).

Aus der Vermietung von Immobilien erzielt die AB-GbR originär keine gewerblichen Einkünfte, sondern Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG). Zudem erzielt die AB-GbR aus der Erbringung von Dienstleistungen gewerbliche Einkünfte. Da die Einkünfte aus Gewerbebetrieb unterhalb der Bagatellgrenze liegen, kommt es nicht zur Umqualifizierung der Vermietungseinkünfte.

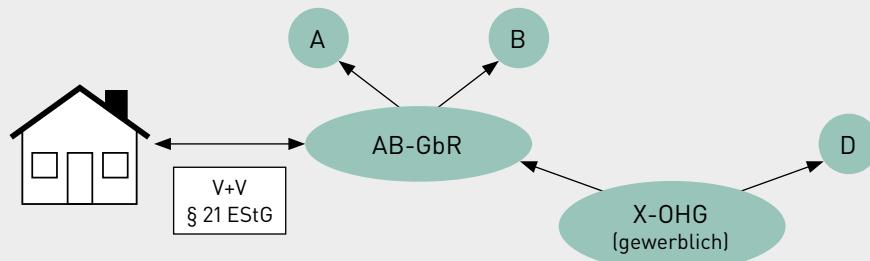
Der BFH hat bisher offengelassen, ob für die Überschusseinkünfte und die geringfügigen gewerblichen Einkünfte unterhalb der Bagatellgrenze jeweils eine eigene Gewinnermittlung aufzustellen ist. Bei Freiberuflern wurden die Einkünfte insgesamt als Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit behandelt (BFH 27.8.14, VIII R 6/12, BStBl II 15, 1002). Problematisch erscheint dies aber bei dem Zusammentreffen von Überschusseinkünften (bspw. aus V+V) und geringfügigen Gewinneinkünften (§ 15 EStG).

In der Literatur findet sich die Ansicht von Kanzler (FR 15, 512), der unter Verweis auf den Vereinfachungscharakter von einer Entfärbung der gewerblichen Einkünfte spricht und die einheitliche Ermittlung entsprechend der Haupttätigkeit favorisiert. Nach dieser Auffassung würde die AB-GbR im vorliegenden Beispiel einheitlich Überschusseinkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielen.

Fraglich war in der jüngeren Vergangenheit das Verhältnis von Infektion durch Aufwärtsabfärbung bei gewerblichen Beteiligungseinkünften und der Gewerbesteuerpflicht. Hier hat der BFH im Kern mit zwei Entscheidungen klargestellt, dass an der Verfassungsmäßigkeit von § 15 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 Alt. 2 EStG keine Zweifel bestehen, sondern vielmehr § 2 Abs. 1 S. 2 GewStG verfassungskonform auszulegen ist (BFH 5.9.23, IV R 24/20, BFHE 281, 374, BFH/NV 24, 88; BFH 30.11.23, IV R 10/21, BFH/NV 24, 334). Es bestehen auch keine Bedenken gegen diese verfassungskonforme Auslegung von § 2 Abs. 1 S. 1 GewStG und sie überschreitet auch nicht die der Auslegung durch Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Gesetzeszweck gesetzten Grenzen (BFH 5.9.23, IV R 24/20, BFH/NV 24, 88). Diese Linie hat der BFH auch in einem kürzlich veröffentlichten Beschluss wiederholt und erneut ausgeführt, dass die Infektion durch Aufwärtsabfärbung nicht dazu führt, dass die Tätigkeit der vermögensverwaltenden Personengesellschaft als der Gewerbesteuer unterliegender Gewerbebetrieb i.S.d. § 2 Abs. 1 S. 1 GewStG zu betrachten ist (BFH 28.5.25, IV B 13/24, BFH/NV 25, 1023). Ungeachtet dieser gewerbesteuerrechtlichen Folgen kommt es auf Ebene der vermögensverwaltenden Gesellschaft infolge der Beteiligung an einer aus einer anderen Mitunternehmerschaft erzielten gewerblichen Einkünfte zu einer Umqualifizierung der Einkünfte in solche aus Gewerbebetrieb, und zwar ohne Berücksichtigung einer Geringfügigkeitsgrenze (BFH 11.7.24, IV R 18/22, BStBl II 24, 765).

### Aufwärtsabfärbung

## Aufwärtsabfärbung



Grafik: IWW Institut 2025

### Aufwärtsabfärbung

Aus der Vermietung von Immobilien erzielt die AB-GbR originär keine gewerblichen Einkünfte, sondern Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 21 EStG. Zudem ist die AB-GbR an der gewerblichen X-OHG beteiligt. Aus dieser Beteiligung erzielt die AB-GbR gewerbliche Einkünfte, wodurch es gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 S. 1 Alt. 1 EStG zur Infektion der gesamten Einkünfte kommt. Die AB-GbR erzielt gewerbliche Einkünfte, die A und B zuzurechnen sind. Gleichwohl betreibt die AB-GbR keinen Gewerbebetrieb i. S. d. § 2 Abs. 1 S. 2 GewStG (verfassungskonforme Auslegung).

### 1.3 Gesellschaftsrechtliche Struktur (gewerbliche Prägung)

Die gewerbliche Prägung nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ist ein zentrales Gestaltungsinstrument im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Personengesellschaft vermögensverwaltend oder gewerblich tätig sein soll. Eine gewerbliche Prägung liegt vor, wenn

- bei einer originär nicht gewerblich tätigen Personengesellschaft
- ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind
- und nur diese (Kapitalgesellschaften) oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind.

