

**GStB** Gestaltende Steuerberatung

# Von der Immobilien-GmbH ins Holdingmodell

## Vermögensverwaltung steueroptimal gestalten

SONDERAUSGABE

### **Die vermögensverwaltende Immobilien-GmbH als Gestaltungsinstrument ..... 1**

1. Ausgangssituation ..... 1
2. Vorteile einer Immobilien-GmbH und  
Gestaltungstipps ..... 2
3. Vergleichsrechnung zur steuerlichen  
Vorteilhaftigkeit ..... 4
4. Stolperstein: Erweiterte Gewerbesteuerkürzung..... 5

### **Das Holdingmodell – nochmals deutlich attraktiver als die klassische „vermögensverwaltende GmbH“ ..... 9**

1. „Doppelstock-Modell“ und Konzernprivileg..... 9
2. Anteilstausch nach § 21 UmwStG ..... 10
3. Abgrenzung..... 11
4. Qualifizierter Anteilstausch ..... 12
5. Sonstige Gegenleistungen ..... 13
6. Antragserfordernis ..... 14
7. Sperrfrist und Nachweispflicht nach § 22 Abs. 3  
UmwStG ..... 15
8. Sperrfristverstoß ..... 16
9. Veräußerungsersatztatbestände..... 17
10. Freistellung bei Ausschüttungen ..... 18

### **Das Holdingmodell – Teil 2: Gestaltungsoptionen bei Minderheitsbeteiligung ..... 20**

1. Praxisproblem: Mangelnde Beherrschung ..... 20
2. Gestaltung über eine Zwischenholding..... 21
3. Stimmrechte-„Tausch“ als Ausweg?..... 23
4. Modell „Huckepack“ ..... 24
5. Abwandlung „optierte Gesellschaft i. S. d. § 1a KStG“..... 26
6. Alternative bei grundbesitzenden Gesellschaften ..... 26

**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:**

Horst Rönning  
Chefredakteur  
Telefon 02596 922-17  
Fax 02596 922-80  
E-Mail [roennig@iww.de](mailto:roennig@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](mailto:kreutzer@iww.de)

LESERSERVICE

**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](mailto:kontakt@iww.de)

## GRUNDBESITZ

## Die vermögensverwaltende Immobilien-GmbH als Gestaltungsinstrument

von StB Thomas Seiler, Bornheim und StB Jan Böttcher, LL.M., Nürnberg

| Die vermögensverwaltende GmbH ist nach wie vor ein beliebtes steuerliches Gestaltungsinstrument. Gegenüber der privaten Grundstücksverwaltung kann sie regelmäßig dann punkten, wenn die Gewinne langfristig thesauriert werden sollen und zudem die erweiterte Grundstückerkürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG gesichert werden kann. Doch die Hürden für dieses steuerliche Privileg sind hoch. Mit der entsprechenden Gestaltung kann aber meist gewährleistet werden, dass diese Hürde erfolgreich gemeistert wird. |

### 1. Ausgangssituation

Im Privatvermögen gehaltener Grundbesitz kann außerhalb der 10-Jahresfrist des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG bekanntlich einkommensteuerfrei veräußert werden. Veräußerungsverluste sind gemäß § 23 Abs. 3 S. 7 und 8 EStG nur innerhalb von zehn Jahren nach Anschaffung innerhalb der sonstigen Einkünfte verrechenbar, können im Anschluss jedoch nicht mehr steuerlich geltend gemacht werden. Demgegenüber unterliegen Kapitalgesellschaften, also auch eine GmbH, gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG der unbeschränkten Körperschaftsteuerpflicht. Der von einer GmbH gehaltene Grundbesitz stellt daher stets in vollem Umfang steuerliches Betriebsvermögen dar.

**MERKE** | Eine außerbetriebliche Sphäre der GmbH existiert nicht (vgl. BFH 4.12.96, I R 54/95). Im Falle einer Veräußerung des von der GmbH gehaltenen Grundbesitzes unterliegt der Gewinn demnach der Körperschaftsteuer – und grundsätzlich auch der Gewerbesteuer; dies gilt auch hinsichtlich der eingetretenen Wertsteigerungen seit Anschaffung. Ebenso werden auch bei Veräußerung von Anteilen einer grundbesitzenden GmbH und bei der Liquidation einer Grundstücksverwaltungs-GmbH die gebildeten stillen Reserven gemäß § 17 EStG besteuert, wenn auch „nur“ nach dem sog. Teileinkünfteverfahren.

Hinzu kommt, dass die Einbringung von privatem Grundbesitz in eine GmbH Grunderwerbsteuer auslöst. Nur bei einer formwechselnden Umwandlung gem. § 190 UmwG von einer Personengesellschaft in eine GmbH kann Grunderwerbsteuer vermieden werden. Allerdings ist auch beim Formwechsel zu überprüfen, ob dadurch nicht vormalige grunderwerbsteuerliche Steuerbefreiungstatbestände aufgehoben werden.

Wird z. B. ein Grundstück im Vorfeld des Formwechsels durch einen (oder mehrere) Gesellschafter noch auf die Personengesellschaft übertragen, ist dieser Vorgang zwar zunächst gem. § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG in Höhe der sog. Beteiligungsidentität befreit. Ein späterer heterogener Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft führt aber zu einer rückwirkenden Versagung der Steuervergünstigung, da die Beteiligung am Vermögen der Gesamthand entfällt.

Von GmbH gehaltener Grundbesitz stets in vollem Umfang Betriebsvermögen

Aufdeckung stiller Reserven kann teuer werden

Späterer heterogener Formwechsel in eine GmbH kann teuer werden

**Beachten Sie |** Die hierbei zu beachtende Frist des § 5 Abs. 3 GrEStG wurde mit dem sog. „Anti-Share-Deal-Gesetz“ ab dem Jahr 2021 auf nunmehr 10 Jahre heraufgesetzt. Entsprechendes gilt für eine durch die Erweiterung des § 1a KStG seit diesem Jahr mögliche Option einer (im Gesellschaftsregister eingetragenen) GbR zur Körperschaftsteuer. Diese bleibt zwar für Zwecke der GrESt weiterhin Personengesellschaft, jedoch gilt die Ausübung der Option nach § 1a KStG gem. § 5 Abs. 3 S. 3 GrEStG ebenfalls als Verminderung des Anteils des Veräußerers am Vermögen der Gesamthand, wenn die Option innerhalb der Frist von 10 Jahren ausgeübt und wirksam wird.

## 2. Vorteile einer Immobilien-GmbH und Gestaltungstipps

Ertragsteuerbelastung  
bei einer rein grund-  
besitzenden GmbH  
von nur knapp 16 %

Das bisher Gesagte lässt die Immobilien-GmbH gegenüber einer vermögensverwaltenden Gesellschaft eher unattraktiv erscheinen. Der obige Vergleich spricht zunächst für eine Zuordnung von Immobilien zum Privatvermögen und gegen die Immobilien-GmbH. Jedoch zeigen sich im Thesaurierungsfall bedeutende Vorteile der Immo-GmbH bei der laufenden Besteuerung. Dies insbesondere, wenn die Gesellschaft entweder einer Gewerbesteuerbefreiung des § 3 GewStG unterfällt oder die erweiterte Gewerbesteuerkürzung des § 9 Nr. 1 S. 2 ff GewStG in Anspruch nehmen kann, welche ebenfalls zu einer weitgehenden faktischen Befreiung der Immobilien-GmbH von der Gewerbesteuer führt. Hiernach ergibt sich bei einer rein grundbesitzenden GmbH eine lfd. Ertragsteuerbelastung von insgesamt 15,83 % (15 % KSt zzgl. SolZ).

Steuerstundungseffekt  
nicht zu unterschätzen

Soweit also Gewerbesteuerbefreiungen oder die erweiterte Kürzung greifen, können somit 84,175 % des Gewinns einbehalten werden und stehen für weitere Investitionen zur Verfügung, sodass im Falle der Thesaurierung unbestritten ein erheblicher Steuervorteil gegenüber der laufenden Besteuerung auf der privaten Vermögensebene entsteht. Zugegebenermaßen stellt dieser zu einem wesentlichen Teil – aber nicht ausschließlich – nur einen Stundungsvorteil dar, da spätestens bei der Liquidation der GmbH wiederum alle eingetretenen Wertzuwächse der Körperschaftsteuer unterliegen und im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens bei der Einkommensteuer des Gesellschafters gemäß § 17 Abs. 4 EStG erfasst werden.

**Beachten Sie |** Ausschüttungen an die Gesellschafter unterliegen grundsätzlich der Abgeltungsteuer mit 25 % (einschließlich des Solidaritätszuschlages aber ohne ggf. noch anfallende Kirchensteuer 26,38 %). Die Gesamtsteuerbelastung beträgt demnach einschließlich der Besteuerung auf Ebene der GmbH 48,34 % – Gewerbesteuerpflicht und einen Gewerbesteuerhebesatz von 400 % unterstellt. Ohne Gewerbesteuerbelastung auf Ebene der GmbH beträgt die Gesamtsteuerbelastung im Ausschüttungsfall 38,03 %.

Spätere Besteuerung  
der stillen Reserven  
muss mit eingerechnet  
werden

Damit scheint die Gesamtsteuerbelastung auch bei Ausschüttung gegenüber einer Investition über eine vermögensverwaltende Personengesellschaft deutlich günstiger, wenn beispielsweise der individuelle Steuersatz des Gesellschafters bei 45 % liegt. Allerdings muss bei dieser Betrachtung die spätere Besteuerung der stillen Reserven bei der Investition über die GmbH eingerechnet werden, die bei der vermögensverwaltenden Personengesellschaft eben nicht anfällt.

**GESTALTUNGSTIPP** | Dem Ausschüttungsverhalten kommt daher neben den Befreiungsmöglichkeiten von der Gewerbesteuer bei der Entscheidung für oder gegen die Immobilien-GmbH entscheidende Bedeutung zu, auch wenn zumindest bei mittleren bis hohen persönlichen Steuersätzen ein Vorteil der GmbH auch im Ausschüttungsfall besteht (vgl. Kessler/Mirbach, DStR 14, 1936). Die Möglichkeit einer begünstigten Thesaurierungsbesteuerung nach § 34a EStG steht einer rein vermögensverwaltenden (und nicht gem. § 15 Abs. 3 EStG gewerblich infizierten oder geprägten) Personengesellschaft nicht zur Verfügung.

Auch kann durch Verkauf oder Einbringung von Grundstücken aus dem Privatvermögen an bzw. in eine Kapitalgesellschaft neues Abschreibungsvolumen geschaffen werden, ohne dass dies eine Ertragsteuerbelastung auf der privaten Ebene auslöst, sofern die 10-Jahresfrist des § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG bezüglich der Grundstücke bereits abgelaufen ist.

**Beachten Sie** | § 7 Abs. 1 S. 5 EStG sieht bei der Einlage von Wirtschaftsgütern in ein Betriebsvermögen, welche zuvor zur Einkünfteerzielung genutzt worden sind, eine Minderung der Afa-BMG um die bis dato geltend gemachten Afa-Beträge vor. Ob dies auch bei einer Einlage in eine Kapitalgesellschaft gilt, ist streitig, da § 23 Abs. 1 S. 5 Nr. 2 EStG für diese Fälle eine Veräußerung fingiert. Von daher sollte eine Übertragung von Grundstücken des Privatvermögens vorzugsweise im Wege der Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (bspw. im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung) erfolgen. Dies stellt einen tauschähnlichen Vorgang dar, eine Kürzung des Abschreibungsvolumens gem. § 7 Abs. 1 Nr. 5 S. 2 EStG greift somit in diesem Fall nicht (vgl. BFH 24.1.08, IV R 37/06).

Von Vorteil ist auch, dass die Gebäudeabschreibungen im Betriebsvermögen 3 % betragen, wenn die Voraussetzungen des § 7 Abs. 4 Nr. 1 EStG erfüllt sind (keine Verwendung zu Wohnzwecken und Bauantrag nach dem 31.3.85), wogegen die Abschreibungen im Privatvermögen auch in diesen Fällen auf 2 % (bzw. 2,5 % bei Altgebäuden) beschränkt sind. Bei Wohngebäuden greift allerdings seit dem JStG 2022 (BGBl I 22, 2294) ein linearer Afa-Satz gem. § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 2 EStG von 3 % sowohl im Privat- als auch Betriebsvermögen, soweit diese „nach dem 31. Dezember 2022 fertiggestellt worden sind“. Daneben greift für Wohngebäude mit Herstellung bzw. Anschaffung und Fertigstellung nach dem 30.9.23 die Möglichkeit einer degressiven Afa in Höhe von 5 % gem. § 7 Abs. 5a EStG. Des Weiteren sind im Betriebsvermögen Teilwertabschreibungen möglich, was im Privatvermögen ausgeschlossen ist. Bei Immobilien mit unsicherer Wertentwicklung bietet sich aber die gewerbliche Personengesellschaft an, da sich die entstehenden Verluste – sei es durch Teilwertabschreibungen oder Verkäufe – dann unmittelbar auf Gesellschafterebene auswirken.

**GESTALTUNGSTIPP** | Gewinne aus der Veräußerung des von einer GmbH gehaltenen Grundbesitzes können durch Inanspruchnahme von § 6b EStG vollständig steuerfrei gestellt und für Neuinvestitionen verwendet werden, wenn die in § 6b EStG aufgeführten Voraussetzungen hierfür erfüllt sind. Hieraus ergibt sich ebenfalls ein erhebliches Gestaltungspotenzial.

Ausschüttungsverhalten von entscheidender Bedeutung ...

... und zusätzliches Afa-Potenzial nicht zu unterschätzen

Gebäude-Afa und Teilwertabschreibung als wichtige Kriterien

Weiteres erhebliches Gestaltungspotenzial durch § 6b EStG



Belastungsvergleich  
als unverzichtbare  
Entscheidungshilfe

Eigenkapitalrendite  
nach Steuern bei  
GmbH deutlich höher

Gründung von  
Tochter-GmbHs  
zur erleichterten  
Vermögensnachfolge

### 3. Vergleichsrechnung zur steuerlichen Vorteilhaftigkeit

Anhand eines Beispiels werden nachfolgend die Belastungsunterschiede zwischen der privaten Vermögensverwaltung und der Immobilien-GmbH in der laufenden Besteuerung dargelegt:

#### ■ Beispiel

Die sehr vermögenden Eheleute Friedel und Anne Reich wollen zum Aufbau von weiterem Vermögen in einen Wohnkomplex (Fertigstellung vor dem 31.12.22) investieren. Auf Überschüsse aus den Immobilien sind sie nicht angewiesen, da sie über ausreichendes laufendes Einkommen verfügen. Sie wollen vielmehr alle erzielten Gewinne für den Erhalt der erworbenen Immobilie und zum weiteren Vermögensaufbau verwenden.

