

GmbH-Beratungspraxis

GmbH-Steuerrecht kompakt

■ Einsatz einer vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG bei Börsen- und Immobiliengeschäften

von Dipl.-Kfm. Dr. Arnd Stollenwerk, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater*

Eine nicht ins Handelsregister eingetragene Personengesellschaft, die ausschließlich eigene Immobilien und/oder eigenes Finanzvermögen verwaltet, ist gem. § 1 Abs. 1 HGB Nichtkaufmann, weil sie kein Handelsgewerbe betreibt. Da auch ertragsteuerlich kein Gewerbebetrieb gem. § 15 Abs. 2 EStG vorliegt, erzielen die Gesellschafter gemeinschaftlich Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und/oder Einkünfte aus Kapitalvermögen.¹ Durch die Reform des Handelsrechts vom 25. 6. 1998² steht vermögensverwaltenden Personengesellschaften nunmehr die Option offen, durch Eintragung in das Handelsregister den zivilrechtlichen Status einer Personenhandelsgesellschaft zu erlangen. Seit dem 1. 7. 1998 kann daher eine vermögensverwaltende Personengesellschaft als OHG, KG und insbesondere auch als GmbH & Co. KG am Rechtsverkehr teilnehmen.³ Dieser Beitrag zeigt die Einsatzmöglichkeiten einer (rein) vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG unter ertragsteuerlichen Aspekten auf (die erbschaftsteuerlichen Einsatzmöglichkeiten werden in einem der nächsten Hefte behandelt). Dabei besteht der steuerliche Anreiz für eine derartige Rechtsformwahl in erster Linie in der rechtssicheren Wahrung und Schaffung der Betriebsvermögenseigenschaft des verwalteten Vermögens.

I. Handelsrechtliche Voraussetzungen

Die entscheidende handelsrechtliche Voraussetzung für die Entstehung einer steuerlich einsatzfähigen GmbH & Co. KG ist die **Eintragung** der Firma der GmbH & Co. KG im **Handelsregister**. Die Eintragung ist konstitutiv. Daher ist weder der Abschluß eines neuen Gesellschaftsvertrages noch die Anmeldung zum Handelsregister⁴ ausreichend.

Eintragungsfähig sind nur Außengesellschaften; Innengesellschaften können nicht eingetragen werden, da sie kein eigenes Vermögen verwalten.⁵ Die mit der Eintragung im Handelsregister verbundenen rechtlichen Vorteile, z. B. die Haftungsbeschränkung der Kommanditisten, die Firmenfähigkeit oder die Grundbuchfähigkeit, sind im Einzelfall gegenüber den rechtlichen Nachteilen, wie z. B. der Buchführungspflicht oder der Registerpublizität, zu gewichten.

Entsprechend der **freiwilligen Eintragung** einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft gewährt das Handelsrecht auch deren **freiwillige Löschung** aus dem Handelsregister.⁶ Durch die Löschung rückt die vermögensverwaltende Personenhandelsgesellschaft zurück in den Status einer nicht gewerblichen Personengesellschaft (GbR). Aufgrund des freiwilligen Eintrags in und des freiwilligen Austritts aus der Anwendung des Handelsrechts für vermögensverwaltende Personengesellschaften ist damit Rechtssicherheit eingetreten bei den bis zum 30. 6. 1998 (nach damaligem Recht) zu Unrecht im Handelsregister eingetragenen vermögensverwaltenden Perso-

nengesellschaften. Für die Anerkennung als Personenhandelsgesellschaft bedarf es keines neuen Antrages. **Ab dem 1. 7. 1998** sind sie nicht mehr als Schein-OHG/-KG/-GmbH & Co. KG zu werten, sondern als echte Handelsgesellschaften.

II. Einsatzmöglichkeiten im Börsen- und Immobiliengeschäft

1. Verlustverrechnung bei privaten Börsengeschäften

Die Aufgabe, Verluste aus privater Vermögensverwaltung steuerlich geltend zu machen, stellt sich für den steuerli-

* Der Autor ist als Wirtschaftsprüfer und Steuerberater in Köln tätig.