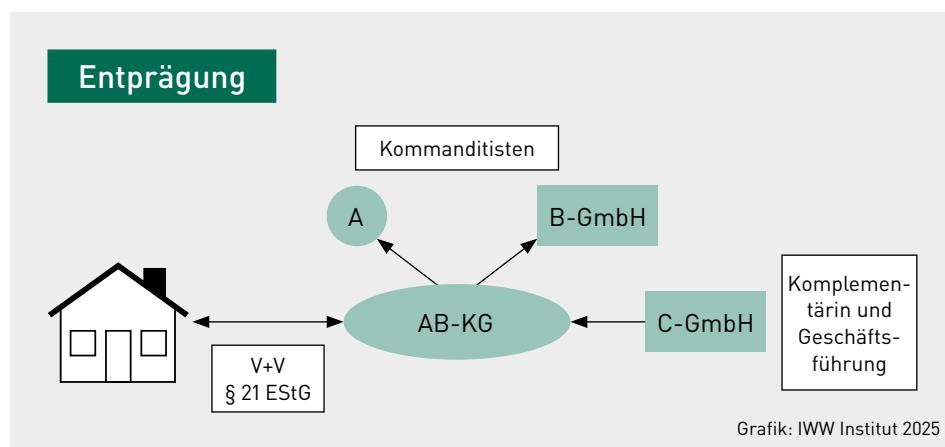
### Beteiligung von Stiftungen

Die Einschränkung auf Kapitalgesellschaft hat praktische Bedeutung für die Beteiligung von Stiftungen, da es sich bei diesen nicht um eine Kapitalgesellschaft handelt und es in der Folge auch nicht zur Prägung kommt. Da die Prägung durch Bestellung eines Kommanditisten zur Geschäftsführung vermieden werden kann, bieten sich vielfältige gestalterische Möglichkeiten. Offen ist, ob auch geschäftsführende Kommanditisten-Kapitalgesellschaften die Entprägung herbeiführen können. Maßgeblich ist dabei, dass sich die Geschäftsführungsbefugnis aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt und nicht nur auf einer schuldrechtlichen Vereinbarung außerhalb des Gesellschaftsvertrags beruht, da der Begriff der Geschäftsführung gesellschaftsrechtlich zu verstehen ist (BFH 23.5.96, IV R 87/93, BStBl II 96, 523; Wacker, in: Schmidt, EStG, § 15, Rz. 222).

**MERKE |** Die bloße Einräumung von Geschäftsführungsbefugnissen durch einen Dienst- oder Arbeitsvertrag genügt nicht. Die Befugnis muss gesellschaftsvertraglich vereinbart werden.

Fraglich ist, unter welchen Voraussetzungen die Prägung nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG verhindert werden kann (Entprägung).

Entprägung



## ■ Entprägung

An der AB-KG sind A und die B-GmbH als Kommanditisten beteiligt. Komplementärin ist die C-GmbH. Die Geschäftsführung wird von der C-GmbH ausgeübt.

**Ausgangsfall:** Im Ausgangsfall handelt es sich um eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.

**Entprägung durch Kapitalgesellschaft:** Die Einräumung von Geschäftsführungsbeauftragungen zugunsten der B-GmbH als Kommanditistin genügt nicht, um die Folgen der Prägung zu verhindern, da es sich bei der B-GmbH um eine Kapitalgesellschaft handelt und die Entprägung nur über eine natürliche Person erfolgen kann (Wacker, in: Schmidt, EStG, § 15, Rz. 222; a. A. EStR 15.8 VI 1-2; Pyszka DStR 10, 1372). Der BFH scheint ebenfalls zu dieser Ansicht zu tendieren, da die gewerbliche Prägung nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG nicht eintreten soll, „wenn dieser Kommanditist eine natürliche Person ist“ (BFH 23.5.1996, IV R 87/93, BStBl II 96, 523). Diese Einschränkung entspricht auch dem Sinn und Zweck von § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG, die durch die Kapitalgesellschaft verwirklichte besondere Prägung der vermögensverwaltenden Personengesellschaft abbilden zu wollen. An dieser Prägung ändert sich nichts, wenn neben der Komplementär-GmbH eine weitere Kommanditisten-GmbH mit Geschäftsführungsbeauftragung ausgestattet wird. Eine Änderung in der Erscheinung der Gesellschaft tritt erst dann auf, wenn eine natürliche Person als Kommanditist mit Geschäftsführungsbeauftragung ausgestattet ist (Wacker, in: Schmidt, EStG, § 15, Rz. 222).

**Merke |** Ob eine Entprägung auch durch die Einräumung der Geschäftsführungsbeauftragung zugunsten einer Kommanditisten-GmbH erreicht werden kann, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt.

Ist eine natürliche Person (bspw. Kommanditist) neben der Komplementär-GmbH geschäftsführungsbeauftragt, genügt dies für eine Entprägung (BFH 23.5.96, IV R 87/93, BStBl II 96, 523).

**Wegfall der gewerblichen Prägung**

Aktuell hat sich der BFH mit der Frage befasst, welche Auswirkungen der Wegfall der gewerblichen Prägung auf die nach Wegfall der Prägung im Rahmen einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft anzusetzende AfA hat, wenn sich später herausstellt, dass im Rahmen der Betriebsaufgabe ein unzutreffender gemeiner Wert angesetzt wurde. Insoweit hat der BFH nun entschieden, dass nach Wegfall der gewerblichen Prägung einer Personengesellschaft und der Überführung von Immobilien ins Privatvermögen die AfA in den Folgejahren auf der im Rahmen der Betriebsaufgabe steuerlich erfassten Bemessungsgrundlage zu berechnen ist – auch wenn der angesetzte gemeine Wert objektiv unzutreffend war. Damit hat der IX. Senat ausdrücklich der älteren Rechtsprechung des XI. Senats (BFH 29.4.92, XI R 5/90) widersprochen und sich der Auffassung der Finanzverwaltung angeschlossen (BFH 3.6.25, IX R 18/24).