Die Anschaffungskosten (inkl. aller Nebenkosten) für die Immobilie betragen 1 Mio. EUR und werden vollständig aus Eigenmitteln finanziert. Der monatliche Mietzins beträgt 10.000 EUR und die nicht auf die Mieter umlegbaren Betriebskosten betragen jährlich 20.000 EUR. Die Abschreibungen belaufen sich ebenfalls auf 20.000 EUR p. a. Der persönliche Grenzsteuersatz der Familie Reich beträgt 45 % zzgl. Solidaritätszuschlag, also 47,48 %. Kirchensteuer fällt nicht an. Die Voraussetzungen für die erweiterte Gewerbesteuerkürzung sind gegeben.

Die Eheleute wollen entweder über eine rein vermögensverwaltende GbR oder über eine GmbH investieren. Wie der folgenden Vergleichsrechnung zu entnehmen ist, ergibt sich in der laufenden Besteuerung ein deutlicher Vorteil der Immobilien-GmbH gegenüber der privaten Vermögensverwaltung.

Investition über	private Vermögens- verwaltung	GmbH
Mieteinnahmen	120.000 EUR	120.000 EUR
./. Betriebskosten	20.000 EUR	20.000 EUR
./. Abschreibungen	20.000 EUR	20.000 EUR
Überschuss/Gewinn	80.000 EUR	80.000 EUR
Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer (inkl. Solidaritätszuschlag)	37.984 EUR	12.660 EUR
verbleibendes Reinvestitionskapital	42.016 EUR	67.340 EUR
<b>Eigenkapitalrendite nach Steuern</b>	<b>4,2 %</b>	<b>6,7 %</b>

Die sich auf Ebene der GmbH ergebende Steuerersparnis gegenüber der privaten Vermögensanlage kann durch Wiederanlage zum weiteren Vermögensaufbau genutzt werden, ggf. auch durch Gründung von Tochterkapitalgesellschaften, die dann später zu 95 % steuerfrei veräußert werden (vgl. Spiegelberger, Vermögensnachfolge, § 14 Rz. 18). Ein Steuerspareffekt ergibt sich ebenfalls durch Verwendung der nur mit 15,825 % vorbelasteten Erträge für alle Reparaturen und Erhaltungsaufwendungen.

Das zur Reinvestition zu Verfügung stehende Mehrkapital aus der Steuerersparnis der GmbH entfaltet insbesondere dann deutliche Wirkung, wenn man nicht lediglich auf Eigenkapitalbasis agiert, sondern die Immobilienfinanzierung auch unter Einbezug von Fremdkapital erfolgt – was der Normalfall

sein dürfte. Die sich aus der Investition über die GmbH ergebenden Mehrmittel können im Falle einer Fremdfinanzierung zu höheren Tilgungsleistungen verwendet werden. Üblicherweise geht mit der höheren Tilgung eine Reduzierung der über die gesamte Darlehenslaufzeit tatsächlich geleisteten Zinszahlungen und eine deutlich frühere Entschuldung einher.

**Beachten Sie |** Im Falle laufender Verluste ist wiederum die Direktinvestition von Vorteil, weil bei dieser ein uneingeschränkter Ausgleich mit anderen positiven Einkünften des Steuerpflichtigen erfolgen kann. Auch kann nach Maßgabe des § 10d EStG ein den Veranlagungszeitraum übergreifender Abzug erfolgen. Verluste auf Ebene der GmbH können dagegen nur von dieser selbst im Rahmen des § 10d EStG abgezogen werden.

Dem Vorteil aus der laufenden Besteuerung steht zudem der Nachteil der zeitlich unbegrenzten steuerlichen Erfassung eines Veräußerungsgewinns gegenüber, dem ggf. nur mit einem sehr langen Investitionszeitraum begegnet werden kann (vgl. Kessler/Mirbach, DStR 14, 1938).

## 4. Stolperstein: Erweiterte Gewerbesteuerkürzung

Grundsätzlich wird die Summe des Gewinns gem. § 9 Nr. 1 S. 1 GewStG pauschal um 1,2 % des Einheitswerts (ab EZ 2025: 0,11 % des Grundsteuerwerts) des zum Betriebsvermögen des Unternehmens gehörenden und nicht von der Grundsteuer befreiten Grundbesitzes gekürzt (sog. einfache Kürzung). Anstelle der einfachen Kürzung kann nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG auf Antrag unter bestimmten Voraussetzungen die erweiterte Gewerbesteuerkürzung treten. Mit der erweiterten Gewerbesteuerkürzung lässt sich für Grundstücksunternehmen u. U. sogar eine vollständige Befreiung des auf die Verwaltung und Nutzung eigenen Grundbesitzes entfallenden Gewerbeertrags erreichen.

### 4.1 Hinweis: Holdingmodell

Die gewerbesteuerlichen Effekte einer „Kürzung“ sind im Rahmen der Kürzung nach § 9 Nr. 2a GewStG (inländische Schachteldividenden) unschädlich, da es sich um die systematische Erfassung über einen bloßen Abzugsposten bei der Ermittlung des Gewerbeertrags handelt und damit keine (kürzungsschädliche) Befreiung i. S. d. § 2 Abs. 2 GewStG vorliegt. Entsprechend steht die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG der Anwendung des § 9 Nr. 2a GewStG nicht entgegen (BFH 22.6.16, X R 54/14, BStBl II 17, 529). Insbesondere in Rahmen eines GmbH Holding-Modells kann der Kürzungsvorteil daher auch an die Holding „weitergereicht“ werden.

### 4.2 Grundtatbestand

Der Grundtatbestand der erweiterten Gewerbesteuerkürzung erfordert nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG die Verwaltung und Nutzung eigenen Grundbesitzes (= begünstigte Haupttätigkeit), i. d. R. Vermietung und Verpachtung. Abzugrenzen sind rein vermögensverwaltende Tätigkeiten von gewerblichen Tätigkeiten. Relevant werden in diesem Zusammenhang insbesondere Tätigkeiten, die zwar in erster Linie vermögensverwaltend sind, aber bei Überschreiten gewisser Schwellengrenzen oder Hinzutreten besonderer Umstände gewerblich werden.

Laufende Verluste  
bei Direktinvestition  
besser nutzbar

Kürzungsvorteil  
kann an die Holding  
„weitergereicht“  
werden

Übertreten der  
Schwelle zur  
Gewerblichkeit im  
Blick behalten

## Drei klassische Versagungstatbestände

Klassische „Versagungstatbestände“ sind hierbei ein gewerblicher Grundstückshandel des Grundstücksunternehmens, die u. U. vorliegende gewerbliche Vermietung oder die Nutzungsüberlassung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung.

**Aktueller Hinweis Grundstückshandel:** Mit Urteil vom 18.1.22 (8 K 8008/21) hat das FG Berlin-Brandenburg entschieden, dass die Frage, wann im Einzelfall eine „Verwaltung und Nutzung eigenen Grundbesitzes i. S. d. § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG als private Vermögensverwaltung in Abgrenzung zu einer gewerblichen Tätigkeit vorliegt, nach den gleichen Grundsätzen zu entscheiden sei, die auch für die Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und Gewerbebetrieb i. S. d. § 15 EStG gelten.

### INFORMATION

Revision anhängig  
unter: III R 12/22



**Beachten Sie |** D. h. bereits dann, wenn die Indizwirkung der sog. Drei-Objekt-Grenze eingreift, sei die Tätigkeit nicht mehr als Verwaltung und Nutzung eigenen Grundbesitzes i. S. d. § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG anzusehen, ohne dass es sich dabei auch um eine nachhaltige Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 2 EStG handeln müsste. Es ist zu erwarten, dass der BFH diese Auffassung des FG Berlin-Brandenburg im unter dem Az. III R 12/22 anhängigen Revisionsverfahren bestätigt.

## Durchgriffsverbot bei umgekehrter Betriebsaufspaltung

**Aktueller Hinweis Betriebsaufspaltung:** Eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Qualifikation als Besitzgesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung immer auch zu der Versagung der Inanspruchnahme der erweiterten Gewerbesteuerkürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 ff. GewStG führt, hat der BFH kürzlich in seinem Urteil vom 22.2.24 (III R 13/23, BStBl 24, 487, GStB 24, 291 ff.) für den Fall einer sog. umgekehrten Betriebsaufspaltung (Besitzgesellschaft ist eine Kapitalgesellschaft und die Betriebsgesellschaft eine Personengesellschaft) angenommen. In diesen Fällen greife vielmehr ein sog. Durchgriffsverbot durch die Besitzgesellschaft. D. h. eine personelle Verflechtung kann bei einer Besitzgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH nur dann vorliegen, wenn die GmbH selbst unmittelbar oder mittelbar zu mehr als 50 % am Betriebsunternehmen beteiligt ist. Für die Gestaltung von Holdingkonstruktionen ergeben sich hierdurch eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten der Generierung gewerbesteuerlich „befreiter“ Immobilieneinheiten.

### 4.3 Nebentätigkeiten

Neben der begünstigten Haupttätigkeit üben Unternehmen häufig weitere (Neben-)Tätigkeiten aus, hinsichtlich deren Rechtsfolgen § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG wie folgt unterscheidet:

#### 4.3.1 Privilegierte Nebentätigkeiten:

- Verwaltung und Nutzung eigenen Kapitalvermögens,
- Betreuung von Wohnungsbauten,
- Errichtung und Veräußerung von Einfamilienhäusern, Zweifamilienhäusern oder Eigentumswohnungen,
- Lieferung von Strom oder
- weitere geringfügige Tätigkeiten aus Vertragsbeziehungen mit den Mietern des Grundbesitzes.

Nebentätigkeiten  
sind unschädlich,  
aber selbst nicht  
begünstigt



Diese Nebentätigkeiten sind unschädlich, aber selbst nicht begünstigt, d. h. die Erträge hieraus unterliegen der GewSt.

**Aktueller Hinweis zu Betreuung von Wohnungsbauten:** Hinsichtlich der (unschädlichen) Betreuung von Wohnungsbauten hat der BFH in seiner Entscheidung vom 23.3.23 (III R 49/20, BStBl II 24, 126) klargestellt, dass das Erbringen von Reinigungsleistungen (noch) keine Betreuung von Wohnungsbauten i. S. des § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG darstellt. Eine Immobilie im Sinne dieser Vorschrift betreut nur, wer sie verwaltet oder wer die Hauptverantwortung vor Ort in dem Sinne trägt, dass er sich um das Gesamtobjekt kümmert und in Abwesenheit der Eigentümer und eines Vertreters der Verwaltung die Hauptverantwortung für das Objekt trägt und als Hauptansprechpartner dient.

**Beachten Sie |** Liegt eine entsprechende Bewirtschaftungsbetreuung vor, ist diese auch dann unschädliche Nebentätigkeit, wenn diese (auch) für fremde Wohnungsbauten erfolgt (vgl. BFH 15.4.21, IV R 32/18, BStBl II 21, 624).

**PRAXISTIPP |** Die Inanspruchnahme der erweiterten GewSt-Kürzung bedarf nicht nur der Errichtung einer „begünstigten Struktur“, sondern auch deren permanenter Überwachung. Im bestmöglichen Fall ist die Gesellschaft selbst nur Eigentümerin, überlässt die Verwaltung einem externen Hausverwalter und verfügt nur über zwingend notwendiges eigenes Personal. So wie Betriebsvorrichtungen ausgegliedert werden, weil die Mitvermietung von beweglichen Wirtschaftsgütern schädlich ist, so müssen auch sonstige Leistungen ausgegliedert werden. Dies betrifft insbesondere Leistungen, die das Personal in fremden Gebäuden erbringt.

**Aktueller Hinweis Stromlieferungen:** Gemäß § 9 Nr. 1 S. 3 Buchst. b GewStG ist ab EZ 2021 die Lieferung von Strom i. V. m. der Verwaltung und Nutzung des eigenen Grundbesitzes in zwei Fällen als erlaubte, jedoch nicht von der erweiterten Kürzung umschlossene Tätigkeit anzusehen:

- Einnahmen aus der Lieferung von Strom im Zusammenhang mit dem Betrieb von Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien im Sinne des § 3 Nr. 21 EEG, sofern die Einnahmen nicht aus der Lieferung an Letztverbraucher stammen, es sei denn, diese sind Mieter des Anlagenbetreibers und
- Einnahmen aus der Lieferung von Strom aus dem Betrieb von Ladestationen für Elektrofahrzeuge einschließlich Elektrofahrräder, die keine Kraftfahrzeuge i. S. des § 1 Abs. 3 StVG sind.

**Siehe zu Einzelheiten:** Gleichlautende Ländererlasse vom 3.6.21 (42-G 1425-85, BStBl I 22, 958)

#### 4.3.2 Anhebung der Unschädlichkeitsgrenze durch das JStG 2024

Voraussetzung für die Anwendung des § 9 Nr. 1 S. 3 Buchst. b und c GewStG ist, dass die aus diesen kürzungsunschädlichen Tätigkeiten erzielten Einnahmen des Grundstücks- bzw. Wohnungsunternehmens in dem für den Erhebungszeitraum maßgeblichen Wirtschaftsjahr eine Unschädlichkeitsgrenze nicht überschreiten.

Erbringen von Reinigungsleistungen noch keine Betreuung von Wohnungsbauten

Begünstigte Struktur muss permanent überwacht werden

Erlaubte Tätigkeit, die jedoch keiner erweiterten Kürzung zugänglich ist

Rückwirkende  
Anhebung der  
Unschädlichkeits-  
grenze

Diese lag hinsichtlich der obigen Nebentätigkeiten aus Stromlieferungen bei 10 % der Einnahmen aus der Gebrauchsüberlassung des gesamten eigenen Grundbesitzes des Grundstücks- bzw. Wohnungsunternehmens. Diese Unschädlichkeitsgrenze wurde durch das JStG 2024 von 10 % auf 20 % angehoben; die Änderung gilt bereits rückwirkend ab Erhebungszeitraum 2023.