1 Dies gilt unabhängig vom Umfang des verwalteten Vermögens.

2 Änderung des HGB durch Gesetz v. 25. 6. 1998, BGBl. I 1998, 1588.

3 Bis zur jüngsten Reform des Handelsrechts war dies nur für vermögensverwaltende Personengesellschaften möglich, die trotz fehlenden Gewerbebetriebs im Handelsregister eingetragen waren. Dies traf vielfach auf jene Fälle zu, in denen der ursprüngliche Gewerbebetrieb einer Personengesellschaft entfallen und eine Löschung im Handelsregister nicht vorgenommen worden war.

4 Diese Anmeldung zum Handelsregister muß durch gemeinsamen Antrag aller Gesellschafter erfolgen.

5 Vgl. Schön, DB, 1998, 1169 ff.; K. Schmidt, DB 1998, 61.

6 Vgl. Schön, DB, 1998, 1169 ff.; K. Schmidt, DB 1998, 61 (63).

GmbH-Steuerrecht

chen Berater weniger bei Immobilieninvestitionen als vielmehr bei Anlagen auf dem Finanzkapitalmarkt. Hier stellen sich leichter und kurzfristiger echte Verluste ein. Daher konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf Börsengeschäfte.

a) Möglichkeiten der Geltendmachung von Kursverlusten

In jüngster Zeit ist zu beobachten, daß bei den Privatanelegern die Bereitschaft, Kursverluste in Kauf zu nehmen, steigt. Hintergrund hierfür ist das ständig steigende Volumen des Geldvermögens, das von privaten Haushalten angespart wurde, sowie die wachsende Beliebtheit risikoreicher Anlagestrategien.⁷

Durch das *Steuerverlastungsgesetz 1999/2000/2002* wurde die steuerliche Abzugsfähigkeit der bei privaten Veräußerungsgeschäften realisierten Verluste verbessert. Diese Verluste können ab dem VZ 1999 nicht nur mit Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften, die im gleichen VZ entstanden sind, verrechnet werden. Es ist auch ein Verlustrücktrag in den davor liegenden VZ möglich. Der Verlustvortrag in zukünftige VZ ist zeitlich nicht begrenzt. In den Jahren, in die zurück- oder vorgetragen wird, beschränkt sich aber die Verlustverrechnung auf die Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften. Dabei ist die Verlustverrechnung nicht zu trennen nach den in § 23 EStG aufgezählten vier Unterarten privater Vermögensgeschäfte (1. Immobilien, 2. Wertpapiere, 3. Verkauf von Wirtschaftsgütern bzw. Wertpapieren vor Kauf, 4. Termingeschäfte). Trotz dieser Verbesserung bleibt es insgesamt bei der Feststellung, daß die steuerlichen Verwertungsmöglichkeiten für Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften erheblich schlechter sind als für Verluste aus gewerblicher Tätigkeit.

Diese Aussage gilt, obwohl durch das *Steuerverlastungsgesetz 1999/2000/2002* die Verwertung der gewerblichen Verluste eingeschränkt wurde. Neben einer Mindestbesteuerung (§§ 2 Abs. 3, 10 d Abs. 3 EStG) sind für gewerbliche Verluste in erster Linie die folgenden **Schranken bei der Verlustverwertung** zu beachten:

- Einkünfteerzielungsabsicht (wie bisher),
- § 15 a EStG (wie bisher),
- § 15 Abs. 4 S. 3 EStG: Besonderheiten für Verluste aus Termingeschäften, die im Rahmen der gewerblichen Tätigkeit durchgeführt werden (neu ab VZ 1999).

Beraterhinweis: Entstehen aus der privaten Kapitalanlage an den Börsen erhebliche Verluste, so muß in der steuerlichen Beratung trotz *Steuerverlastungsgesetz 1999/2000/2002* die unveränderte Strategie der **Nachweis einer gewerblichen Tätigkeit** sein. Liegt eine gewerbliche Tätigkeit (Wertpapierhandel) vor, so können sogar Börsenverluste, die nach Ablauf der Spekulationsfrist entstanden sind, einkommensmindernd verrechnet werden.