**MERKE |** Für die AfA-Bemessungsgrundlage nach Wegfall der gewerblichen Prägung ist der im Rahmen der Betriebsaufgabe angesetzte Wert anzusetzen, auch wenn dieser objektiv unzutreffend ist (BFH 3.6.25, IX R 18/24). Wird dieser unzutreffende Wert im Rahmen einer Betriebspflicht geändert, ändert sich auch die AfA-Bemessungsgrundlage für die AfA im Privatvermögen.

## 2. Ergebnisverteilung und Sondervergütung

Steuerrechtlich ist zu beachten, dass § 15 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 EStG bei der vermögensverwaltenden Personengesellschaft weder unmittelbar noch analog anzuwenden ist (BFH 18.11.80, VIII R 194/78, BStBl II 81, 510). Es stellt sich also die Frage, wie bei einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft ein Ergebnisvorab oder eine Vergütung an einen Gesellschafter gestaltet und ertragsteuerlich behandelt werden kann.

**Weisungsgebundenheit**

Dass auch bei der vermögensverwaltenden Personengesellschaft ein Ergebnisvorab oder eine Sondervergütung gezahlt werden kann, ist anerkannt (FG Düsseldorf 17.7.18, 15 K 3568/16, DStRE 19, 604). Ein klassisches Arbeitsverhältnis ist für den mitarbeitenden Gesellschafter in der Regel ausgeschlossen (LSG NRW 20.9.20, L 9 AL 155/18). Sozialrechtlich kommt es für die Einordnung als Arbeitnehmer maßgeblich darauf an, ob ein Gesellschafter-Geschäftsführer die Rechtsmacht besitzt, ihm nicht genehme Weisungen von Seiten der (sonstigen) Geschäftsführung oder der Gesellschafterversammlung jederzeit abzuwenden (BSG 29.8.12, B 12 KR 25/10 R). Fehlt es an einer solchen Rechtsmacht, etwa weil er weder eine Mehrheitsbeteiligung noch eine Sperrminorität besitzt, ist er an die Entscheidung der Gesamtheit der Gesellschafter ebenso gebunden, sodass er weisungsgebunden und damit Beschäftigter/Arbeitnehmer ist (BSG 29.8.12, B 12 KR 25/10 R; BSG 4.7.07, B 11a AL 5/06). Maßgebliches Kriterium ist insoweit, ob ein Gesellschafter rechtlich oder tatsächlich die Möglichkeit hat, wie ein beherrschender oder zumindest mit einer Sperrminorität ausgestatteter Gesellschafter-Geschäftsführer ihm nicht genehme Weisungen abzuwenden (BSG 9.11.89, 11 Rar 39/89, BSGE 66, 69).

Handelt es sich um ein Ergebnisvorab, liegt in der Regel kein arbeitnehmerähnliches Verhältnis vor. Bei Zweifelsfragen kann ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a SGB IV durchgeführt werden, um sozialrechtliche Sicherheit zu erlangen.

## 2.1 Ergebnisvorab und Sondervergütung

Soll ein Gesellschafter für seine Tätigkeit für die Gesellschaft eine zusätzliche Gegenleistung erhalten, gibt es zwei Gestaltungsmöglichkeiten:

- **Sondervergütung:** Es handelt sich um eine schuldrechtliche Vereinbarung. Das bedeutet, dass Gesellschaft und Gesellschafter einander wie fremde Dritte begegnen und einen entgeltlichen Vertrag (bspw. Dienstvertrag) schließen, in dem eine gesonderte Vergütung vereinbart wird. Dies kann auch im Rahmen des Gesellschaftsvertrags erfolgen (vgl. BFH 6.11.80, IV R 5/77, BStBl II 81, 307). Der entsprechende Aufwand kann auf Ebene der Gesellschaft als Werbungskosten angesetzt werden (BFH 7.4.87, IX R 103/85, BStBl II 87, 707).
- **Ergebnisvorab:** Hier handelt es sich um eine gesellschaftsrechtliche Vereinbarung. Das bedeutet, dass die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für bestimmte Gesellschafterbeiträge einen zusätzlichen Anteil am Überschuss vereinbaren.

Bedeutung hat die Unterscheidung zwischen Ergebnisvorab oder schuldrechtlicher Sondervergütung neben der Behandlung auf Ebene der Gesellschaft auch bei der Einkünftezuordnung auf Ebene des Gesellschafters.

Die Abgrenzung von Sondervergütung und Ergebnisvorab erfolgt bei gesellschaftsvertraglich vereinbarten Tätigkeitsvergütungen danach,

- ob die Vergütung auch zu zahlen ist, wenn die GbR keinen Gewinn erzielt,
- die Zahlung als Aufwand behandelt werden soll,
- ob die Vergütung als Entgelt bezeichnet wird.

(FG Düsseldorf 17.7.18, 15 K 3568/16, DStRE 19, 604; FG Berlin-Brandenburg 15.1.13, 6 K 6188/08). Ob eine Sondervergütung oder ein Ergebnisvorab vereinbart wird, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

### ■ Übersicht: Ergebnisvorab vs. Sondervergütung

#### Ergebnisvorab

- Vorteilhaft, wenn Sondervergütung wegen Werbungskostenabzugsverbot nicht steuermindernd berücksichtigt werden kann (§ 20 Abs. 9 EStG)
- Kann bei klarer Formulierung auch bei Verlust gewährt werden.

#### Sondervergütung

- Kann bei den Werbungskosten in Abzug gebracht werden.
- Fraglich, ob § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO Anwendung findet (eingeschränkter Werbungskostenabzug).
- Sozialrechtlichen Status ggf. im Rahmen eines Feststellungsverfahrens klären.