**Beachten Sie** | Für die Berechnung der prozentualen Unschädlichkeitsgrenzen i. S. des § 9 Nr. 1 S. 3 Buchst. b und c GewStG sind die Einnahmen aus der Gebrauchsüberlassung des gesamten Grundbesitzes zu bestimmen. Hierzu gehören insbesondere die vereinbarten Miet- und Pachteinahmen inklusive sämtlicher umlagefähiger Betriebskosten. Die Umsatzsteuer bleibt bei der Ermittlung der Einnahmen außer Ansatz (Nettobetrachtung).

Katalog der  
privilegierten  
Tätigkeiten ist  
abschließend

#### 4.3.3 Sonstige Tätigkeiten

Bei den privilegierten Tätigkeiten handelt es sich um einen gesetzlich abschließend formulierten Katalog von Tätigkeiten, die der Sache nach Ausnahmen von dem ansonsten geltenden Grundsatz der Ausschließlichkeit darstellen. Dies hat zur Folge, dass grds. alle übrigen Tätigkeiten zu einem vollständigen Ausschluss der erweiterten Gewerbesteuerkürzung führen.

**Beachten Sie** | Diese Tätigkeiten brauchen für sich keine gewerbliche Tätigkeit zu begründen. Wesentlich ist lediglich, dass diese nicht unter den Katalog der privilegierten Tätigkeiten zu subsumieren sind.

Welche drastischen Folgen auch vermeintlich unbedeutende, nicht privilegierte Nebentätigkeiten auslösen können, zeigt das BFH-Urteil vom 15.6.23 (IV R 6/20). Eine Immobiliengesellschaft beteiligte sich jeweils am ersten Adventswochenende an einem Weihnachtsmarktverkauf und spendete alle Erlöse an einen (den Weihnachtsmarkt organisierenden) gemeinnützigen Verein. Auch solche Aktivitäten stellen nach Ansicht des BFH kürzungsschädliche Nebentätigkeiten dar. Dies führte für die gesamten Streitjahre zur vollständigen Versagung der Inanspruchnahme der erweiterten GewSt-Kürzung gem. § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG.

Im Einzelfall muss  
wie immer genau  
gerechnet werden!

**FAZIT** | Gegenüber der Vermögensverwaltung im Privatvermögen ist eine vermögensverwaltende GmbH vor allem dann erwägenswert, wenn die Gewinne langfristig thesauriert werden sollen, also ein langfristiger Vermögensaufbau angestrebt wird, und zudem die erweiterte Kürzung nach § 9 Nr. 1 S. 2 GewStG gesichert werden kann. Diesbezüglich können sich aber in der Praxis erhebliche Probleme ergeben, insbesondere bei der Vermietung von Gewerbeimmobilien, die sich aber in den meisten Fällen über entsprechende Gestaltungen lösen lassen. Es bleibt daher festzuhalten, dass die Investition über eine grundbesitzverwaltende GmbH gegenüber der privaten Vermögensanlage je nach Lage des Einzelfalls sehr wohl vorteilhaft sein kann. Sie sollte daher bei der Planung eines Immobilieninvestments als Alternative stets in Erwägung gezogen werden.

#### WEITERFÜHRENDER HINWEIS

- Zur Übertragung von V+V-Vermögen auf eine vermögensverwaltende GmbH & Co. KG: siehe den ausführlichen Musterfall von Mayer, PU 01/2019, Beihefter S. 3 f.

## KAPITALGESELLSCHAFTEN

## Das Holdingmodell – nochmals deutlich attraktiver als die klassische „vermögensverwaltende GmbH“

von StB Jan Böttcher, LL.M., Nürnberg

| In der Gestaltungspraxis erlebt die vermögensverwaltende GmbH aktuell eine Renaissance, wobei nur die thesaurierende GmbH entscheidende steuerliche Vorteile generieren kann. Verfeinern lässt sich dieses Gestaltungsmodell noch, wenn man eine klassische Holdingkonzeption etabliert, um zusätzlich in den Genuss des steuerlichen Konzernprivilegs des § 8b KStG zu gelangen. |

### 1. „Doppelstock-Modell“ und Konzernprivileg

Der vermeintlich banale Weg in ein solches „Doppelstock-Modell“ führt unweigerlich über den Weg des UmwStG und sollte daher in der Beratungspraxis nicht unterschätzt werden. Essenziell sind detaillierte Kenntnisse über die im Umwandlungsteuererlass (BMF 11.11.11, BStBl I 11, 1314 – UmwStE) niedergelegte Auffassung der Finanzverwaltung als auch der aktuellen BFH-Rechtsprechung, um das Gestaltungsmodell optimal umzusetzen.

Hält eine Kapitalgesellschaft Anteile an einer anderen Kapitalgesellschaft, sind grundsätzlich die Ausschüttungs- und Veräußerungserträge nach § 8b Abs. 1 und 2 KStG von der Körperschaftsteuer befreit. Über die gesetzlich normierte Nichtabziehbarkeit von Betriebsausgaben i. H. v. 5 % der entsprechend steuerfreien Bezüge gem. § 8b Abs. 3 und 5 KStG (sog. Schachtelstrafe) greift faktisch eine Steuerbefreiung dieser Erträge i. H. v. 95 %. Bei einem Gewinn von z. B. 1.000 EUR fallen bei einem Körperschaftsteuersatz von 15 % somit nur 7,50 EUR Körperschaftsteuer an.

**Beachten Sie** | Seit 2013 sieht jedoch § 8b Abs. 4 KStG eine Körperschaftsteuerpflicht für Dividenden vor, falls diese aus einer Beteiligung stammen, die zu Beginn des Kalenderjahres weniger als 10 % des Grund- oder Stammkapitals betragen hat (sog. Streubesitz). Gleichzeitig entfällt für derartige Bezüge die außerbilanzielle Hinzurechnung von 5 % nicht abziehbarer Betriebsausgaben gemäß § 8b Abs. 5 KStG. Für Zwecke der Entlastung von der Gewerbesteuer ist zu beachten, dass – anders als bei § 8b Abs. 4 KStG – das Schachtelprivileg gemäß § 9 Nr. 2a GewStG eine Beteiligung von mindestens 15 % vorschreibt. Außerdem ist durch Zukauf im Lauf des Jahres – anders als bei § 8b Abs. 4 S. 6 KStG – eine Aufstockung nicht möglich.

**MERKE** | Durch das „Anti-BEPS-Umsetzungsgesetz I“ vom 20.12.16 (BGBl I 16, 3000) wurde zudem eine Steuerfalle für Holdinggesellschaften beseitigt: § 8b Abs. 7 KStG wurde so angepasst, dass reine Holdingunternehmen, die Beteiligungen ggf. auch kurzfristig erwerben und weiterveräußern, keine Finanzunternehmen i. S. d. § 8b Abs. 7 S. 2 KStG (mehr) darstellen.

Faktische  
Steuerbefreiung  
von 95 %

Für Schachtelprivileg  
bei der GewSt höhere  
Beteiligungsquote  
gefordert

„Steuerfalle“ für  
Holdinggesellschaften  
wurde beseitigt

Gewährung neuer  
Anteile durch die  
übernehmende  
Gesellschaft nötig

ARCHIV

Ausgabe 5 | 2018  
Seiten 165 ff.



Es bleibt bei  
einer reinen  
Barkapitalerhöhung!

Schnelle und  
kostengünstige  
Lösung

## 2. Anteilstausch nach § 21 UmwStG

### 2.1 Anwendungsbereich des § 21 UmwStG

Einbringende können natürliche oder auch juristische Personen sein. Die einzubringenden Anteile können hierbei im Betriebsvermögen gehalten werden oder dem Privatvermögen i. S. d. § 17 EStG zuzurechnen sein; für alle übrigen Anteile findet § 20 Abs. 4a EStG Anwendung. § 21 UmwStG erfasst sämtliche Vorgänge des Austauschs von Anteilen gem. § 1 Abs. 3 Nr. 5 UmwStG; es ist hierbei unbeachtlich, ob diese aufgrund von Kapitalerhöhungen, Umwandlungen oder sonstigen Rechtsvorgängen erfolgen.

In der Praxis erfolgt die Übertragung der Anteile regelmäßig durch Abtretung gem. § 15 Abs. 3 GmbHG im Wege der Einzelrechtsnachfolge. Die im Rahmen einer Einbringung gem. § 20 UmwStG notwendige Gewährung neuer Anteile durch die übernehmende Gesellschaft erfolgt bei Einbringungen im Wege der Einzelrechtsnachfolge dadurch, dass die Anteile im Wege der Sacheinlage gem. § 5 Abs. 4 GmbHG bei Gründung der übernehmenden Gesellschaft oder gem. § 56 GmbHG im Wege der Sachkapitalerhöhung gewährt werden.

### 2.2 Alternative: Sachagio

Alternativ kann der Einbringende die Geschäftsanteile im Rahmen einer Bargründung oder einer Barkapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft auch zusätzlich zu der Bareinlage als Nebenleistung gem. § 3 Abs. 2 GmbHG leisten (sog. Sachagio, vgl. Tz. 01.46 UmwStE; zu Formulierungsvorschlägen siehe Walter, GStB 18, 165).

**MERKE |** Das Sachagio ist nicht Teil des Stammkapitals, es kann beziffert oder unbeziffert angegeben werden (vgl. auch IDW RS HFA 42). Gesellschaftsrechtlich handelt es sich somit um eine reine Barkapitalerhöhung und nicht um eine Sachkapitalerhöhung, sodass die Vorschriften des GmbHG über Sacheinlagen keine Anwendung finden.

Von daher

- besteht keine Notwendigkeit eines Sachgründungsberichts gem. § 5 Abs. 4 GmbHG (und keine „Gefahr“, dass das Registergericht im Einzelfall einen solchen Bericht auch bei der Kapitalerhöhung einfordert);
- entfällt die Erstellung einer Werthaltigkeitsbescheinigung (§ 8 Abs. 1 Nr. 5 GmbHG; – der tatsächliche Wert des Sachagios ist irrelevant, da keine Einzahlung auf das Stammkapital vorliegt).

Im Ergebnis hat das Registergericht im Zusammenhang mit der Eintragung der Barkapitalerhöhung lediglich zu prüfen, ob die im Rahmen der Bargründung übernommene bzw. im Kapitalerhöhungsbeschluss vereinbarte Bareinlage geleistet wurde (vgl. § 56a i. V. m. § 7 Abs. 2 GmbHG). Die Nichterstellung eines Sachgründungsberichts und die Entbehrlichkeit von Wertnachweisen führen zu einer unkomplizierteren und somit schnelleren Gesellschaftsgründung/Kapitalerhöhung sowie zu Kosteneinsparungen beim Einbringenden. Die Notarkosten reduzieren sich jedoch nicht, da der Gegenstandswert sich nach dem Ausgabebetrag und nicht nach dem Nennbetrag der neuen Anteile richtet (vgl. Heinze, ZNotP 12, 87).

Allerdings fordern in der Praxis Notariate auch im Rahmen eines Sachagios noch einen entsprechenden Wertnachweis. Notwendig ist dahin gehend jedoch kein Wertgutachten hinsichtlich des Verkehrswerts der Geschäftsanteile durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer, sondern lediglich eine Bestätigung, dass der Wert der Sacheinlage nicht negativ ist.

**Bestätigung  
ausreichend, dass Wert  
der Sacheinlage nicht  
negativ ist**

### ■ Beispiel

Nach dem abschließenden Ergebnis unserer pflichtgemäßen Prüfung bestätigen wir aufgrund der uns vorgelegten Urkunden, Bücher und Schriften sowie der uns erteilten Auskünfte und Nachweise, dass der Wert der Sacheinlage den Wert der zugrunde liegenden Anschaffungskosten nicht unterschreitet und somit positiv ist. gez. StB

**Beachten Sie |** Eine steuerliche Rückwirkung ist für den Anteilstausch nicht vorgesehen. Der Einbringungszeitpunkt ergibt sich daher nach Tz. 21.17 UmwStE nach dem Zeitpunkt der Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums der Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. In der Praxis wird jedoch ein Stichtag von bis zu einem Monat nach der tatsächlichen Durchführung der Sacheinlage regelmäßig im Billigkeitswege anerkannt.

**Keine  
Rückwirkung!**

## 3. Abgrenzung

### 3.1 Verdeckte Einlage der Beteiligung

Eine verdeckte Einlage der Anteile fällt mangels Gewährung neuer Anteile von vornherein nicht unter § 21 UmwStG. Hier greifen die Einlagegrundsätze des § 8 Abs. 3 S. 3 KStG. Daraus müsste eigentlich eine Bewertung der eingelegten Anteile mit den fortgeführten Anschaffungskosten erfolgen (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 Buchst. b EStG), soweit es sich um Anteile i. S. d. § 17 Abs. 1 EStG handelt, was dem Regelfall entspricht.

Nach der BFH-Rechtsprechung greift hier jedoch der Vorrang des § 17 Abs. 1 S. 2 EStG, der die Einlage in eine Kapitalgesellschaft einer Veräußerung gleichstellt. Von daher soll in diesen Fällen – anders als bei der Einlage in ein Betriebsvermögen eines Einzelunternehmers oder einer Mitunternehmerschaft – eine teleologische Reduktion des § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG geboten sein. Danach ist die verdeckt eingelegte Beteiligung bei der aufnehmenden GmbH immer mit dem gemeinen Wert anzusetzen (vgl. BFH 11.2.98, I R 89/97, BStBl II 98, 691).

**Verdeckt eingelegte  
Beteiligung immer  
mit gemeinem Wert  
anzusetzen**

### 3.2 Teilweise verdeckte Einlage

Werden die Anteile teilweise verdeckt, teilweise gegen Gewährung neuer Anteile eingelegt, ist der Vorgang nicht aufzuteilen. Es bleibt hier bei einem einheitlichem Anteilstausch i. S. d. § 21 UmwStG.

**MERKE |** Das gilt auch, wenn ein Teil des Werts der Sacheinlage in eine Kapitalrücklage eingestellt wird (Aufgeld). Der auf das Aufgeld entfallende Wertanteil der eingebrachten Beteiligung ist Bestandteil der vom Einbringenden im Austausch gegen die Verschaffung der Beteiligungsrechte an der Übernehmerin geschuldeten Leistung und folglich auch Gegenstand des tauschähnlichen Einbringungsgeschäfts (vgl. BFH 24.4.07, I R 35/05, BStBl II 08, 253).