Dieser Nachweis ist außerordentlich schwierig. Aus der Vielzahl der vom BFH entschiedenen Fälle läßt sich ermesen, daß hierfür bei den Steuerpflichtigen aber erheblicher Bedarf besteht.⁸ Die größte Hürde für die Anerkennung gewerblicher Einkünfte (bzw. gewerblicher Verluste) ist, daß die Grenze der privaten Vermögensverwaltung überschritten sein muß. Die gefestigte Rechtsprechung unterstellt stets dann noch **private Vermögensverwaltung**, selbst wenn die folgenden Kriterien erfüllt sind:⁹

- sehr umfangreiche Wertpapiergeschäfte auf eigene Rechnung,
- Umschichtung von Wertpapieren in erheblichem Umfang,
- umfangreiche Fremdfinanzierung.

Die Grenze der privaten Vermögensverwaltung ist nur überschritten bei¹⁰

- regelmäßigem Börsenbesuch,
- Unterhalten eines eigenen Büros,
- Durchführung der Wertpapiergeschäfte auch für Dritte.

Diese Kriterien erfüllt regelmäßig nur ein echter Wertpapierhändler.¹¹

Besonders aussichtslos ist der Nachweis einer gewerblichen Tätigkeit, wenn die Verluste aus Geschäften mit börsengehandelten *Optionsscheinen* stammen. Denn nach jüngster Rechtsprechung soll diese Form der Kapitalanlage nicht zur privaten Vermögensverwaltung zählen, sondern dem nicht steuerbaren, steuerlich irrelevanten Bereich zuzuordnen sein.¹² Die vermögensverwaltende GmbH & Co. KG könnte ein neues, sehr geeignetes Instrument darstellen, um gewerbliche Einkünfte und damit die erweiterte Verlustverrechnungsmöglichkeit bei (privaten) Börsengeschäften zu erzielen.

Beraterhinweis: Es kann nicht empfohlen werden, die Börsengeschäfte statt dessen über eine **vermögensverwaltende KG** abzuwickeln. Die KG wird zwar in das Handelsregister eingetragen und entsteht damit als Personengesellschaft. Steuerlich aber betreibt sie keinen Gewerbebetrieb i.S.d. § 15 Abs. 2 EStG und vermittelt mangels gewerblicher Prägung oder gewerblicher Infizierung i.S.d. § 15 Abs. 3 EStG nur „private“ Einkünfte.¹³ Für eine vermögensverwaltende KG bleibt die oben dargestellte schwierige Lage des Nachweises gewerblicher Einkünfte also unverändert bestehen.

Mit einer vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG kann nur **Vorsorge** (Sicherung der Verlustverrechnung), nicht aber **Nachsorge** betrieben werden. Für den konkreten Einzelfall sind daher auch die sich zwangsläufig ergebenden

⁷ Größere Vermögensbeträge werden vermehrt in starke Kurschwankungen verzeichnende Aktien am Neuen Markt in Deutschland oder in anderen Staaten der EU bzw. in Aktien aus Schwellenländern investiert. Ein nicht unerheblicher Kreis von Privatpersonen legt auch vermehrt Geld in Indexoptionsscheinen oder in Aktienoptionsscheinen an.

⁸ Vgl. die umfangreiche Urteilsübersicht bei *Sorgenfrei*, FR 1999, 61 (75f.); allein seit 1990 werden 19 veröffentlichte Urteile aufgelistet.

⁹ Vgl. z.B. BFH v. 29.10.1998 – XI R 80/97, DStR 1999, 317ff.; BFH v. 19.2.1997 – XI R 1/96, BStBl. II 1997, 399ff.; FG München v. 21.1.1998 – I K 2280/95, DStRE 1998, 303ff. (Rev. eingelegt).

¹⁰ Vgl. z.B. BFH v. 4.3.1980 – VIII R 150/76, BStBl. II 1980, 389ff.; BFH v. 15.3.1980 – X R 38/92, BFH/NV 1994, 850ff.

¹¹ Zu den Auswirkungen der Kriterien des Grundstückshändlers auf den Wertpapierhändler vgl. *Wangler*, DStR 1999, 184ff.