Statusfeststellungsverfahren

Gesellschaftsrechtlicher Ergebnisvorab

Abgrenzungskriterien

## Steuerliche Angemessenheitskontrolle

### 2.2 Ergebnisvorab

Wird ein Ergebnisvorab vereinbart, steht dem einzelnen Gesellschafter also ein höherer Anteil am Ergebnis zu, als ihm nach den Beteiligungsverhältnissen eigentlich zustehen würde, so handelt es sich um eine Ergebnisverteilungsabrede, die zur Entgegennahme und Auszahlung entsprechender Zahlungen berechtigt (Tulloch/Wellisch DStR 99, 1093). Steuerlich wird ein angemessener Ergebnisvorab anerkannt, wobei weder Finanzverwaltung noch Rechtsprechung konkrete, verallgemeinerungsfähige Kriterien entwickelt haben, anhand derer die Angemessenheitskontrolle durchzuführen ist. Bei dem Ergebnisvorab handelt es sich technisch um eine rechnerisch vorrangig zu beachtende Position. Erst wird das Ergebnisvorab zugeordnet, bevor das verbleibende Ergebnis unter den übrigen Gesellschaftern nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags verteilt wird.

#### ■ Beispiel

An der AB-GbR sind die Gesellschafter A und B zu gleichen Teilen beteiligt. Für seine Tätigkeit soll A ein Ergebnisvorab in Höhe von 20.000 EUR pro Jahr bekommen. Im Jahr 00 erzielt die AB-GbR einen Überschuss in Höhe von 100.000 EUR.

	A	B	Gesamt
Überschuss auf Ebene der GbR			100.000 EUR
Ergebnisvorab nach Vereinbarung	20.000 EUR		- 20.000 EUR
Verteilung verbleibendes Ergebnis	40.000 EUR	40.000 EUR	- 80.000 EUR
	<b>60.000 EUR</b>	<b>40.000 EUR</b>	<b>0 EUR</b>

A realisiert hier höhere Einkünfte (60.000 EUR) als B (40.000 EUR). Auf die Qualifikation der Einkünfte hat der Ergebnisvorab keine Auswirkungen, beide Gesellschafter erzielen die Einkünfte, die auf Ebene der AB-GbR realisiert werden.

## Ergebnisvorab in Verlustjahren

Nicht abschließend geklärt ist die Frage, wie mit einer Ergebnisvorab-Abrede in Verlustjahren umzugehen ist. Für die Möglichkeit der Zahlung eines Ergebnisvorabs in Verlustjahren wird angeführt, dass dies konsequent erscheint, da die Sondervergütung in Verlustjahren ebenfalls gezahlt wird (Groh, DStZ 01, 358). Das FG Berlin-Brandenburg (15.1.13, 6 K 6188/08) hält ein Ergebnisvorab in Verlustjahren dann für möglich, wenn

- die erzielten Einnahmen höher als das vereinbarte Ergebnisvorab sind oder
- Gesellschaft hat dem Gesellschafter das Ergebnisvorab tatsächlich ausgezahlt.

## Unter bestimmten Voraussetzungen nicht anzuerkennen

Fehlt es an einem Überschuss und liegt auch keine Ausnahmeveraussetzung (Einnahmen höher als Ergebnisvorab oder tatsächliche Auszahlung) vor, sind die Zahlungen aus Sicht der Rechtsprechung nicht anzuerkennen (FG Berlin-Brandenburg 15.1.13, 6 K 6188/08). Unter Berücksichtigung des im Ertragsteuerrecht geltenden Zufluss- und Abflussprinzips überzeugt der Ansatz des FG Berlin-Brandenburg. Jedenfalls beim Gesellschafter muss es zu einem tatsächlichen Zufluss gekommen sein, auch wenn auf Ebene der GbR keine Einnahmen in Höhe des Ergebnisvorabs erzielt wurden (FG Berlin-Brandenburg 15.1.13, 6 K 6188/08). Nicht überzeugend ist die Ansicht des FG Berlin-Brandenburg, wonach eine Gutschrift auf dem Gesellschafter-Verrechnungskonto nicht ausreichend sein soll.

**Beachten Sie |** Die Möglichkeit eines Ergebnisvorab in Verlustjahren ist umstritten (vgl. Haase/Dorn, PersGes, 6. Aufl. 2025, S. 78). Damit ein Ergebnisvorab auch in Verlustjahren steuerlich anerkannt wird, bedarf es einer eindeutigen Formulierung in dem Sinne, dass ein Ergebnisvorab auch in Verlustjahren gezahlt wird. Wichtig ist, dass es dann auch tatsächlich zur Auszahlung kommt. Die bloße Gutschrift auf dem Gesellschafter-Verrechnungskonto genügt zumindest aus Sicht des FG Berlin-Brandenburg nicht, wenngleich fraglich ist, ob diese Rechtsansicht einer gerichtlichen Überprüfung standhalten würde.

Eindeutige  
Formulierung  
erforderlich

### ■ Beispiel

An der AB-GbR sind die Gesellschafter A und B zu gleichen Teilen beteiligt. Für seine Tätigkeit soll A ein Ergebnisvorab in Höhe von 20.000 EUR pro Jahr bekommen. Im Jahr 00 erzielt die AB-GbR einen Verlust in Höhe von 100.000 EUR, wobei Einnahmen in Höhe von 90.000 EUR vereinnahmt wurden.