Ansatz mit Buch-  
oder Zwischenwert  
auf Antrag möglich

Drei Varianten des  
qualifizierten  
Anteilstauschs

„Unmittelbare“  
Stimmenmehrheit  
der Übernehmerin  
erforderlich

## 4. Qualifizierter Anteilstausch

Grundsätzlich gilt gem. § 21 Abs. 1 S. 1 UmwStG: Die übernehmende Gesellschaft hat die eingebrachten Anteile mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Nach Auffassung der Finanzverwaltung kann hierbei auch für ertragsteuerliche Zwecke auf die Bewertungsvorschriften der §§ 11 und 199 ff. BewG zurückgegriffen werden (vgl. BMF 22.9.11, BStBl I 11, 859). Nach § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG kann die übernehmende Gesellschaft die eingebrachten Anteile allerdings auf Antrag mit dem Buchwert oder einem Zwischenwert ansetzen, wenn es sich um einen qualifizierten Anteilstausch handelt.

### 4.1 Mehrheit der Stimmrechte

Ein qualifizierter Anteilstausch liegt dabei vor, wenn die übernehmende Gesellschaft mit der Einbringung unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der Gesellschaft erlangt, deren Anteile eingebracht werden. Begünstigt sind dabei die folgenden Fälle (vgl. Tz 21.09 UmwStE):

1. Die Mehrheitsbeteiligung der aufnehmenden GmbH entsteht durch den Einbringungsvorgang.

#### ■ Beispiel

Die A-GmbH erwirbt von A 51 % der Anteile an der X-GmbH, an der die A-GmbH bislang noch nicht beteiligt war.

2. Eine zum Einbringungstichtag bereits bestehende Mehrheitsbeteiligung wird weiter aufgestockt.

#### ■ Beispiel

Die A-GmbH erwirbt von B 10 % der Anteile an der X-GmbH, an der die A-GmbH bereits 51 % hält.

3. Mehrere Personen, die nicht einzeln, sondern nur insgesamt die Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG erfüllen, bringen gemeinsam die Anteile ein, sofern die Einbringungen auf einem einheitlichen Gründungs- oder Kapitalerhöhungsvorgang beruhen.

#### ■ Beispiel

Die A-GmbH hält bereits 40 % der Anteile an der X-GmbH. Im Rahmen eines einheitlichen Kapitalerhöhungsvorgangs bringen C und D jeweils weitere 6 % der Anteile an der X-GmbH ein.

**PRAXISTIPP** | Gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UmwStG muss die Stimmenmehrheit bei der Übernehmerin „unmittelbar“ gegeben sein. Auch wenn daher die Einbringung der Anteile selbst grds. auch durch die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums auf die Holding-GmbH erfolgen kann, muss sich die Mehrheit der Stimmrechte unmittelbar nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen ergeben (vgl. Schmitt in: S/H, § 21 UmwStG Rn. 54). Ein qualifizierter Anteilstausch kann daher z. B. nicht durch Abschluss eines Treuhandverhältnisses vollzogen werden (a. A. Patt in: D/P/M, § 21 UmwStG Rn. 37).

#### 4.2 Folgen beim Einbringenden

Der Wert, mit dem die übernehmende Gesellschaft die eingebrachten Anteile ansetzt, gilt nach § 21 Abs. 2 S. 1 UmwStG für den Einbringenden als Veräußerungspreis der eingebrachten Anteile und als Anschaffungskosten der erhaltenen Anteile (= doppelte Wertverknüpfung). Wird der Buchwert bzw. werden die Anschaffungskosten als Veräußerungspreis angesetzt und werden zur Ermittlung des Veräußerungsgewinns davon der Buchwert bzw. die Anschaffungskosten abgezogen, verbleibt ein Veräußerungsgewinn von 0 EUR. In diesem Fall gehen die stillen Reserven auf die erhaltenen neuen Anteile über, denn der angesetzte Wert gilt zugleich als Anschaffungskosten dieser Anteile (§ 21 Abs. 2 S. 1 UmwStG).

Gehören die Anteile beim Einbringenden zum Privatvermögen i. S. d. § 17 EStG, treten hierbei gem. § 21 Abs. 2 S. 5 UmwStG die Anschaffungskosten an die Stelle des Buchwertes. Hat der Einbringende neben dem anteiligen Stammkapital weitere (nachträgliche) Anschaffungskosten getragen, sind diese ebenfalls bei der übernehmenden Gesellschaft auszuweisen.

**PRAXISTIPP** | Hier empfiehlt sich mangels „Bilanzwert“ beim Einbringenden ein Abgleich mit dem steuerlichen Einlagekonto der einzubringenden Anteile.

Gehörten die eingebrachten Anteile beim Einbringenden zu einem Betriebsvermögen, greifen die allgemeinen Tauschgrundsätze. Das heißt, die vom übernehmenden Rechtsträger erhaltenen Anteile teilen das einkommensteuerliche Schicksal der Anteile an dem übertragenden Rechtsträger (vgl. BFH 28.5.20, IV R 17/17, BStBl II 23, 607) und sind daher dem nämlichen Betriebsvermögen zuzuordnen. Bei Einbringung der Anteile an einer Betriebs-GmbH im Rahmen einer Betriebsaufspaltung treten somit die neu gewährten Anteile an der übernehmenden Holding-GmbH steuerlich in die Betriebsvermögensstellung bei dem Besitzunternehmen ein.

#### 5. Sonstige Gegenleistungen

Nach § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UmwStG sind auch beim qualifizierten Anteilstausch dem Einbringenden gewährte sonstige Gegenleistungen unschädlich i. H. v.

- 25 % des Buchwerts der eingebrachten Anteile oder
- 500.000 EUR, höchstens jedoch den Buchwert der eingebrachten Anteile.

Auch beim Anteilstausch greift das Maßgeblichkeitsprinzip nicht; daher können die eingebrachten Anteile in der Handelsbilanz mit dem Verkehrswert angesetzt werden, während steuerbilanziell die Buchwerte fortgeführt werden. Allerdings wird in diesem Fall eine Bewertung der Anteile unumgänglich sein, was mit entsprechenden Kosten verbunden sein wird.

**PRAXISTIPP** | Durch den abweichenden Ansatz der Beteiligung in der Handelsbilanz kann handelsbilanzielles Ausschüttungsvolumen geschaffen werden, womit anstelle einer sonstigen Gegenleistung Liquidität an die Anteilseigner ausgekehrt werden kann. In Höhe des Unterschieds zwischen dem Ansatz in der Handels- und in der Steuerbilanz ist nach Tz. 21.11 i. V. m. Tz. 20.20 UmwStE in der StB ein Ausgleichsposten zu bilden, der am Betriebsvermögensvergleich nicht teilnimmt.

Doppelte  
Wertverknüpfung

Allgemeine  
Tauschgrundsätze  
zu beachten

Alternative: Ansatz  
des Verkehrswertes  
in der Handelsbilanz

Geschaffene  
Liquidität kann an  
die Anteilseigner  
ausgekehrt werden

Vorsicht geboten bei  
lediglich gebuchter  
Ausschüttungs-  
verbindlichkeit

Die Auskehrung des Unterschiedsbetrags stellt eine der KapESt unterliegende Gewinnausschüttung dar (vgl. Ott, DStZ 16, 227). Ist der Einbringende eine natürliche Person, führt dies somit zu Einnahmen aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG, die entweder dem Teileinkünfteverfahren oder der Abgeltungsteuer unterliegen.

**Beachten Sie |** In der Praxis scheitert ein solches Ausschüttungsmodell jedoch oftmals an der nötigen Liquidität. Wird auf Ebene der übernehmenden Gesellschaft daher „lediglich“ eine Ausschüttungsverbindlichkeit gebucht, ist aktuell fraglich, ob hierin eine Gegenleistung i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 UmwStG gesehen werden kann (so Benecke [BMF], FR 16, 741).

## 6. Antragserfordernis

Tatbestandlich ist hier – wie auch bei einer Einbringung von Sachgesamtheiten in eine GmbH nach § 20 UmwStG – ein Antrag erforderlich für eine Fortführung der Buchwerte/Anschaffungskosten auf Ebene der Holding-GmbH. Stellt die Holding diesen Antrag nicht, verspätet oder ist der Antrag unwirksam, sind die Anteile mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Der Antrag muss spätestens bis zur erstmaligen Abgabe der steuerlichen Schlussbilanz erfolgen. Mögliche Fehlerquelle ist regelmäßig, dass die Übermittlung der Bilanz elektronisch, die Abgabe der Anträge jedoch in Papierform erfolgt. Einer besonderen Form bedarf der Antrag jedoch nicht.

So könnte der Antrag  
formuliert werden

### MUSTERFORMULIERUNG

Zum 1.1.20xx wurden die Geschäftsanteile mit der lfd. Nr. xxx bis xxx an der X-GmbH durch den bisherigen Gesellschafter A in die Holding-GmbH im Wege der Sacheinlage gem. § 5 Abs. 4 GmbHG eingebracht. Für steuerliche Zwecke handelte es sich hierbei um einen qualifizierten Anteilstausch i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG.

Hiermit wird gem. § 21 Abs. 1 S. 3 i. V. m. § 20 Abs. 2 S. 3 UmwStG der Antrag auf Fortführung der bei A angefallenen Anschaffungskosten i. S. d. § 17 EStG betreffend die X-GmbH gestellt.

Antrag spätestens mit  
erstmaliger Abgabe  
der Steuererklärung  
zu stellen

**Beachten Sie |** Ein aktuelles Urteil des FG Köln vom 13.6.23 (15 K 1817/21) zeigt das Problem deutlich auf: Die elektronische Steuererklärung des Einbringenden wurde dem FA am 4. Mai übermittelt und am selben Tag eine Anlage zu „Ergänzenden Angaben zur Steuererklärung“ per Brief an das FA versandt, aus welchem die Fortführung der Anschaffungskosten aus den eingebrachten Anteilen zumindest erkennbar war. Zu spät, urteilte das FG!

Grundsätzlich sei zwar auch ein konkludenter Antrag auf Buchwertfortführung möglich (z. B. ausdrückliche Erklärung eines Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG von 0 EUR), dieser müsse aber spätestens zur erstmaligen Abgabe der Steuererklärung erfolgen. Da das Schreiben das FA erst nach elektronischer Übermittlung der Erklärung erreichte, war dieses daher verfristet. Der Steuerpflichtige hat gegen das Urteil die Revision erhoben, das

Verfahren ist beim BFH unter dem Az. X R 32/23 anhängig. Laufende Verfahren sollten mit Verweis auf das anh. Verfahren nach § 363 Abs. 2 S. 2 AO ruhend gestellt werden.

## 7. Sperrfrist und Nachweispflicht nach § 22 Abs. 3 UmwStG

Werden Anteile, die unterhalb des gemeinen Wertes eingebracht worden sind, durch die übernehmende Holding-GmbH innerhalb von sieben Jahren nach dem Einbringungszeitpunkt veräußert, ist der Gewinn aus der Einbringung im Wirtschaftsjahr der Einbringung rückwirkend als Einbringungsgewinn II zu versteuern (§ 22 Abs. 2 S. 1 UmwStG). Dies gilt jedoch nur, soweit beim Einbringenden der Veräußerungsgewinn für diese Anteile im Einbringungszeitpunkt nicht nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei gewesen wäre.

Die Sperrfristbehaftung führt auch dazu, dass der Einbringende (nicht die übernehmende Holding-GmbH!) die Nachweispflicht nach § 22 Abs. 3 UmwStG zu beachten hat. Das heißt, dieser hat in den dem Einbringungszeitpunkt folgenden sieben Jahren **jährlich spätestens bis zum 31. Mai** nachzuweisen, wem mit Ablauf des Tages, der dem maßgebenden Einbringungszeitpunkt entspricht, die eingebrachten Anteile zuzurechnen sind.

Einbringender ist  
sieben Jahre lang  
nachweispflichtig

### ■ Beispiel

Die Sacheinlage der Anteile gem. § 5 Abs. 4 GmbHG erfolgte zum 1.1.20 und erfüllt den Tatbestand des qualifizierten Anteilstauschs i. S. d. § 21 Abs. 1 UmwStG.

Der erstmalige Nachweis i. S. d. § 22 Abs. 3 UmwStG ist bis zum 31.5. des Kalenderjahres zu erbringen, das dem Kalendertag des ersten Jahres nach dem steuerlichen Einbringungstag (1.1.20) folgt, somit spätestens bis zum 31.5.21.

Der Antrag ist grds. formfrei; die Finanzverwaltung verlangt jedoch in Rn. 22.30 UmwStE eine schriftliche Erklärung und den Nachweis der Zurechnung der sperrfristbehafteten Anteile. Im Rahmen des qualifizierten Anteilstauschs führt dies dazu, dass der Einbringende praktisch die Zurechnung der eingebrachten Anteile zur übernehmenden Gesellschaft nachweisen muss. Hier empfiehlt sich neben der Übermittlung der Gesellschafterliste der übertragenen Gesellschaft auch noch eine entsprechende Bestätigung der übernehmenden Gesellschaft über die entsprechende wirtschaftliche Zurechnung der sperrfristbehafteten Geschäftsanteile.

Nachweis der  
Zurechnung und  
Schriftform  
gefordert

### MUSTERFORMULIERUNG

An das Wohnsitz-FA des Einbringenden A

Mit Wirkung zum 1.1.20 (Einbringungsstichtag) wurden die Geschäftsanteile mit der lfd. Nr. xxx bis xxx an der X-GmbH im Wege des qualifizierten Anteilstauschs i. S. d. § 21 Abs. 1 UmwStG in die Holding-GmbH eingebracht.

So könnte der Antrag  
formuliert werden

Die Anteile an der X-GmbH sind gemäß § 22 Abs. 2 UmwStG sperrfristbehaftet. Hiermit wird durch Vorlage der Gesellschafterliste gem. § 40 GmbHG der Nachweis erbracht, dass die Anteile an der X-GmbH zum 1.1.21 der Holding-GmbH zuzurechnen sind. Daneben bestätigt die Holding-GmbH mit beigefügtem Schreiben, dass ihr die benannten Geschäftsanteile zum 1.1.21 auch wirtschaftlich zuzurechnen waren.

## 8. Sperrfristverstoß

Veräußert die übernehmende Gesellschaft die eingebrachten Anteile innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist, wird rückwirkend auf den Einbringungstichtag ein Einbringungsgewinn II ausgelöst, wobei die „Siebtegelung“ greift (vgl. § 22 Abs. 2 S. 3 UmwStG).

Fraglich ist aktuell, ob die Inanspruchnahme der Niedrigbesteuerung nach § 8b Abs. 2 u. 3 KStG trotz der Sperrfrist infolge des qualifizierten Anteilstauschs durch eine Ketteneinbringung erreicht werden kann.