¹² Vgl. BFH v. 19.2.1997 – XI R 1/96, BStBl. II 1997, 399 (403); FG Schleswig-Holstein v. 4.12.1997 – III 790/94, DStRE 1999, 57ff.; anders aber BFH v. 24.7.1996 – X R 139/93, BFH/NV 1997, 105ff., wonach Gewinne aus der Veräußerung von Optionsrechten auf lieferbare Aktien steuerpflichtige Spekulationsgewinne sind.

¹³ Vgl. *Binz*, DStR 1998, 1742f.

steuerlichen Nachteile zu würdigen (Einkommensteuerbelastung auch der Gewinne, die außerhalb der Spekulationsfrist realisiert werden; Gewerbesteuerpflicht).

Ob eine vermögensverwaltende GmbH & Co. KG insgesamt zu empfehlen ist, wird von der Kapitalanlagestrategie des Steuerpflichtigen abhängen. Je risikoreicher der Kapitaleinsatz ist und/oder je weniger wahrscheinlich für das einzelne Investment eine Haltedauer von über 12 Monaten ist, desto geeigneter wird der Einsatz einer vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG. Die dann entstehende, nicht zu vermeidende Gewerbesteuerbelastung ist regelmäßig größer als die Tarifentlastung für die gewerblichen Einkünfte gem. § 32 c EStG, so daß im Gewinnfall eine ertragsteuerliche Mehrbelastung entsteht. Sie muß als **Prämie an den Fiskus** angesehen werden, damit dieser potentielle Verluste steuerlich zur Verrechnung zuläßt.

b) Besonderheiten für Termingeschäfte

Die vermögensverwaltende GmbH & Co. KG erzielt als gewerblich geprägte Mitunternehmerschaft unabhängig von ihrer Tätigkeit gewerbliche Einkünfte. Für die Verlustverrechnung ist neben § 15 a EStG die ab VZ 1999 geltende Beschränkung bei Verlusten aus Termingeschäften besonders bedeutsam. Zu diesen gesetzlich definierten Termingeschäften zählt auch der im Anlegerpublikum verbreitete Handel mit *covered warrants* (= Optionsscheine, die nicht von einer effektiv emittierten Wandelschuldverschreibung abgetrennt wurden, unabhängig davon, ob sie auf einen Börsenindex oder auf Aktien lauten)¹⁴. Die Einschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Termingeschäften im Betriebsvermögen ist sogar restriktiver als bei Termingeschäften im Privatvermögen, denn Verluste aus betrieblichen Termingeschäften dürfen ausschließlich mit Gewinnen aus Termingeschäften im Betriebsvermögen verrechnet werden.¹⁵

In dieser besonders restriktiven Verlustverrechnung könnte eine erhebliche Einschränkung für den Einsatz der vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG für alle Steuerpflichtigen gesehen werden, die ein risikoreiches Anlagekonzept verfolgen, das auch Termingeschäfte (im steuerlich definierten Sinne) beinhaltet. Denn insbesondere im Optionsscheinhandel und im *Future*-Geschäft entstehen auch für Privatanleger oft kurzfristig hohe Verluste. Gerade für diese Fälle wurde aber oben aus strategischer Sicht der Einsatz einer vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG empfohlen.

Die besondere Verlustverrechnungsbeschränkung für Verluste aus Termingeschäften gilt ausnahmsweise nicht, wenn die Termingeschäfte *nur* zur Absicherung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs¹⁶ dienen. Bei einer vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG stellen die Kapitalanlagegeschäfte jedoch den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb dar. Werden die Kapitalanlagen (durch entgegengesetzte) Termingeschäfte abgesichert (*Hedging*), zählen die Verluste hieraus daher zu den „normalen“ gewerblichen Verlusten.¹⁷ Soweit Termingeschäfte Hedging im Rahmen einer Kapitalanlagestrategie darstellen, sind die aus den Termingeschäften erlittenen Verluste folglich unbeschränkt verrechenbar.¹⁸