	A	B	Gesamt
Verlust auf Ebene der GbR			- 100.000 EUR
Ergebnisvorab nach Vereinbarung	20.000 EUR		- 20.000 EUR
			<b>- 120.000 EUR</b>
Verteilung verbleibendes Ergebnis	- 60.000 EUR	- 60.000 EUR	
	<b>40.000 EUR</b>	<b>60.000 EUR</b>	<b>- 100.000 EUR</b>

### 2.3 Sondervergütung

Grundlage einer Sondervergütung ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen der GbR und dem einzelnen Gesellschafter. In Abgrenzung zum Gewinnvorab ist eine Sondervergütung auch in Verlustjahren zu zahlen und führt auf Ebene der Gesellschaft zu Aufwand, der als Werbungskosten berücksichtigt werden kann, wobei es sich im Einzelfall auch um Anschaffungs- oder Herstellungskosten handeln kann.

Auch in  
Verlustjahren  
zu zahlen

### ■ Beispiel

A und B sind an der AB-GbR beteiligt. Die GbR vermietet ein Grundstück mit Gebäude. Gesellschafter A erhält eine Sondervergütung i. H. v. jährlich 50.000 EUR. Im Jahr 01 hat die AB-GbR ein zusätzliches Grundstück für 100.000 EUR erworben, wobei ca. 50 % der Tätigkeit von A auf den Erwerb dieses Grundstücks entfielen.

Der BFH geht davon aus, dass in diesem Fall 50 % der gezahlten Sondervergütung, also 25.000 EUR, den Anschaffungskosten für das Grundstück zuzuordnen sind. Die Anschaffungskosten des Grundstücks betragen demnach ungeachtet weiterer Aufwendungen 125.000 EUR.

- Vergütung an Kommanditisten als Herstellungskosten für ein errichtetes Gebäude (BFH 23.5.79, I R 56/77, BStBl II 79, 763)
- Komplementärvergütung nicht als Aufwand abziehbar, wenn Anschaffungskosten zuzuordnen (BFH 13.10.98, VIII R 4/98, BStBl II 99, 284)

**In voller Höhe  
Aufwand bei der GbR**

Die Aufwendungen auf Ebene der GbR können in voller Höhe angesetzt werden. Die h. M. in der Literatur geht wohl bisher noch davon aus, dass § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO in diesem Fall keine Anwendung findet (BFH 7.4.87, IX R 103/85; Engel, Vermögensverwaltende Personengesellschaften im Ertragsteuerrecht, Rz. 290; Schäffer, in: Haase/Dorn, PersGes, 6. Aufl. 2025, Rz. 346 f.). Nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO werden Wirtschaftsgüter, die mehreren zur gesamten Hand oder einer rechtsfähigen Personengesellschaft zustehen, den Beteiligten oder Gesellschaftern anteilig zugerechnet, soweit eine getrennte Zurechnung für die Besteuerung erforderlich ist. Rechtsfähige Personengesellschaften gelten für Zwecke der Ertragsbesteuerung als Gesamthand und deren Vermögen als Gesamthandsvermögen.

**Aktuelle Rechtsprechung des BFH**

Dieser Ansicht steht die aktuelle Rechtsprechung des BFH (27.11.24, I R 19/21, BStBl II 25, 501, m. Anm. Peters EStB 25, 186) nicht ausdrücklich entgegen, da der BFH die Anwendung von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zunächst nur in den Fällen bejaht, in denen Gegenstand des Schuldverhältnisses ein der Gesellschaft zustehendes Wirtschaftsgut ist, es also um eine Sachleistung geht (BFH 27.11.24, I R 19/21). Dies ist hier nicht der Fall, da der Gesellschafter keine Sachleistung i.S.e. Wirtschaftsgutes leistet, sondern seine Tätigkeit für die Gesellschaft schuldet. Steht die Tätigkeit des Gesellschafters mit einem dem Gesellschafter anteilig zuzurechnenden Wirtschaftsgut (bspw. einem Vermietungsobjekt) im Zusammenhang, stellt sich gleichwohl die Frage, ob es sich in Höhe des dem Gesellschafter zuzurechnenden Anteils um Werbungskosten bzgl. der Einkünfte aus diesem Wirtschaftsgut handelt. Verneint man dies, führen die Einnahmen korrespondierend auch nicht zu Einnahmen beim Gesellschafter (vgl. BFH 27.11.24, I R 19/21, BStBl II 25, 501).

**Beim Empfänger  
voll steuerpflichtig**

Auf Ebene des die Tätigkeitsvergütung erhaltenden Gesellschafters fällt die Vergütung unter die allgemeinen Einkunftsarten und ist, geht man davon aus, dass die Zahlung in voller Höhe als Werbungskosten zu berücksichtigen ist, in voller Höhe zu versteuern.

**■ Beispiel**

Wie im Beispiel zuvor erhält Gesellschafter A eine Sondervergütung in Höhe von jährlich 50.000 EUR. Gegenstand der vermögensverwaltenden AB-GbR ist die Vermietung und Verpachtung von Immobilien.

**1. Ansicht:**

- § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO findet keine Anwendung.
- In voller Höhe Werbungskosten
- In voller Höhe steuerpflichtig bei A

**2. Ansicht:**

- § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO findet Anwendung.
- Soweit dem A Einkünfte zuzurechnen sind, keine Werbungskosten auf Ebene der Gesellschaft
- Soweit kein Abzug als Werbungskosten auf Ebene der GbR auch keine Einkünfte auf Ebene des Gesellschafters

Diese Rechtsfrage ist abschließend noch nicht entschieden. Unter Anknüpfung an die Rechtsprechung des BFH sprechen gute Gründe für die Übertragung der Rechtsprechung des BFH zur Behandlung von Zinszahlungen bei Gesellschafterdarlehen (BFH 27.11.24, I R 19/21, BStBl II 25, 501), was eine Anwendung von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO zur Folge hätte und den WK-Abzug teilweise ausschließen würde. Allerdings geht der BFH bei einem durch den Gesellschafter gewährten Darlehen in Höhe des infolge der Bruchteilsbetrachtung nicht anzuerkennenden Darlehens von einer steuerneutralen Einlage aus. Da es bei der bloßen Tätigkeit für die Gesellschaft – im Gegensatz zur Hingabe des Darlehens – an einem einlagefähigen Vermögensvorteil fehlt, spricht diese fehlende Einlagefähigkeit gegen eine Anwendung von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO.