### ■ Beispiel

Kaufmann A hält in seinem Betriebsvermögen alle Anteile an der X-GmbH. Er steht in aktuellen Verkaufsverhandlungen bzgl. der Geschäftsanteile mit dem Investor I. Zur steuerlichen „Optimierung“ des zu erwartenden Veräußerungsgewinns bringt A die Anteile an der X-GmbH zu Buchwerten in eine ihm wiederum zu 100 % gehörende H-GmbH gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten ein.

Anschließend bringt A alle Anteile an der H-GmbH zu Buchwerten in die (gewerblich geprägte) A-GmbH & Co. KG ein, an der A als alleiniger Kommanditist vermögensmäßig zu 100 % beteiligt ist. Schließlich veräußert die H-GmbH die Geschäftsanteile an der X-GmbH an den I.

**Lösung:** Die Einbringung einer 100 %-Beteiligung an einer GmbH in eine Mitunternehmerschaft fällt unter § 24 UmwStG (vgl. UmwStE Tz. 24.02). Die Einbringung der H-GmbH in die A-GmbH & Co. KG kann somit nach § 24 Abs. 2 UmwStG zu Buchwerten erfolgen. Unabhängig davon stellt dieser Vorgang gem. UmwStE Tz. 00.02, 22.07, 22.23 eine Veräußerung der Anteile an der H-GmbH durch den Einbringenden A dar. Gem. § 22 Abs. 2 S. 5 UmwStG kommt es nicht zur rückwirkenden Besteuerung eines Einbringungsgewinns II und zu nachträglichen Anschaffungskosten in dieser Höhe auf die erhaltenen Anteile beim Einbringenden, wenn und soweit der „Einbringende die erhaltenen Anteile veräußert hat“, denn in diesem Fall sind die Regelungen in § 22 Abs. 2 S. 1 bis 4 UmwStG ausdrücklich „nicht anzuwenden“.

A hat somit die „erhaltenen Anteile“ an der H-GmbH unter konsequenter Anwendung der Verwaltungsauffassung „veräußert“. Damit erlischt die Sperrfrist hinsichtlich der Anteile an der X-GmbH nach § 22 Abs. 2 S. 5 UmwStG. Die Veräußerung der Anteile an der X-GmbH kann daher keine Besteuerung des Einbringungsgewinns II mehr auslösen. Die H-GmbH veräußert die Anteile an der X-GmbH an I unter Anwendung des § 8b Abs. 2, Abs. 3 KStG.

Gestaltung über  
Ketteneinbringung  
als Ausweg?

Anteilseinbringung  
kann zu Buchwerten  
erfolgen

Sperrfrist bezüglich  
der Anteile an der  
X-GmbH geht unter



**Beachten Sie** | Der Gesetzgeber will nun im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2024 (JStG 2024 – Regierungsentwurf vom 4.6.24) mit einer Ergänzung des § 22 Abs. 2 S. 5 UmwStG um die Wörter „unter Aufdeckung der stillen Reserven“ dem obigen Gestaltungsmodell die gesetzliche Grundlage entziehen. Ob dies auch für bereits vollzogenen Gestaltungen fruchtet, bleibt offen, der Gesetzgeber geht von einer „klarstellenden“ Regelung aus. Die Mehrheit der Literaturauffassung bestätigt sehr wohl eine aktuelle Gesetzeslücke, so dass die Entscheidung in der Sache keinesfalls so vorgezeichnet ist wie es die Begründung des Gesetzesentwurfs glaubhaft machen will (siehe zum Streitstand: Kowanda, DStR 23, 1681). In jedem Fall ist zukünftigen Gestaltungen mit dieser Ergänzung jedoch nunmehr faktisch ein Riegel vorgeschoben.

**Wichtige Änderung durch das JStG 2024 geplant**

## 9. Veräußerungersatztatbestände

Die Auslösung eines solchen Einbringungsgewinns II erfolgt jedoch nicht nur bei einer tatsächlichen Veräußerung durch die übernehmende Gesellschaft. Vielmehr kann gem. § 22 Abs. 2 S. 6 i. V. m. Abs. 1 S. 6 UmwStG auch die Realisation eines Ersatztatbestandes schädlich sein.

Die Finanzverwaltung vertritt insoweit seit jeher die Auffassung, dass Umwandlungen und Einbringungen grundsätzlich auf der Ebene des übertragenden Rechtsträgers sowie des übernehmenden Rechtsträgers als Veräußerungs- und Anschaffungsvorgänge hinsichtlich des übertragenen Vermögens anzusehen sind (vgl. Tz. 00.02 UmwStE). Diese Auffassung wurde vom BFH für den Fall der Aufwärtsverschmelzung der Tochter-GmbH auf die Mutter-GmbH nach einem vorhergehenden qualifizierten Anteilstausch gem. § 21 Abs. 1 UmwStG bestätigt (BFH 24.1.18, I R 48/15, BStBl II 19, 45).

**Auffassung der Finanzverwaltung für Aufwärtsverschmelzung bestätigt**

### ■ Sachverhalt

A und B waren mit jeweils 50 % sowohl an der T-GmbH als auch an der M-GmbH beteiligt (Überkreuzbeteiligung). Sie errichteten zunächst eine gemeinsame Holdingstruktur, indem das Stammkapital der M-GmbH erhöht wurde und die Einlageverpflichtung von A und B jeweils durch Einbringung ihrer Anteile an der T-GmbH erfüllt wurde.

Die eingebrachten Anteile an der T-GmbH wurden auf Ebene der M-GmbH im Rahmen des § 21 Abs. 1 UmwStG mit dem Buchwert angesetzt. Hierdurch wurde die siebenjährige Sperrfrist nach § 22 Abs. 2 UmwStG in Gang gesetzt. Noch innerhalb der Sperrfrist wurde die T-GmbH auf die M-GmbH zu Buchwerten verschmolzen (Aufwärtsverschmelzung).

**Lösung:** Es ist ersichtlich, dass die Verschmelzung keine Statusverbesserung ausgelöst hat. Die stillen Reserven der T-GmbH wurden durch die Verschmelzung nicht realisiert und praktisch wieder in das TEV auf Ebene der Gesellschafter A und B gezogen. Dennoch bestätigte der BFH hier die Auffassung der Finanzverwaltung, dass hier ein veräußerungsgleicher Vorgang i. S. d. § 22 Abs. 1 S. 6 UmwStG anzunehmen sei. Zu diesem Ergebnis gelangte der BFH durch die Wertung der Verschmelzung als „tauschähnlichen Vorgang“.

**Überkreuzbeteiligung an zwei GmbHs**

**Verschmelzung als tauschähnlicher Vorgang gewertet**

## INFORMATION

Revision anhängig  
unter: X R 26/22



**Beachten Sie |** Obwohl sich ein Formwechsel zivilrechtlich als identitätswahrende Umwandlung („der Rechtsträger wechselt sein Rechtskleid“) vollzieht, hat der BFH mit zwei Urteilen vom 18.11.20 (I R 24/18 u. I R 25/18, BStBl II 21, 732) auch in einem Formwechsel der übernehmenden KapG (= Holding) in ein Personenunternehmen einen schädlichen Vorgang nach § 22 Abs. 2 UmwStG gesehen. Dass sich die Einbringenden durch den Formwechsel der Holding-GmbH steuerlich „schlechter“ stellen und nun wieder in die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens i. S. des § 3 Nr. 40 EStG zurückfallen, führt nach Auffassung des BFH zu keiner anderen Beurteilung.

Ob insoweit auch in einem entsprechenden Formwechsel der übertragenden KapG ein entsprechender Sperrfristverstoß i. S. des § 22 Abs. 2 UmwStG zu sehen ist, wird der BFH in dem unter dem Az. X R 26/22 anhängigen Revisionsverfahren zu klären haben. Allerdings dürfte nach den obigen Entscheidungen auch insoweit ein entsprechender Sperrfristverstoß vorgezeichnet sein.

Für die steuerberatende Praxis empfiehlt es sich daher, im Rahmen von Umstrukturierungen schon immer im Voraus eine klare Zielstruktur mit den Mandanten zu entwickeln. Das Urteil des BFH zeigt deutlich, dass auch in Fällen, in denen ein Missbrauchspotenzial überhaupt nicht vorhanden ist, eine Auflösung der zunächst geschaffenen Struktur zu einer ungewünschten (und unverhofften) Steuerbelastung führen kann.

## 10. Freistellung bei Ausschüttungen

Schüttet eine Tochtergesellschaft aus, sind die Erträge daraus bei der Holding gewerbesteuerfrei gem. § 9 Nr. 2a GewStG, da diese zu mindestens 15 % beteiligt ist. Allerdings muss die Beteiligung seit dem Beginn des Erhebungszeitraums bestanden haben. 5 % der Ausschüttung, die als nicht abziehbare Ausgabe behandelt werden (s. unter 1.), unterliegen allerdings auch der Gewerbesteuer (vgl. § 8 Nr. 5 GewStG).

**Beachten Sie |** Grundsätzlich ordnet § 23 Abs. 1 UmwStG durch die Verweisung auf § 4 Abs. 2 S. 3 UmwStG die Geltung der „Fußstapfentheorie“ auch in den Fällen einer Einbringung i. S. d. §§ 21, 21 UmwStG an. Fraglich ist jedoch, ob diese Grundsätze auch hinsichtlich der Eingliederungsvoraussetzungen des § 9 Nr. 2a GewStG gelten.

### ■ Beispiel

A ist alleiniger Gesellschafter der A-GmbH. Die Anteile hält er seit einigen Jahren im Privatvermögen. Im Juli 2023 hat A die H-GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 EUR bar errichtet. Nach deren Eintragung in das Handelsregister am 3.8. beschloss A am 1.9.23 als alleiniger Gesellschafter, das Stammkapital der H-GmbH um 25.000 EUR zu erhöhen. Der neue Geschäftsanteil wurde von A übernommen und der Kapitalerhöhungsbetrag durch Einbringung seiner Alleinbeteiligung an der A-GmbH geleistet.

Mindestbeteiligung  
muss zu Beginn des  
Erhebungszeitraums  
bestanden haben

Qualifizierter  
Anteilstausch gemäß  
§ 21 Abs. 1 S. 2  
UmwStG

Die H-GmbH führte die Anschaffungskosten der Beteiligung an der A-GmbH fort (qualifizierter Anteilstausch gem. § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG). Am 28.12.23 beschloss die A-GmbH eine Gewinnausschüttung an die H-GmbH i. H. v. 2,8 Mio. EUR.

**Lösung:** Angesichts des Umstands, dass die H-GmbH erst im Juli 2023 gegründet und damit gewerbsteuerpflichtig geworden ist, hat der relevante (verkürzte) Erhebungszeitraum (EZ) am 3.8. (vgl. § 14 Abs. 1 S. 3 GewStG) begonnen. Da die Einbringung der Anteile an der A-GmbH erst am 1.9.23 erfolgte, lag aber die Mindestbeteiligung von 15 % zu Beginn des EZ faktisch noch nicht vor. Nach Auffassung des BFH erfolgt in diesen Fällen auch keine Besitzzeitanrechnung des A (BFH 16.4.14, I R 44/13, BStBl II 15, 303), da das UmwStG über § 4 Abs. 2 S. 3 UmwStG die Anrechnung eines Zeitraums vorsehe, § 9 Nr. 2a GewStG jedoch auf einen Zeitpunkt, nämlich den Beginn des EZ abstelle.

**Besitzzeit des A wird nicht angerechnet**

### Auswirkungen auf die Gestaltungsberatung

Ausschüttungen der im Wege des Anteilstauschs eingebrachten Anteile an einer operativen GmbH stellen grds. keine schädlichen Vorgänge i. S. d. § 22 Abs. 2 UmwStG dar, es sei denn, diese führen gem. § 22 Abs. 1 S. 6 Nr. 3 UmwStG zur Rückzahlung von Beträgen aus dem steuerlichen Einlagekonto (vgl. jedoch die Billigkeitsregelung in Tz. 22.24 UmwStE, wonach es nur insoweit zu einer rückwirkenden Einbringungsgewinnbesteuerung kommt, als die Einlagenrückgewähr den Buchwert bzw. die Anschaffungskosten der sperrfristbehafteten Anteile im Zeitpunkt der Einlagenrückgewähr übersteigt).

Von daher können diese Ausschüttungen zunächst ohne größere Steuerbelastung in einer Holding-GmbH „geparkt“ werden. Bei der Empfehlung solcher Gestaltungsmodelle sollte der Berater jedoch nicht nur die Regelungen des § 8b KStG, sondern auch die gewerbsteuerlichen Folgen beachten. Dieses umso mehr, als hieraus resultierende GewSt-Belastungen, anders als bei Personengesellschaften als Holding, zu einer Definitivbelastung der Holding-GmbH führen.

**Ausschüttungen können problemlos in Holding-GmbH „geparkt“ werden**

Als Gestaltungsalternative dürfte es ratsam sein, den Anteilstausch nicht zur Aufnahme (d. h. im Wege einer Sachkapitalerhöhung), sondern im Wege einer Sachgründung der aufnehmenden Gesellschaft durchzuführen. Denn dann dürften die Voraussetzungen des § 9 Nr. 2a GewStG schon in tatsächlicher Hinsicht erfüllt werden, da die Übernehmerin die Anteile in diesem Fall bereits bei Eintritt in die Gewerbsteuerpflicht (d. h. mit Eintragung der Übernehmerin) und damit zu Beginn des dann beginnenden abgekürzten EZ (§ 14 S. 3 GewStG) gehalten hätte (vgl. Böing, GmbH-StB 14, 227).

**Anteilstausch im Wege der Sachgründung ratsam**

Sollte die Holding-GmbH bereits errichtet worden sein, kann dieses Risiko nur dadurch verhindert werden, dass die Ausschüttung erst im auf die Einbringung folgenden Jahr beschlossen wird.

### WEITERFÜHRENDER HINWEIS

- In Teil II geht es um Gestaltungen bei Minderheitsbeteiligungen – insbesondere um den Einsatz einer Zwischenholding, das „Huckepack-Modell“ als Alternative sowie um Besonderheiten bei grundbesitzenden Gesellschaften.



**INFORMATION**  
Inhalt des  
Folgebeitrags

## KAPITALGESELLSCHAFTEN

## Das Holdingmodell – Teil 2: Gestaltungsoptionen bei Minderheitsbeteiligung

von StB Jan Böttcher, LL.M., Nürnberg

## ARCHIV

Ausgabe 2 | 2021  
Seiten 71–80



Qualifizierter  
Anteilstausch  
steuerneutral  
möglich?