Für alle Kapitalanleger, die Termingeschäfte nicht (nur) als Hedging einsetzen, sondern sie im Rahmen ihrer Kapitalanlagestrategie durchführen, bleibt eine erhebliche Einschränkung der Vorteile aus dem Einsatz einer vermögens-

verwaltenden GmbH & Co. KG aufgrund der besonders engen Verlustverrechnung zu besorgen. Aber möglicherweise steht auch einer GmbH & Co. KG, die Termingeschäfte im Rahmen ihrer Kapitalanlagestrategie über das Hedging hinaus abschließt, eine entscheidende Ausnahme zur restriktiven steuerlichen Verrechnung von Verlusten aus Termingeschäften im Betriebsvermögen zu. Die steuerliche Einschränkung gilt nämlich auch dann nicht, soweit die Termingeschäfte „zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen im Sinne des Gesetzes über das Kreditwesen gehören“ (§ 15 Abs. 4 S. 3 EStG). Große Beachtung sollte der Berater hierbei den **„Finanzunternehmen im Sinne des KWG“** schenken. Hierunter sind Unternehmen zu verstehen, die keine Kreditinstitute oder Finanzdienstleistungsinstitute sind. Das KWG definiert Finanzunternehmen über deren Haupttätigkeit. Als erforderliche Tätigkeiten werden gesetzlich genannt:

- „1. Beteiligungen zu erwerben,
2. Geldforderungen entgeltlich zu erwerben,
- ...
5. Finanzinstrumente für eigene Rechnung zu handeln.“

Gelänge es, eine vermögensverwaltende GmbH & Co. KG als Finanzunternehmen im Sinne des KWG anzuerkennen¹⁹, so würde die vermögensverwaltende GmbH & Co. KG für alle Steuerpflichtigen eine interessante Einsatzmöglichkeit darstellen, deren Anlagekonzept auch Optionsscheine und Futures umfaßt. Die oben erwähnte Einschränkung wäre dann obsolet.

2. Spekulationsfrist bei privaten Immobilienveräußerungen

Das *Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002* beinhaltet eine wesentliche Verschärfung der Besteuerung privater Immobiliengeschäfte, indem die **Spekulationsfrist auf 10 Jahre ausgeweitet** wurde. Diese Gesetzesänderung²⁰ betrifft alle Planungen zur Veräußerung von Immobilien mit einer Haltedauer zwischen zwei und zehn Jahren. Im Rahmen der steuerlichen Gestaltungsberatung könnte daher erwogen werden, die kurz- oder mittelfristig zur Veräußerung bestimmten Immobilien in eine vermögensverwal-

14 Für einen Überblick zur Besteuerung von Termingeschäften vgl. *Roser/Tesch*, EStB 1999, 30 ff.

15 Im Privatvermögen hingegen ist eine Verlustverrechnung auch zulässig mit privaten Veräußerungsgewinnen aus Immobiliengeschäften sowie aus anderen Wertpapiergeschäften.

16 Die Ausnahme gilt nicht nur für den gewöhnlichen Geschäftsverkehr von Kreditinstituten, sondern auch für den gewöhnlichen Geschäftsverkehr von Industrie- oder Handelsunternehmen.

17 Dies erreicht man aber nicht ohne den Einsatz einer vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG. Denn für Verluste aus Hedging-Geschäften im Privatvermögen gelten die einschlägigen Beschränkungen des § 23 Abs. 3 EStG.

18 Es bleiben selbstverständlich die einschlägigen Beschränkungen der Verlustbeschränkungen gewerblicher Verluste einer GmbH & Co. KG zu beachten; diese werden für Verluste aus Hedging-Geschäften nicht außer Kraft gesetzt.

19 Es wird darauf hingewiesen, daß diese GmbH & Co. KG auch von im KWG geregelten Prüfungspflichten betroffen sein kann.

20 Für die Ausweitung der Spekulationsfrist auf 10 Jahre sieht das Gesetz keine Übergangsregelung vor. Daher gilt die zehnjährige Spekulationsfrist bereits für alle Veräußerungen, die ab dem VZ 1999 durchgeführt werden.