### 3. Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern

Unter Anknüpfung an die oben bereits im Rahmen der steuerlichen Behandlung einer Sondervergütung erörterten Fragen hat die Anwendung von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO auch im Rahmen anderer Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter erhebliche Auswirkungen. Da § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO bei der vermögensverwaltenden Personengesellschaft nicht durch § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG überlagert wird, schlägt die Bruchteilsbetrachtung voll durch.

Die Anwendung von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO hat zur Folge, dass zivilrechtlich wirksame Schuldverhältnisse zwischen GbR und Gesellschaftern für Zwecke des Ertragssteuerrechts teilweise negiert werden, wobei insbesondere Nutzungs- und Kapitalüberlassungen betroffen sind, also Miet- und Darlehensverhältnisse, die im Folgenden skizziert werden.

**MERKE |** Die Folgen von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO wirken sich in beide Richtungen aus, also in den Fällen, wenn

- die Gesellschaft dem Gesellschafter einen Gegenstand zur Nutzung überlässt (bspw. Mietobjekt).
- der Gesellschafter der Gesellschaft einen Gegenstand zur Nutzung überlässt (bspw. Kapital als Darlehen).

#### 3.1 Nutzungsüberlassungen

Überlässt eine vermögensverwaltende GbR einem ihrer Gesellschafter eine Immobilie und zahlt dieser monatlich aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung eine Miete an die GbR, erzielen nur die anderen Gesellschafter Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung. Soweit die Zahlungen anteilig auf den nutzungsberechtigten Gesellschafter entfallen, laufen diese steuerlich leer (BFH 18.5.04, IX R 42/01, BFH/NV 05, 168).

Keine Überlagerung durch Regelung zu gewerblichen Beteiligungseinkünften

Teilweise Negation zivilrechtlicher Schuldverhältnisse

Mieter ist anteilig zugleich Vermieter

## Anteilig Darlehen, anteilig Einlage

### ■ Beispiel

An der vermögensverwaltenden AB-GbR sind A und B zu gleichen Teilen beteiligt. Die AB-GbR ist Eigentümerin einer Immobilie, die zu Vermietungszwecken genutzt wird. A hat mit der GbR einen Mietvertrag über die Immobilie geschlossen und zahlt monatlich 1.000 EUR.

Gemäß § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO wird diese Immobilie den Gesellschaftern A und B für Zwecke des Ertragsteuerrechts hälftig zugerechnet.

In diesem Fall erzielt nur B Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung in Höhe von 500 EUR. Soweit die Mietzahlung auf den A zuzurechnenden Anteil entfällt, wirkt sich die Zahlung nicht aus. In dieser Höhe können korrespondierend auch keine Werbungskosten angesetzt werden.

Zur Begründung verweist der BFH darauf, dass im Fall der Vermietung eines Grundstücks von der AB-GbR an den Gesellschafter A – infolge der vollständigen Transparenz der AB-GbR – im Umfang des Anteils von A auf beiden Seiten des Vertrags dieselbe Person (A) steht (BFH 2.4.08, IX R 18/06, BStBl II 08, 679). Schuldner und Gläubiger fallen zusammen, sodass die Forderung bei der maßgeblichen steuerrechtlichen Betrachtung im Wege der Konfusion erlischt (BFH 27.11.24, I R 19/21, BStBl II 25, 501).

### 3.2 Gesellschafterdarlehen

Besonderheiten ergeben sich, wenn es sich nicht um Einlage, sondern zivilrechtlich um ein Darlehen nach § 488 BGB des Gesellschafters an die Gesellschaft handelt.

### ■ Beispiel

A und B sind zu je 50 % an der vermögensverwaltenden AB-GbR beteiligt. A gewährt der GbR ein Darlehen und erhält dafür einen Zins in Höhe von 1.000 EUR im Jahr.

Fraglich ist, ob die AB-GbR die Zinszahlungen in voller Höhe als Werbungskosten bei den Einkünften aus V+V ansetzen kann und in welcher Höhe A Einkünfte aus den Zinszahlungen erzielt.

**Lösung des BFH:** Der BFH hat diese Frage kürzlich zugunsten einer nur anteiligen Berücksichtigung der Zinsaufwendungen als Werbungskosten entschieden (BFH 27.11.24, I R 19/21, BStBl II 25, 501). Danach negiert der BFH das Schuldverhältnis für steuerrechtliche Zwecke insoweit, als die Zinszahlungen auf den das Darlehen gewährenden Gesellschafter entfallen. Insoweit ist das Darlehen (hier also in Höhe von 50 %) nicht anzuerkennen. Die Zinszahlungen sind demnach in Höhe von 50 % nicht als Werbungskosten abzugsfähig. Umgekehrt führen die Zinszahlungen in dieser Höhe auch nicht zu Einnahmen aus Kapitalvermögen bei A.