I In der Praxis erlebt die vermögensverwaltende GmbH aktuell eine Renaissance. In der letzten Ausgabe hatten wir bereits dargestellt, wie sich mit dem „Holdingmodell“ und der Ausnutzung des Konzernprivilegs hier zusätzliche Gestaltungsoptionen nutzen lassen, wenn sichergestellt ist, dass die übernehmende Gesellschaft mit der Einbringung unmittelbar die Mehrheit der Stimmrechte an der Gesellschaft erlangt. Doch auch bei Minderheitsbeteiligungen lässt sich das gewünschte steuerliche Ergebnis erreichen. Als Ausweg kommen hier Instrumente wie die Einschaltung einer Zwischenholding, ein Tausch der Stimmrechte oder auch das „Huckepack-Modell“ in Betracht. |

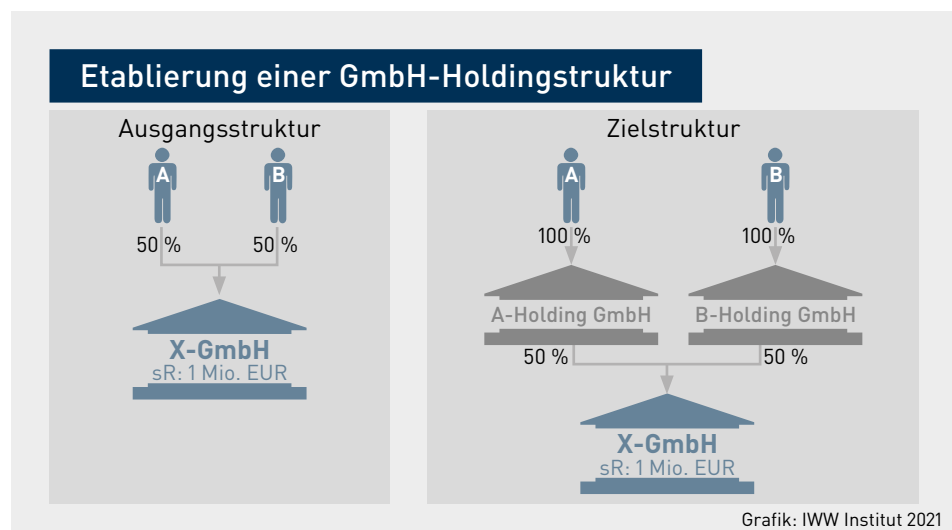
### 1. Praxisproblem: Mangelnde Beherrschung

Wie bereits in Teil I dargestellt kann eine GmbH-Holdingstruktur bei einer schon bestehenden operativen Gesellschaft im Wege des qualifizierten Anteilstauschs nur dann steuerneutral etabliert werden, wenn die Holding im Zeitpunkt der Einbringung die Mehrheit der Stimmrechte erhält. Dieses Tatbestandserfordernis ist regelmäßig gegeben, wenn entweder alle oder zumindest die Mehrheit der Geschäftsanteile an der operativen GmbH in einer Hand gebündelt sind. Doch das ist längst nicht immer der Fall:

#### ■ Ausgangsfall

Bei der X-GmbH sind sowohl A als auch B (jeweils natürliche Personen) zu je 50 % am Nennkapital der Gesellschaft beteiligt, die Stimmrechte der Gesellschafterversammlung sind an das Quorum der Geschäftsanteile gebunden. Die Anschaffungskosten der Beteiligung belaufen sich bei A wie auch bei B auf die geleistete Stammeinlage von 25.000 EUR, der Bestand des steuerlichen Einlagekontos der X-GmbH i. S. d. § 27 KStG beträgt 0 EUR; die stillen Reserven in den Geschäftsanteilen belaufen sich auf ca. 1 Mio. EUR. Die X-GmbH verfügt über kein Grundvermögen i. S. d. § 2 GrEStG.

Zielstruktur mit  
inländischer Holding  
als zukünftiges  
Investitionsvehikel



Sowohl A als auch B beabsichtigen, die Geschäftsanteile an der X-GmbH in eine jeweilige (inländische) Holding-GmbH einzubringen, um diese zukünftig als Investitionsvehikel und Familiengesellschaft auszubauen.

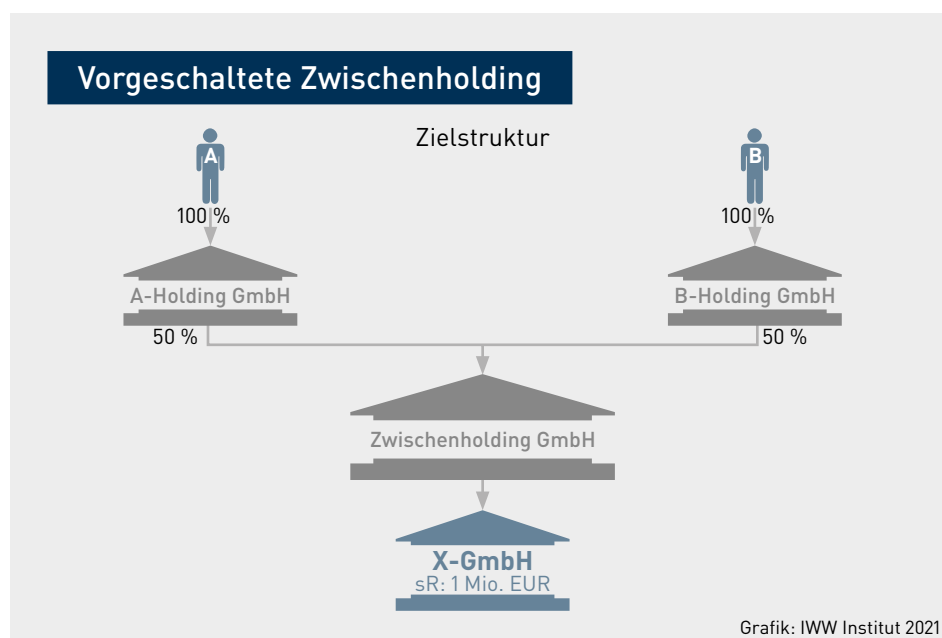
Ohne gestalterische Maßnahmen ist die Trennung der Gesellschafterstämme über eine individuelle Holdingkonstruktion nicht im Wege eines qualifizierten Anteilstauschs möglich. Sowohl A als auch B verfügen nicht über die notwendige Mehrheit der Stimmrechte i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG. Die Errichtung der jeweiligen Holdingstruktur im Wege der Einbringung der dem A und dem B jeweils zustehenden Geschäftsanteile an der X-GmbH wäre daher entweder als „einfacher“ Anteilstausch i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 UmwStG oder als verdeckte Einlage der Geschäftsanteile gem. § 17 Abs. 1 S. 2 EStG i. V. m. § 8 Abs. 3 S. 3 KStG zu qualifizieren (siehe hierzu Teil 1). Beide Alternativen würden zu einer Aufdeckung der stillen Reserven von 1 Mio. EUR führen.

Qualifikation  
als einfacher  
Anteilstausch oder  
als verdeckte Einlage

## 2. Gestaltung über eine Zwischenholding

Um die gewünschte Gesellschaftsstruktur ohne Aufdeckung der stillen Reserven zu erreichen, wird in der Praxis oft der Weg über eine vorgeschaltete Zwischenholding gewählt. In dieser Variante gründet zunächst jeder der Gesellschafter „seine“ zukünftige Holding-GmbH durch Bargründung. Diese Holdinggesellschaften errichten dann gemeinsam die Zwischenholding-GmbH, die im nächsten Schritt als übernehmende Gesellschaft im Rahmen eines qualifizierten Anteilstauschs i. S. d. § 21 Abs. 1 UmwStG fungiert.

Aufdeckung stiller  
Reserven durch ...



... vorgeschaltete  
Zwischenholding  
vermeidbar

### 2.1 Umsetzung des Modells

Zutreffend ist zunächst, dass die Struktur unter Inanspruchnahme der Begünstigung des § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG steuerneutral unter Fortführung der Anschaffungskosten der Beteiligung errichtet werden kann. Die Person des Einbringenden ist in § 21 UmwStG zwar nicht näher bestimmt, jedoch müssen

Anschaffungskosten  
der Beteiligung  
können fortgeführt  
werden



A und B müssen  
neue Anteile an der  
Zwischenholding  
erhalten

Risiko: Verdeckte  
Einlage?

ARCHIV  
Ausgabe 7 | 2023  
Seiten 258 ff.



Zielstruktur  
wird verfehlt und  
Ergebnis ist somit  
nicht optimal

die eingebrachten Anteile dem Einbringenden vor der Einbringung steuerlich zuzurechnen sein. Dabei ist das wirtschaftliche Eigentum nach § 39 Abs. 2 AO maßgeblich (vgl. BMF 11.11.11, BStBl I 11, 1314 – UmwStE – Tz. 21.06).

Als Einbringende kommen somit nur die Gesellschafter A und B in Betracht – nicht die vorab errichteten Holdinggesellschaften. Mithin müssen auch diesen als Gegenleistung – quasi an der jeweiligen Holding-GmbH vorbei – neue Anteile an der übernehmenden Gesellschaft (Zwischenholding-GmbH) gewährt werden, denn anderenfalls wäre tatbestandlich keine Einbringung i. S. d. § 21 UmwStG gegeben (z. B. bei einer reinen Gutschrift auf der Kapitalrücklage oder der Ausgabe bereits bestehender eigener Anteile).

**Beachten Sie |** Hinsichtlich der Beteiligungshöhe werden in § 21 UmwStG keine Anforderungen gestellt. D. h., die dem Einbringenden gewährten Anteile müssen weder einen bestimmten Mindestnennbetrag aufweisen noch muss der Nenn- oder Verkehrswert der Anteile dem der eingebrachten Anteile entsprechen (vgl. Patt in: D/P/M, § 20 Rn. 170). Es genügt mithin eine marginale Sachkapitalerhöhung auf Ebene der Zwischenholding, um die Steuerneutralität der Einbringung zu gewährleisten.

Allerdings ist in diesem Fall nicht geklärt, ob es ggf. im Rahmen der überquotalen Sacheinlage der Anteile an der operativen Gesellschaft (X-GmbH) und der damit einhergehenden Verlagerung stiller Reserven auf die Zwischenholding-GmbH nicht zu einer verdeckten Einlage in Höhe der Wertverschiebung kommt. Dass die Einbringenden an der Zwischenholding nur mittelbar über ihre jeweilige Holding-GmbH beteiligt wären, stünde diesem Ergebnis zumindest nicht entgegen (vgl. Nitzschke in: Brandis/Heuermann, § 20 UmwStG, Rz. 75). Allerdings wäre insoweit fraglich, ob nicht die Regelungen einer Mitverstrickung der Anteile an der Zwischenholding nach § 22 Abs. 7 UmwStG einer solchen Annahme einer verdeckten Einlage als „lex specialis“ vorgehen. M. E. ist letzterer Auffassung der Vorzug zu geben, allerdings bleibt eine Klärung durch den BFH abzuwarten (siehe hierzu auch Ott, GStB 23, 258). Rechtssicherheit dürfte daher in dieser Gestaltungsvariante aktuell auch nur über die Einholung einer verbindlichen Auskunft gem. § 89 Abs. 2 AO zu erlangen sein.

**MERKE |** Da die Einbringung der Geschäftsanteile an der X-GmbH jeweils quotall erfolgt, ist daneben keine (mittelbare) Werterhöhung der Anteile an der Zwischenholding gegeben, welche gem. § 7 Abs. 8 ErbStG als Zuwendungsfiktion erbschaftsteuerliche Folgen nach sich ziehen könnte.

## 2.2 Bewertung des Modells

Es bleibt festzuhalten: Die Gestaltung führt dazu, dass auch A und B neben den jeweiligen Holdinggesellschaften (ggf. geringe) Geschäftsanteile an der Zwischenholding halten. Im Ergebnis wird daher die Zielstruktur – trotz Installation einer Zwischenholding – verfehlt. Eine „Strukturbereinigung“ scheitert wiederum an dem tatbestandlichen Erfordernis eines qualifizierten Anteilstauschs i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG. Für die gestalterische Praxis ist diese Lösung daher als suboptimal einzustufen.

### 3. Stimmrechte-„Tausch“ als Ausweg?

Fraglich ist, ob durch eine vorgeschaltete Änderung der Beteiligungsquoten bzw. der Stimmrechteverteilung die tatbestandlichen Voraussetzungen eines qualifizierten Anteilstauschs gestaltbar sind.

Einigkeit herrscht insoweit dahin gehend, dass die Voraussetzungen der mehrheitsvermittelnden Beteiligung einer zeitpunktbezogenen Betrachtung, nämlich der einer logischen Sekunde nach Einbringung der übertragenden Geschäftsanteile, unterliegen (vgl. Schmitt in: S/H, § 21 UmwStG Rn. 45).

#### ■ Beispiel

A und B errichten jeweils eine entsprechende Holdinggesellschaft. Nachfolgend wird eine (marginale) Kapitalerhöhung der X-GmbH beschlossen. Zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile wird die A-Holding-GmbH zugelassen. Da sich § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG auch auf Fälle erstreckt, bei denen der übernehmende Rechtsträger bereits – minderheitlich oder mehrheitlich – an der erworbenen Gesellschaft beteiligt ist, wären dadurch für die Einbringung der Geschäftsanteile des A an der X-GmbH in die A-Holding-GmbH die Voraussetzungen eines steuerneutralen qualifizierten Anteilstauschs i. S. d. § 21 UmwStG gegeben.

Im Folgenden wird bei der X-GmbH wiederum eine Kapitalerhöhung dergestalt vorgenommen, dass die Summe der Stimmrechte der neu ausgegebenen Anteile (diesmal wird die B-Holding-GmbH zur Übernahme der Geschäftsanteile zugelassen) sowie der von B gehaltenen Anteile eine statuarische Stimmrechtsmehrheit vermittelt. Somit werden auch für den B die Voraussetzungen eines qualifizierten Anteilstauschs zur Errichtung der Holdingstruktur geschaffen.

Durch eine abermalige Kapitalerhöhung auf Ebene der X-GmbH zugunsten der A-Holding-GmbH wird letztlich eine paritätische Beteiligung zwischen den Holdinggesellschaften hergestellt.