GmbH-Steuerrecht

tende GmbH & Co. KG einzubringen, um den Spekulationstatbestand des § 23 Abs. 1 S.1 EStG zu vermeiden.

Eine vermögensverwaltende GmbH & Co. KG erzielt bei Veräußerung einer Immobilie einen laufenden Gewinn, der sich regelmäßig aus Veräußerungspreis abzüglich Einlagewert und anteiliger Gewerbesteuerbelastung errechnet. Der Einlagewert ergibt sich aus der einschlägigen Vorschrift des § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG, die durch das *Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002* nicht geändert worden ist. Grundsätzlich ist die Immobilie mit dem Teilwert anzusetzen, ausnahmsweise mit den um die Abschreibungen gekürzten Anschaffungskosten, wenn die Anschaffung im Privatvermögen vor weniger als drei Jahren vor der Einlage erfolgte. Die hier erwogene Einlage in eine vermögensverwaltende GmbH & Co. KG ist also nur interessant, wenn die Anschaffung länger als drei Jahre zurückliegt, weil die Immobilie nur dann mit dem Teilwert bewertet wird. Nur dann ist der laufende Veräußerungsgewinn, den die GmbH & Co. KG erzielt, geringer als der vermiedene Veräußerungsgewinn im Privatvermögen.

Beraterhinweis: Durch die Einbringung in eine vermögensverwaltende GmbH & Co. KG wird bei Gebäuden kein neues AfA-Volumen geschaffen. Für Einlagen nach dem 31.12.1998 gelten als AfA-Bemessungsgrundlage die ursprünglichen Anschaffungskosten abzüglich bis zur Einlage geltend gemachter AfA (§ 7 Abs. 1 S. 4 EStG).²¹ Damit wird offenbar auch kein AfA-Volumen in Höhe der Wertsteigerung (Teilwert / Anschaffungskosten im Privatvermögen) zugelassen.

Der erfolgreiche Einsatz einer vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG zur Vermeidung der Spekulationsfrist bei Immobilienveräußerungen hängt allerdings entscheidend von der Erfüllung der beiden folgenden Voraussetzungen ab.

a) Die Einlage in eine vermögensverwaltende GmbH & Co. KG stellt keinen Tatbestand des § 23 EStG dar

Die Einlage einer Immobilie aus dem Privatvermögen in ein Betriebsvermögen ist nicht in § 23 EStG explizit aufgeführt. Jedoch ist eine mögliche Einschränkung aus der jüngsten Rechtsprechung zu beachten.²² Hiernach wird die Einbringung von Wirtschaftsgütern des Privatvermögens in das Gesamthandsvermögen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten einer Personengesellschaft als tauschähnlicher Vorgang gewertet. Auf seiten der Personengesellschaft liegt eine Anschaffung vor, auf seiten des Gesellschafters konsequenterweise eine Veräußerung.²³ Es ist zu erwarten, daß sich diese Rechtsprechung auf die Tatbestände des § 23 EStG auswirkt. Für die hier erwogene Ge-

staltung dürfte daher § 23 EStG gerade nicht vermieden werden, da die Einbringung einer Immobilie unter den Veräußerungstatbestand des § 23 Abs. 1 S.1 EStG fallen würde.

Beraterhinweis: Die jüngste Rechtsprechung gilt für die Einbringung von Privatvermögen in das *Gesamthandsvermögen*. Sie kann aber nicht auf eine Einlage in das *Sonderbetriebsvermögen* angewendet werden, weil der Rechtsgedanke eines tauschähnlichen Vorgangs hier nicht möglich ist. Somit bleibt der Einsatz einer vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG nur dann erfolgversprechend, wenn die Immobilien nicht in das Gesamthandsvermögen eingebracht werden, sondern eine Gestaltung gelingt, bei der sie in das Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters eingelegt werden.

b) Bei der Veräußerung eines Wirtschaftsgutes des Betriebsvermögens gilt die Subsidiarität des § 23 EStG dem Grunde und der Höhe nach