Im Ergebnis ist das Darlehen demnach wie folgt zu behandeln:

- 50 % Anerkennung als Darlehen (Werbungskostenabzug GbR und Einnahmen aus Kapitalvermögen bei A)
- 50 % steuerneutrale Einlage von A in die AB-GbR

(BFH 27.11.24, I R 19/21, BStBl II 25, 501)

#### 4. Zusammenfassung und Fazit

Vermögensverwaltende Personengesellschaften sind ein zentrales Gestaltungsinstrument im Immobilien- und Kapitalanlagerecht, da sie in der Regel Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) erzielen und damit von der Gewerbesteuer befreit bleiben. Im Einkommensteuerrecht stellen sich dabei vor allem Fragen zur Einkünftequalifikation (insbesondere zur Abgrenzung zwischen § 21 EStG und § 15 EStG sowie zur Vermeidung einer gewerblichen Prägung), zur steuerlichen Einkünfteermittlung und zur Zurechnung, etwa unter Bindung an die zivilrechtliche Ergebnisverteilung oder im Rahmen des Fremdvergleichs bei Angehörigen. Hinzu treten Besonderheiten bei der Gewinnermittlung, insbesondere wenn handelsrechtliche Buchführungspflichten bestehen. Da zivilrechtliche Vertragsgestaltung und steuerliche Anerkennung eng verzahnt sind, müssen diese Aspekte frühzeitig in die Strukturplanung einbezogen werden, um spätere steuerliche Nachteile zu vermeiden.

Während die vermögensverwaltende Personengesellschaft zivilrechtlich als eigenes Rechtssubjekt gilt, wird sie ertragsteuerlich nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO wie eine Bruchteilsgemeinschaft behandelt – mit weitreichenden Folgen für die rechtliche und steuerliche Beurteilung der Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern.

Die steuerrechtliche Behandlung vermögensverwaltender Personengesellschaften erfordert eine präzise Abgrenzung zu gewerblichen Tätigkeiten, um eine Einkünftequalifikation nach § 15 EStG – insbesondere durch gewerbliche Prägung oder Aufwärtsabfärbung – zu vermeiden. Aktuelle BFH-Entscheidungen zeigen, dass schon mittelbare Beteiligungen oder Gesellschafterdarlehen steuerlich anders gewertet werden können als zivilrechtlich intendiert, wenn keine klare, fremdübliche und im Voraus getroffene Gestaltung vorliegt.

Für die Praxis bedeutet dies, dass gesellschaftsvertragliche Regelungen zur Ergebnisverteilung, zu Rechtsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern sowie zu Gesellschafterwechseln steuerlich stringent durchdacht und dokumentiert werden müssen. Nur so lässt sich sicherstellen, dass die Vorteile der vermögensverwaltenden Struktur – insbesondere die Behandlung als Überschusseinkünfte (§ 21 EStG) und die Gewerbesteuerofreiheit – erhalten bleiben. Die enge Verzahnung von Zivilrecht, Vertragsgestaltung und steuerlicher Würdigung ist daher der Schlüssel zu einer rechtssicheren und steueroptimalen Gestaltung.

**CHECKLISTE / Steuerrecht****1. Einkünftequalifikation**

- Prüfung, ob Tätigkeit ausschließlich vermögensverwaltend ist
- Check auf Infektion/Abfärbung (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG) und gewerbliche Prägung (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG)
- Bei Wertpapierhandel: Häufigkeit/Umschlagsgeschwindigkeit
- Goldgeschäfte besonders prüfen
- Bei Private-Equity-Investments: Abgleich mit BMF-Erlass

**2. Einkünftezurechnung**

- Abgleich zivilrechtliche Gewinnverteilung ↔ steuerliche Zurechnung
- Prüfung Fremdvergleich bei abweichender Quotenregelung

**3. Rechtsbeziehungen Gesellschaft – Gesellschafter**

- Fremdvergleichsgrundsatz prüfen
  - Mietzinsangemessenheit
  - Zinshöhe bei Darlehen
  - Üblichkeit von Vergütungen
- Rechtsfolgen von § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO bei vermögensverwaltender Personengesellschaft prüfen

**4. Gesellschafterwechsel**

- Steuerliche Folgen bei Übertragungen:
  - Unentgeltlich → Fortführung AfA-BMG (§ 11d EStDV)
  - Entgeltlich → Aufdeckung stiller Reserven, ggf. § 23 EStG
  - Grunderwerbsteuer bei Grundstücken prüfen (§ 1 Abs. 2a, 3 GrEStG)

**5. Dokumentationspflichten**

- Schriftliche Fixierung aller Beschlüsse und Verträge
- Nachweis der tatsächlichen Durchführung
- Bei Minderjährigen: Genehmigungsnachweise





**REDAKTION** | Sie haben Fragen oder Anregungen zur Berichterstattung? Schreiben Sie an  
IWW Institut, Redaktion „PFB“  
Aspastr. 24, 59394 Nordkirchen  
Fax: 02596 922-80, E-Mail: [pfb@iww.de](mailto:pfb@iww.de)  
Als Fachverlag ist uns individuelle Rechtsberatung nicht gestattet.

**ABONNENTENBETREUUNG** | Fragen zum Abonnement beantwortet Ihnen der  
IWW Institut Kundenservice, Max-Planck-Straße 7/9, 97082 Würzburg  
Telefon: 0931 4170-472, Fax: 0931 4170-463, E-Mail: [kontakt@iww.de](mailto:kontakt@iww.de)  
Bankverbindung: DataM-Services GmbH, Postbank Nürnberg  
IBAN: DE80 7601 0085 0007 1398 57, BIC: PBNKDEFFXXX

#### IHR PLUS IM NETZ | Online – Mobile – Social Media

Online: Unter [pfb.iww.de](http://pfb.iww.de) finden Sie

- Downloads (Arbeitshilfen, Checklisten, Musterverträge u.v.m.)
- Archiv (alle Beiträge seit 2004)
- Rechtsquellen (Urteile, Gesetze, Verwaltungsanweisungen u.v.m.)