#### 3.1 Droht hier die Annahme eines Gestaltungsmissbrauchs?

Geht die Stimmenmehrheit nach dem Anteilstausch verloren, hat dies nachträglich keine Auswirkungen auf den Tatbestand des (qualifizierten) Anteilstauschs. § 21 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UmwStG enthält insoweit keine Behaltensfrist. Es könnte aber ein Gestaltungsmissbrauch im Raum stehen. Gemäß § 22 Abs. 2 S. 1 UmwStG liegt ein typisierter „Missbrauch“ nur vor, wenn und soweit die Übernehmerin nach einem steuerbegünstigten Anteilstausch durch einen nicht von § 8b Abs. 2 KStG begünstigten Einbringenden die erworbene Beteiligung veräußert (vgl. Patt in: D/P/M § 21 UmwStG, Rn. 40). Die entsprechenden Kapitalmaßnahmen stellen aber weder eine Veräußerung der sperrfristbehafteten Anteile noch einen veräußerungsgleichen Vorgang i. S. d. § 22 Abs. 2 S. 6 i. V. m. Abs. 1 S. 6 Nr. 1 bis 5 UmwStG dar und führen lediglich zu einer Mitverstrickung der Anteile gem. § 22 Abs. 7 UmwStG.

Fraglich dürfte jedoch sein, ob hier nicht § 42 AO auf den Plan tritt, da die Einbringung und die nachfolgende Verminderung der Beteiligung von vornherein planmäßig erfolgen. In der Literatur wird vertreten, dass in der nur kurzfristigen Erlangung der Stimmrechtsmehrheit durch die übernehmende Gesellschaft kein Gestaltungsmissbrauch i. S. d. § 42 AO zu sehen ist. Eine Ausnahme

Zeitpunktbezogene  
Betrachtung

Vermittlung einer  
statuarischen  
Stimmrechtsmehrheit

Keine Behaltens-  
fristen zu beachten

Nachfolgende  
Verminderung der  
Anteile schon von  
vornherein geplant

komme selbst dann nicht in Betracht, wenn bereits im Zeitpunkt der Anteils-einbringung die anschließende Verminderung der Beteiligung geplant ist und die kurzzeitige Überschreitung der Stimmrechtsmehrheit ausschließlich der Erzielung von Steuervorteilen dient (so Behrens in: H/M/B § 21 UmwStG Rn. 162, ebenso Rabback in: R/H/vL § 21 UmwStG, Rn. 70).

### 3.2 Bewertung des Modells

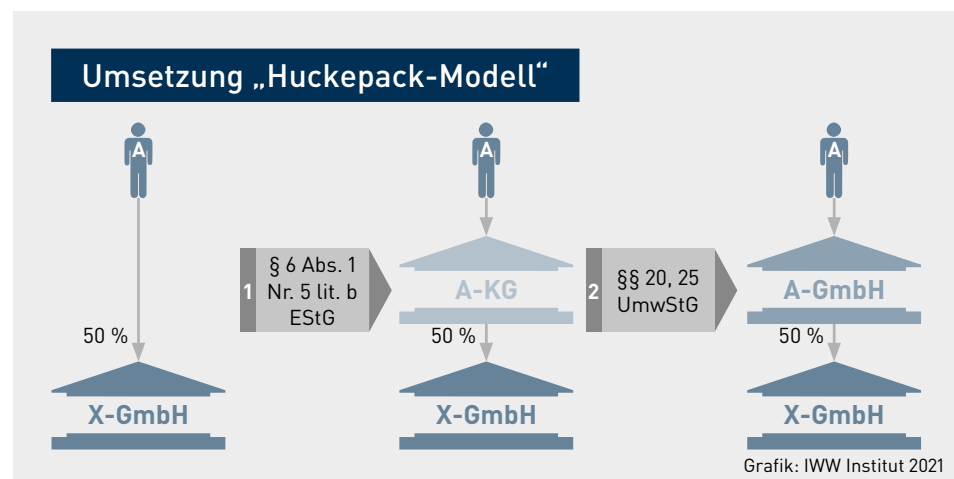
Soweit ersichtlich musste der BFH zu einer solchen Gestaltung noch keine Stellung nehmen, sodass die obigen Literaturauffassungen nicht als „Freizeichnung“ der Gestaltung gewertet werden dürfen. Möchte man daher (absehbare) Diskussionen mit der Finanzverwaltung vermeiden, sollten m. E. eher die nachfolgenden Alternativmodelle präferiert werden.

## 4. Modell „Huckepack“

Ein weiterer Ansatz kann sein, die Geschäftsanteile bewusst nicht im Anwendungsbereich des § 21 UmwStG zu gestalten, sondern im Rahmen einer Einbringung nach § 20 UmwStG quasi „Huckepack“ zu übertragen. Werden zu einem Betriebsvermögen gehörende Anteile an einer GmbH nämlich mit einem ganzen Betrieb, einem Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil als Sachgesamtheit in eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung neuer Gesellschaftsrechte eingebracht, ist nicht § 21 UmwStG, sondern § 20 UmwStG – auch für die zu der Sachgesamtheit gehörenden Anteile an der Kapitalgesellschaft – anzuwenden (vgl. UmwStE Tz 21.01).

### 4.1 Umsetzung des Modells

In einem ersten Schritt werden daher die Geschäftsanteile einer entsprechenden einbringungsfähigen Sachgesamtheit zugeordnet, im zweiten Schritt wird diese Sachgesamtheit dann im Anwendungsbereich des § 20 UmwStG in eine entsprechende Holdingstruktur überführt.



### ■ Beispiel

A gründet zunächst eine gewerblich geprägte Ein-Mann-GmbH & Co. KG. Nach Eintragung der KG in das Handelsregister (erst ab diesem Zeitpunkt besteht die gewerbliche Prägung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG!) legt der A die Geschäftsanteile an der X-GmbH in das Gesamthandsvermögen der KG ein.

Übertragung im  
Rahmen einer  
Einbringung nach  
§ 20 UmwStG

Zwei Schritte bis zur  
Zielstruktur

Zielstruktur mit als  
Holding fungierender  
A-GmbH

Die Einlage erfolgt gem. § 6 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 Buchst. b EStG zwingend zu fortgeführten AK; Sperrfristen werden hierdurch nicht ausgelöst.

**Beachten Sie** | Eine Einlage in diesem Sinne ist ein unentgeltlicher Vorgang, sodass eine Verbuchung im variablen Eigenkapital (Kapitalkonto II) oder in der Rücklage erfolgen muss. Eine Gewährung von Gesellschaftsrechten (Kapitalkonto I) würde zur Annahme eines Tauschs und damit eines Realisationsstatbestands i. S. d. § 17 EStG führen. Alternativ zur Einlage der Geschäftsanteile in eine GmbH & Co. KG kann auch die Begründung einer atypischen Beteiligung an der GmbH erfolgen. Eine GmbH & atypisch Still stellt für steuerliche Zwecke eine Mitunternehmerschaft dar, die Geschäftsanteile des Stillen wären in diesem Fall als notwendiges Sonder-BV II zu qualifizieren (vgl. GStB 19, 375 ff.).

In einem zweiten Schritt kann jetzt

- die KG in eine GmbH formgewechselt werden (§ 25 i. V. m. § 20 UmwStG) und als Holdinggesellschaft fungieren oder
- die KG wird mit der bereits bestehenden A-Holding-GmbH als Komplementärin errichtet. Nach Einlage der Anteile an der X-GmbH wird die KG im Wege einer (erweiterten) Anwachsung vollbeendet oder
- die Kommanditanteile an der KG sowie die Anteile an der Komplementär-GmbH – also der gesamte Mitunternehmeranteil – werden in die schon bestehende A-Holding-GmbH gem. § 20 UmwStG eingebracht. Aufgrund von § 8b Abs. 6 KStG greift auch in dieser Konstellation auf die Dividenden der X-GmbH oder bei einem entsprechenden Veräußerungsgewinn auf Ebene der Holding-GmbH die Befreiung nach § 8b Abs. 1 u. 2 KStG.

Eine entsprechende Gestaltung kann für den Gesellschafter B vorgenommen werden.

Stellt die Beteiligung an der GmbH hingegen Betriebsvermögen dar, wäre die Einlage in die GmbH & Co. KG ein Sachverhalt i. S. d. § 6 Abs. 5 S. 3 EStG, der zwar im ersten Schritt auch zum Buchwert erfolgen kann, aber eine Sperrfrist auslöst (Körperschaftsteuerklausel, § 6 Abs. 5 S. 6 EStG, sieben Jahre), gegen die durch die Einbringung i. S. d. § 20 UmwStG verstoßen würde. Diese Gestaltungsidee ist somit nur für Beteiligungen des Privatvermögens (§ 17 EStG) umsetzbar.

#### 4.2 Gestaltungsmissbrauch?

Der BFH (16.12.15, IV R 8/12, BStBl II 17, 766) hat insoweit klargestellt: Es gibt keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass eine aufgrund einheitlicher Planung in engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang stehende Mehrzahl von Rechtsgeschäften (Gesamtplan) für die steuerliche Beurteilung zu einem einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang zusammenzufassen und sodann unter den Steuertatbestand zu subsumieren ist. Ein schädliches gesamtplanerisches Handeln scheidet daher aus.

Ein Gestaltungsmissbrauch i. S. d. § 42 AO liegt in der gewählten Gestaltung ebenfalls nicht vor, da sich diese weder gekünstelt noch rechtlich unangemessen darstellt. Allein das Motiv, Steuern zu sparen, macht eine steuerliche

Verbuchung im variablen Eigenkapital oder in der Rücklage erforderlich

Auch bei dieser Variante greift § 8 Abs. 1 u. 2 KStG

Gestaltungsidee nur für Beteiligungen des Privatvermögens umsetzbar

Kein schädlicher Gesamtplan

Positive Neuerungen  
durch das Wachstumschancengesetz

Schädlichen Anteils-  
eignerwechsel oder  
Anteilsvereinigung  
im Blick haben

Einbringung der  
Anteile in gemeinsame  
Holding-GmbH  
beabsichtigt

Gestaltung noch nicht unangemessen. Diese Schwelle wird erst dann überschritten, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll (vgl. BFH 20.7.18, IX R 5/15, BStBl II 19, 194 m. w. N.). Da der Gesetzgeber jedoch die Inbezugnahme von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft ausdrücklich in den Anwendungsbereich des § 20 UmwStG als Teil einer Sachgesamtheit einbezieht (vgl. auch § 22 Abs. 2 S. 1 1. Alt. UmwStG), kann einer solcher Vorwurf m. E. vorliegend nicht erhoben werden.

## 5. Abwandlung „optierte Gesellschaft i. S. d. § 1a KStG“

Eine zivilrechtliche Umformung der GmbH & Co. KG durch einen Formwechsel oder einen Anwachsungsvorgang wäre aus steuerlicher Sicht sogar entbehrlich. Alternativ könnte dahin gehend die GmbH & Co. KG einen Antrag auf Option zur Körperschaftsteuer nach § 1a KStG stellen. Für steuerliche Zwecke wäre damit ebenfalls die Struktur einer kapitalistischen Holdingstruktur erreicht. Durch die Änderungen des Wachstumschancengesetzes (BGBl I 24, Nr. 108) kann der Antrag nach § 1a KStG nun auch noch einen Monat nach Abschluss des Gesellschaftsvertrages für das laufende Wirtschaftsjahr gestellt werden. Damit können nun auch neugegründete Gesellschaften von Anfang an die Option nach § 1a KStG, ohne Umwege eines abweichenden Wirtschaftsjahres, nutzen. Ebenso stellt sich nach der Neufassung des § 1a Abs. 2 S. 2 KStG nicht mehr das Problem eines ggf. schädlichen Zurückbehalts der Anteile an der Komplementär-GmbH.

**Beachten Sie** | Dies betrifft nur den Zurückbehalt von Komplementäranteilen. Insbesondere an die Gesellschaft überlassenes Grundvermögen (Sonder-BV I) bedroht bei Zurückbehalt nach wie vor die Steuerfreiheit der Option nach § 1a KStG.

## 6. Alternative bei grundbesitzenden Gesellschaften

Besitzt die operativ tätige Gesellschaft Grundvermögen i. S. d. § 2 GrEStG, ist besondere Vorsicht geboten. In der Gestaltungspraxis muss man im Blick haben, dass im Rahmen der Errichtung einer Holdingstruktur der Tatbestand eines schädlichen Anteilseignerwechsels i. S. des § 1 Abs. 2b GrEStG oder, soweit die zukünftige Holdinggesellschaft bereits an der operativen Gesellschaft beteiligt sein sollte, eine Anteilsvereinigung i. S. des § 1 Abs. 3 GrEStG realisiert wird, sofern der übernehmende Rechtsträger eine Beteiligungsquote von mind. 90 % erreicht.

### ■ Beispiel (Abwandlung)

A und B sind Eheleute und beabsichtigen mittelfristig die Veräußerung der Geschäftsanteile an der grundbesitzenden X-GmbH an einen Investor. Um in den Genuss des Konzernprivilegs des § 8b Abs. 2 KStG auf den zukünftig absehbaren Veräußerungsgewinn zu kommen, beabsichtigen A und B daher die Einbringung der Geschäftsanteile in eine gemeinsame Holding-GmbH.



Vorliegend stellt sich, anders als im Ausgangsfall, nicht das Problem der Erfüllung der Voraussetzung eines qualifizierten Anteilstauschs, da A und B die Geschäftsanteile in eine gemeinsame GmbH-Holding einbringen möchten.

### 6.1 Risiko „Gesellschafterwechsel i. S. des § 1 Abs. 2b GrEStG“

Allerdings würde der Vorgang einen vollständigen „Austausch“ der Gesellschafter der operativen Gesellschaft und somit einen grunderwerbsteuerbaren Vorgang nach § 1 Abs. 2b GrEStG darstellen. Dass A und B mittelbar in gleichbleibender Höhe an der X-GmbH beteiligt bleiben, ist insoweit unbeachtlich. Eine entsprechende Anwendung der Steuerbefreiungen nach §§ 5, 6 GrEStG scheidet aus.

In Betracht käme daher ausschließlich die grunderwerbsteuerliche Konzernbefreiung gem. § 6a GrEStG. Diese setzt voraus, dass an einem Umwandlungsvorgang ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und eine oder mehrere von diesem abhängige Gesellschaften beteiligt sind (§ 6a S. 3 GrEStG). Nach § 6a S. 4 GrEStG muss das herrschende Unternehmen, um eine Gesellschaft als abhängige Gesellschaft i. S. d. § 6a S. 3 GrEStG zu qualifizieren, an deren Kapital oder deren Gesellschaftsvermögen innerhalb von fünf Jahren vor und nach dem Rechtsvorgang unmittelbar oder mittelbar (oder teils unmittelbar, teils mittelbar) ununterbrochen zu mindestens 95 % beteiligt sein.