Die Subsidiaritätsregel des § 23 EStG erhält durch das *Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002* folgenden Wortlaut: „Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften ... sind den Einkünften aus anderen Einkunftsarten zuzurechnen, soweit sie zu diesen gehören...“ Zur Zeit ist unklar, ob eine Besteuerung nach § 23 EStG dem Grunde nach dann *nicht* mehr erfolgen kann, wenn die Veräußerung dem Grunde nach bereits im Betriebsvermögen versteuert wird.²⁴ Möglicherweise ist die Vorschrift so auszulegen, daß nur ein bestimmter Betrag des Veräußerungsgewinnes von einer Besteuerung gem. § 23 EStG ausgeschlossen ist.²⁵ (M.E. würde es sich dann bei § 23 Abs. 2 EStG aber nicht mehr um eine Subsidiaritätsvorschrift handeln, sondern nur um eine klarstellende Klausel zur Vermeidung von Doppelbesteuerungen.)

Bei dieser Auslegung wäre die hier erwogene Gestaltung erfolglos.²⁶ Denn bei einer Veräußerung der Immobilie aus dem Sonderbetriebsvermögen der GmbH & Co. KG (innerhalb einer 10-Jahres-Frist nach Anschaffung im Privatvermögen) würde gleichzeitig ein gewerblicher Gewinn *und* ein Gewinn gem. § 23 EStG beim Gesellschafter entstehen. Dieser Spekulationsgewinn ergäbe sich aus der Differenz des Gewinns bei Anwendung des § 23 EStG abzüglich des gewerblichen Gewinns.²⁷

Vom wirtschaftlichen Ergebnis her wäre somit die Einlage in das Sonderbetriebsvermögen eines Gesellschafters der GmbH & Co. KG ein steuerpflichtiger Tatbestand des § 23 EStG, aber hinausgeschoben bis zur tatsächlichen Veräußerung im Betriebsvermögen. M.E. ist aber für die Auslegung des Wortes „soweit“ auf den Zeitpunkt der Gewinnrealisierung abzustellen. Liegt im Zeitpunkt der Gewinnrealisierung Betriebsvermögen vor, so ist der Gewinn / Verlust den gewerblichen Einkünften zuzuordnen und als solcher zu versteuern. Zu diesem Zeitpunkt kann nicht gleichzeitig eine private Veräußerung vorliegen, für die § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG gilt, der lediglich durch § 23 Abs. 2 EStG der Höhe nach eingeschränkt wird.

Zusammenfassend ist festzuhalten, daß die Einbringung von Immobilien in das *Gesamthandsvermögen* einer GmbH & Co. KG keine zur Vermeidung eines privaten Veräußerungsgeschäftes anzuratende Gestaltung ist, denn bereits durch die Einbringung wird höchstwahrscheinlich nach jüngster Rechtsprechung dieser Tatbestand erfüllt.

²¹ Schmidt/Drenseck, EStG, 18. Aufl. 1999, § 7 Anm. 68 a; Wichmann, DStR 1999, 1221.

²² Vgl. BFH v. 19.10.1998 - VIII R 69/95, FR 1999, 300.

²³ Vgl. Schulze zur Wiesche, FR 1999, 519 ff.

²⁴ Vgl. Herzig/Lutterbach, DStR 1999, 521, (523 ff.).

²⁵ In diesem Sinne Bitz, DStR 1999, 792 f.

²⁶ Es würden sich sogar regelmäßig Nachteile ergeben. Zu nennen ist im Gewinnfall eine Gewerbesteuerbelastung, die regelmäßig die Tarifentlastung für gewerbliche Einkünfte (§ 32 c EStG) übersteigt, sowie bei Entnahme der Immobilie aus dem Betriebsvermögen eine erneut anlaufende zehnjährige Spekulationsfrist im Privatvermögen.

²⁷ Vgl. Bitz, DStR 1999, 792 f.

Lediglich die Einbringung in das **Sonderbetriebsvermögen** kann im Einzelfall erwogen werden, wenn eine starke Bereitschaft vorhanden ist, gegen eine ungünstige Auslegung des § 23 Abs. 2 EStG Rechtsmittel einzulegen, denn Planungssicherheit zur Vermeidung des § 23 Abs. 1 S. 1 EStG bei Veräußerung der Immobilien aus dem Sonderbetriebsvermögen besteht nicht.