Vergrößern Sie Ihren Wissensvorsprung: Registrieren Sie sich auf [iww.de/registrieren](http://iww.de/registrieren), schalten Sie Ihr Abonnement frei und lesen Sie aktuelle Fachbeiträge früher. Rufen Sie an, wenn Sie Fragen haben: 0931 4170-472

Mobile: Lesen Sie „PFB“ in der myIWW-App für Smartphone/Tablet-PC.

- Appstore (iOS)      ■ Google play (Android) → Suche: myIWW oder scannen Sie den QR-Code



Social Media: Folgen Sie „PFB“ auch auf [facebook.com/pfb.iww](http://facebook.com/pfb.iww)

**NEWSLETTER** | Abonnieren Sie auch die kostenlosen IWW-Newsletter für Steuerberater auf [iww.de/newsletter](http://iww.de/newsletter):

- |                                 |                               |                               |
|---------------------------------|-------------------------------|-------------------------------|
| ■ PFB-Newsletter                | ■ BFH-Leitsatz-Entscheidungen | ■ BGH-Leitsatz-Entscheidungen |
| ■ IWW kompakt für Steuerberater | ■ BFH-Anhängige Verfahren     |                               |

**SEMINARE** | Nutzen Sie das IWW-Seminarangebot für Ihre Fortbildung: [seminare.iww.de](http://seminare.iww.de)

#### PRAXIS FREIBERUFLER-BERATUNG (ISSN 1613-8791)

Herausgeber und Verlag | IWW Institut für Wissen in der Wirtschaft GmbH, Niederlassung: Aspastraße 24, 59394 Nordkirchen, Geschäftsführer: Bernhard Münster, Günter Schürger, Telefon: 02596 922-0, Fax: 02596 922-99, E-Mail: [info@iww.de](mailto:info@iww.de), Internet: [iww.de](http://iww.de), Sitz: Max-Planck-Straße 7/9, 97082 Würzburg

Redaktion | RA Dipl.-Finw. Horst Rönnig (Chefredakteur); StB Dipl.-Volksw. Jürgen Derlath (stellv. Chefredakteur, verantwortlich); Dipl.-Kffr. Christiane Nöcker (stellv. Chefredakteurin)

Wissenschaftlicher Beirat | RA FAMedR Michael Frehse, Wirtschaftsmediator, Münster; RA Dr. Matthes Heller, Köln; StB vBP Karin Henze, Dortmund; StB Thomas Ketteler-Eising, Köln; RA FAMedR Gerrit Tigges, Düsseldorf; RA Dr. Lars Lindenau, Erlangen; RAin FAin MedR Dr. Mareike Bechtler, Wirtschaftsmediatorin, Hannover

Bezugsbedingungen | Der Informationsdienst erscheint monatlich. Er kostet pro Monat 27,90 EUR einschließlich Versand und Umsatzsteuer. Das Abonnement ist jederzeit zum Monatsende kündbar.

Hinweise | Alle Rechte am Inhalt liegen beim IWW Institut. Nachdruck und jede Form der Wiedergabe auch in anderen Medien sind selbst auszugsweise nur nach schriftlicher Zustimmung des IWW Instituts erlaubt. Der Inhalt des Informationsdienstes ist nach bestem Wissen und Kenntnisstand erstellt worden. Die Komplexität des Themas und der ständige Wandel der Rechtsmaterie machen es notwendig, Haftung und Gewähr auszuschließen. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verzichten wir auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d). Dies beinhaltet keine Wertung.

Zitierweise | Beispiele: „Müller, PFB 11, 20“ oder „PFB 11, 20“

Bildquellen | Titel: ©Wasan – stock.adobe.com; Umschlagseite 2: René Schwerdtel Fotodesign (Derlath, Kreutzer)

Druck | H. Rademann GmbH Print + Business Partner, 59348 Lüdinghausen

Zentrale Anlaufstelle für Fragen zur Produktsicherheit | Bernhard Münster, Tel. 02596 922-13, E-Mail: [produktsicherheit@iww.de](mailto:produktsicherheit@iww.de)



# IHR ABO KANN MEHR!

Ohne zusätzliche Kosten.  
Jetzt weitere Nutzer freischalten!

1 Abo =  
3 Nutzer

## Holen Sie jetzt alles aus Ihrem Abo raus!

PFB Praxis Freiberufler-Beratung unterstützt Sie optimal im beruflichen Alltag. Aber nutzen Sie in Ihrer Kanzlei auch das ganze Potenzial?

Unser Tipp: Nutzen Sie den Informationsdienst an möglichst vielen Arbeitsplätzen und schalten Sie die digitalen Inhalte für zwei weitere Kollegen frei! Das kostet Sie nichts, denn in Ihrem digitalen Abonnement sind **automatisch drei Nutzer-Lizenzen enthalten**.

Der Vorteil: Ihre Kollegen können selbst nach Informationen und Arbeitshilfen suchen – **und Sie verlieren keine Zeit** mit der Abstimmung und Weitergabe im Team.

**Und so einfach geht's:** Auf [iww.de](http://iww.de) anmelden, weitere Nutzer eintragen, fertig!

The screenshot shows the iww.de website's login page. At the top right, there is a callout bubble with the text "In Ihrem Abonnement enthalten: Drei Nutzer-Lizenzen für die digitalen Inhalte". Below this, there is a registration form with fields for "Anmeldung" (Registration), "Passwort" (Password), and "Angemeldet bleiben" (Remember me). A red oval highlights the "Mein Konto" (My Account) link in the bottom right corner of the registration area. To the left of the registration form, there is a sidebar with a "Schritt 1 Anmeldung" heading and some descriptive text about account activation.

**Kurzanleitung  
herunterladen unter:  
[www.iww.de/s7219](http://www.iww.de/s7219)**