3. Grundstückshandel

Durch die Ausdehnung der Spekulationsfrist auf 10 Jahre bei Immobilien wird die Abgrenzung zum *gewerblichen Grundstückshandel* zwar im Einzelfall an Gewicht verlieren. Sie wird jedoch Bedeutung behalten, weil regelmäßig die Gewerbesteuerbelastung des Grundstückshandels höher ist als die Tarifentlastung für die gewerblichen Einkünfte aus dem Grundstückshandel.²⁸

Grob formuliert wird gewerblicher Grundstückshandel vermieden, wenn nicht mehr als drei Objekte im Zehnjahreszeitraum²⁹ von einem Steuerpflichtigen veräußert werden. Es könnte daher interessant sein, nach Realisation des dritten Objektes im Privatvermögen weitere Objekte über eine vermögensverwaltende GmbH & Co. KG zu realisieren. Jedoch ist der Einsatz einer vermögensverwaltenden GmbH & Co. KG für die Zielvorgabe „Vermeidung Grundstückshandel“ nicht geeignet.³⁰

Soweit noch nicht im Privatvermögen veräußerte Objekte in die GmbH & Co. KG eingelegt werden, um von dieser dann veräußert zu werden, ergibt sich dies aus der jüngsten Rechtsprechung zur Einbringung von Wirtschaftsgütern in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft.³¹ Danach ist die Einbringung ein tauschähnlicher Vorgang, der auf seiten des Gesellschafters als Veräußerung zu interpretieren ist mit der (wahrscheinlichen)

Folge, daß sie bereits als ein weiteres Objekt im Rahmen der *Drei-Objekte-Grenze* zählt. Zum anderen ist auf Rechtsprechung und Finanzverwaltung zum *Durchgriff* durch die Personengesellschaft abzustellen.³² Bei diesem Durchgriff nehmen vermögensverwaltende Personengesellschaften keine Sonderstellung ein, unabhängig davon, ob sie Überschusseinkünfte (vermögensverwaltende KG³³ bzw. GbR) oder gewerbliche Einkünfte erzielen, weil sie z. B. wie die hier erörterte vermögensverwaltende GmbH & Co. KG gem. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gewerblich geprägt sind. Keine Zählobjekte im Sinne der *Drei-Objekte-Grenze* sind nur Veräußerungen durch die GmbH & Co. KG von vorher tatsächlich gewerblich genutzten Immobilien im Gegensatz zu den am Vermietungsmarkt oder Grundstücksmarkt ingesetzten Immobilien.³⁴

28 Vgl. *Bitz*, DStR 1999, 792 ff.; differenzierend *Rautenberg/Ko-rezky*, BB 1999, 1638 ff.

29 Zum Zehnjahreszeitraum, insbesondere zu seiner Verlängerung um weitere fünf Jahre vgl. *Stollenwerk*, GmbH-StB 1998, 192 (193).

30 Zur Vermeidung des Grundstückshandels durch den Einsatz einer Grundstücks-GmbH vgl. *Stollenwerk*, GmbH-StB 1998, 192 ff.; s. a. *Weber-Grellet/Schmidt*, EStG, 18. Aufl. 1999, § 15 Anm. 75.

31 Vgl. BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95, FR 1999, 300.

32 Vgl. BFH v. 3.7.1995 – GrS 1/93, BStBl. II 1995, 617 (621 ff.); BMF v. 20.12.1990 – IV B 2 - S 2240 - 61/90, BStBl. I 1990, 884.

33 Für die vermögensverwaltende KG ist entschieden, daß Erwerb und Veräußerung ihrer Anteile innerhalb eines Fünfjahreszeitraums für die Zählobjekte im Rahmen des Grundstückshandels zu beachten sind, vgl. BFH v. 10.12.1998 – III R 61/97, BStBl. II 1999, 390 ff.

34 Dies ergibt sich aus den Einschränkungen in BFH v. 3.7.1995 – GrS 1/93, BStBl. II 1995, 617 (621 ff.).