**Beachten Sie |** A und B sind als natürliche Personen jeweils nicht herrschendes Unternehmen i. S. d. § 6a GrEStG, da keiner der beiden die notwendige Beteiligungsquote von mindestens 95 % innehat. Eine Zusammenschau der Geschäftsanteile über eine Ehegatten-/Lebenspartner-Gemeinschaft scheidet aus, da es sich insoweit nicht um einen eigenständigen Rechtsträger i. S. d. GrEStG handelt. Die Einbringung der Geschäftsanteile in die Holding-GmbH im Wege eines qualifizierten Anteilstauschs i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG würde daher zwar nicht zu einer Aufdeckung stiller Reserven führen, wäre jedoch mit GrESt belastet.

### 6.2 Ländererlasse eröffnen Gestaltungsspielraum

Nachdem der BFH in gleich sieben Urteilen vom 21. und 22.8.19 (II R 15-21/19) wesentliche Grundsatzfragen zur Anwendung der grunderwerbsteuerlichen Konzernklausel des § 6a GrEStG geklärt hat, hat die Finanzverwaltung mit gleichlautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.20 (BStBl I 20, 960) auf die für die Steuerpflichtigen günstigen Urteile reagiert und Gestaltungsspielräume bei der Errichtung von Holdingstrukturen eröffnet. Nach dem nunmehr aktualisierten Anwendungserlass zur Anwendung des § 6a GrEStG v. 25.5.23 (BStBl I 23, 995) können hierbei folgende Grundsätze gestalterisch genutzt werden:

- Die Vorbehaltensfrist des § 6a S. 4 GrEStG von fünf Jahren muss nicht eingehalten werden, soweit dies umwandlungsrechtlich nicht möglich ist.
- Dieses ist u. a. bei einer Ausgliederung zur Neugründung gem. § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG der Fall.
- In diesen Fällen kann die abhängige Gesellschaft auch erst im Zeitpunkt des zu beurteilenden Erwerbsvorgangs aus dem herrschenden Unternehmen entstehen.

Steuerbarer vollständiger „Austausch“ der Gesellschafter

Zusammenschau der Anteile über eine Ehegatten-Gemeinschaft scheidet aus



**INFORMATION**  
Aktualisierter  
Anwendungserlass

Vorsicht:  
Ausgliederung zur  
Aufnahme wäre nicht  
begünstigt

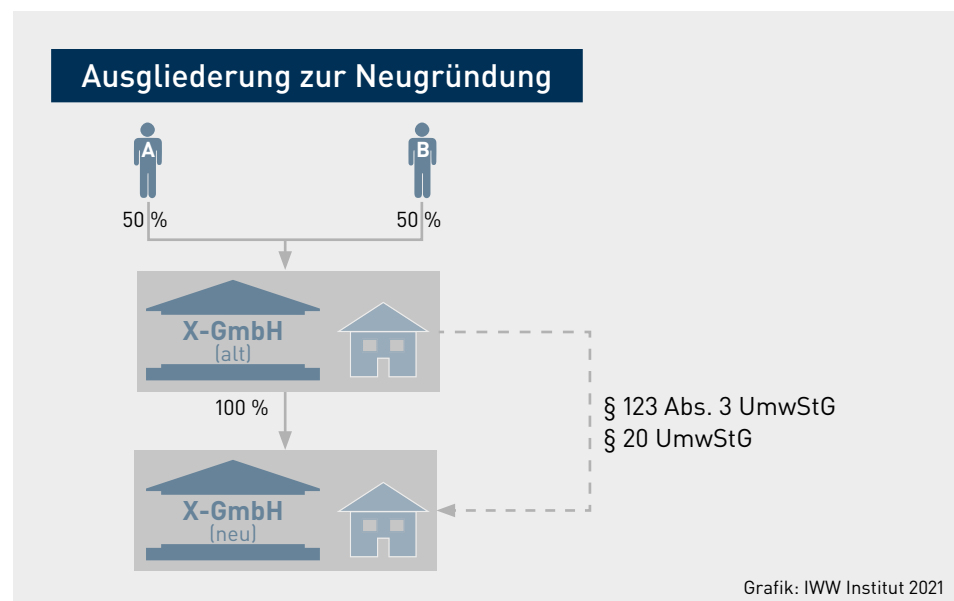
Einbringung erfolgt  
auf Antrag zu  
Buchwerten

Teilnahme am Markt  
über abhängige  
Gesellschaft reicht  
völlig aus

**GESTALTUNGSTIPP** | In Anwendung dieser Grundsätze auf den obigen Sachverhalt könnte daher die gewünschte Konzernstruktur im Wege der Ausgliederung gem. §§ 123 Abs. 3 Nr. 2, 135 ff. UmwG auf eine neu zu gründende GmbH mit der gleichen Firma unter Umbenennung der X-GmbH in „AB-Holding-GmbH“ erfolgen. Gegenstand der Ausgliederung ist hierbei der operative Betrieb der X-GmbH (alt) inkl. des Betriebsgrundstücks.

**Beachten Sie** | Eine nach §§ 124 ff. UmwG mögliche Ausgliederung zur Aufnahme, also auf eine bereits errichtete AB-Holding-GmbH, wäre von der Privilegierung ausgeschlossen, da in diesem Fall die Erfüllung der fünfjährigen Vorbehaltsfrist des § 6a S. 4 GrEStG nicht von vornherein ausgeschlossen wäre. Auch eine Übertragung im Wege der Einbringung in Einzelrechtsnachfolge im Rahmen einer Sachgründung/-kapitalerhöhung oder als Sachagio ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbar und kann damit nicht nach § 6a GrEStG begünstigt werden.

Ertragsteuerlich vollzieht sich die Ausgliederung gem. § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG als Einbringung des Betriebs der X-GmbH (alt) als übertragender Rechtsträger gem. § 20 Abs. 1 UmwStG und findet daher bei unterstellter Erfüllung der Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 S. 2 UmwStG auf Antrag der übernehmenden X-GmbH (neu) zu Buchwerten statt.



### 6.3 Wirtschaftliche Tätigkeit des herrschenden Unternehmens

Das herrschende Unternehmen muss zwar eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Allerdings reicht es hierfür aus, wenn das herrschende Unternehmen über eine Beteiligung an einer abhängigen Gesellschaft am Markt teilnimmt. Diese Voraussetzung wäre gegeben, da der operative Geschäftsbetrieb vollumfänglich von der X-GmbH (neu) fortgeführt wird.

Irritierend ist jedoch, dass die Finanzverwaltung reine Holdinggesellschaften nicht als wirtschaftlich tätige Gesellschaften ansehen wollen. Damit dürften indes ausschließlich vermögensverwaltende Holdinggesellschaften bzw.

Finanzholdings gemeint sein, die – anders als geschäftsleitende Holdings bzw. Führungsholdings – für Zwecke der Umsatzsteuer als nicht unternehmerisch behandelt werden (so auch Tiede, StuB 20, 857).

**GESTALTUNGSTIPP** | In der Praxis sollte daher auf die Erbringung geschäftsleitender Tätigkeiten gegen Entgelt und/oder den Abschluss entsprechender Konzerndienstleistungsverträge geachtet werden. Hinsichtlich der Umsatzsteuer folgt hieraus ein Organschaftsverhältnis nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG (vgl. UStAE 2.8 zu § 2 UStG).

Durch den Umwandlungsvorgang werden somit keine Grundstücke aus dem Konzernverbund gelöst. Das auf die neu gegründete Gesellschaft übergegangene Vermögen stammt ausschließlich vom herrschenden Unternehmen, sodass – ungeachtet einer etwaigen Vorbehaltensfrist – die Steuervergünstigung des § 6a GrEStG zu gewähren ist.

Die AB-Holding-GmbH muss des Weiteren die fünfjährige Nachbehaltensfrist des § 6a S. 4 GrEStG beachten. D. h., dass die Mindestbeteiligungshöhe von 95 % an der X-GmbH (neu) nach der Verwirklichung des Erwerbsvorgangs noch mindestens fünf Jahre fortbestehen muss. Stichtag für die Berechnung der Frist ist die Eintragung der Umwandlung im Handelsregister.

**Beachten Sie** | Nicht maßgeblich ist der Einbringungsstichtag i. S. d. § 20 Abs. 5 UmwStG! Die hiernach mögliche Rückbeziehung des Einbringungsstichtags um acht Monate greift nur für ertragsteuerliche Zwecke und hat keinen Einfluss auf Verkehrssteuern wie USt und GrESt.

Die Steuervergünstigung des § 6a GrEStG ist nicht grundstücksbezogen. § 6a GrEStG stellt nicht auf den Verbleib der durch den Umwandlungsvorgang übergehenden Grundstücke, sondern allein auf die Beteiligungsverhältnisse ab. Eine Änderung in der grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnung des im Wege der Ausgliederung übertragenden Grundstücks ist somit auch innerhalb der Nachbehaltensfrist unbeachtlich.

Wird die Nachbehaltensfrist nicht eingehalten, entfällt die Begünstigung. Die Verletzung der Nachbehaltensfrist stellt ein rückwirkendes Ereignis i. S. d. § 175 Abs. 2 S. 1 AO dar.

**FAZIT** | Durch gestalterische Maßnahmen lassen sich kapitalistische Holdingstrukturen auch regelmäßig im Anwendungsbereich des § 20 UmwStG unter Ausnutzung des Buchwertprivilegs errichten. Hierdurch werden neben der Möglichkeit des qualifizierten Anteilstauschs i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 2 UmwStG weitere Gestaltungsoptionen, insbesondere bei mehrgliedriger Gesellschafterstruktur, zur steueroptimierten Unternehmensstrukturierung geschaffen. Bei grundbesitzenden Gesellschaften sind hierbei jedoch immer die sich hieraus ergebenden grunderwerbsteuerlichen Folgen zu beachten. Die aktuelle Rechtsprechung des BFH und dieser folgend die Finanzverwaltung eröffnen hierbei jedoch Gestaltungsspielräume für die Beraterschaft, sich die grunderwerbsteuerliche Konzernklausel des § 6a GrEStG zunutze zu machen.

**Steuervergünstigung des § 6a GrEStG greift**

**Einhaltung der Nachbehaltensfrist im Blick haben**

**Steuervergünstigung des § 6a GrEStG ist nicht grundstücksbezogen**

**Buchwertprivileg und Konzernklauseln machen Holdingstruktur attraktiv**





**Erfolgreich in der Nachfolgeberatung:  
Mit ErbBstg verfolgen Sie von Anfang an  
den richtigen Ansatz**



Dipl.-Finw.  
Horst Rönning  
Chefredakteur

Schenkungsteuer, Erbschaftsteuer, Zugewinn und Pflichtteilsrecht: Kompetente Nachfolgeberatung hat viele Facetten. *ErbBstg Erbfolgebesteuerung* bereitet sie praxisgerecht für Sie auf! Sie bleiben auf dem Laufenden über aktuelle Rechtsprechung und Verwaltungsanweisungen und erhalten dazu konkrete Handlungsempfehlungen und bewährte Gestaltungsmodelle. So können Sie die Steuerlast Ihrer Mandanten senken – und sparen dabei viel Zeit für mühsame Recherchen.

Kostenloser Test unter  
**erbbstg.iww.de**



**ErbBstg Erbfolgebesteuerung**

**Kombi-Abo: Print, Online, Mobile**

monatlich 26,60 €

inklusive Versand und Umsatzsteuer

**Digital-Abo: Online, Mobile**

monatlich 20,90 €

inklusive Umsatzsteuer

**Kündigungsfrist**

jederzeit zum Monatsende



**REDAKTION | Sie haben Fragen oder Anregungen zur Berichterstattung?** Schreiben Sie an  
IWW Institut, Redaktion „GSTB“

Aspastr. 24, 59394 Nordkirchen

Fax: 02596 922-80, E-Mail: [gstb@iww.de](mailto:gstb@iww.de)

Als Fachverlag ist uns individuelle Rechtsberatung nicht gestattet. Gerne vermitteln wir Ihnen den Kontakt zu einem professionellen Gutachtendienst.

**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 [gstb.iww.de](http://gstb.iww.de) finden Sie

- Downloads (Checklisten, Musterformulierungen u.v.m.)
- Archiv (alle Beiträge seit 1994)
- 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 „GSTB“ 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 „GSTB“ auch auf [facebook.com/gstb.iww](https://facebook.com/gstb.iww)



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

- GSTB-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)**

## GESTALTENDE STEUERBERATUNG (ISSN 0947-501X)

**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); Dipl.-Kffr. Christiane Nöcker (stellv. Chefredakteurin); StB Dipl.-Volksw. Jürgen Derlath (stellv. Chefredakteur)

**Wissenschaftlicher Beirat |** RiFG Dipl.-Finw. Dr. Rainer Braun, Köln; RA Prof. Dr. Annemarie Butz-Seidl, FAin Steuerrecht, Deuerling; Dipl.-Finw. Karl-Heinz Günther, Übach-Palenberg; Dipl.-Finw. Georg Harle, Regierungsberrater, Frankfurt a.M.; RiFG Dipl.-Finw. Prof. Dr. Volker Kreft, Bielefeld; StB Dipl.-Finw. Christoph Lanz, Arnsberg; RA Dr. Wolfgang Leibner LL.M., Hannover; Prof. Dr. Hans Nieskens, Nordkirchen; LRD Dr. Hansjörg Pflüger, Stuttgart; Dipl.-Finw. StB Michael Seifert, Troisdorf; Dipl.-Finw. Jürgen Serafini, Troisdorf; RA StB Dipl.-Finw. Dr. Hans-Gerd Wienands, Köln

**Bezugsbedingungen |** Der Informationsdienst erscheint monatlich. Er kostet pro Monat 30,70 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, GSTB 11, 20“ oder „GSTB 11, 20“

**Bildquellen |** Titelseite: ©Hunman – stock.adobe.com; Umschlag-Seite 2: René Schwerdtel (Rönnig, Kreutzer)

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

**GOGREEN**

Wir versenden klimafreundlich  
mit der Deutschen Post

IMPRESSUM

# IHR ABO KANN MEHR!

Ohne zusätzliche Kosten.  
Jetzt weitere Nutzer freischalten!

**1 Abo =  
3 Nutzer**

## Holen Sie jetzt alles aus Ihrem Abo raus!

*GStB Gestaltende Steuerberatung* 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!

**IWW**  
INSTITUT

In Ihrem Abonnement enthalten:  
**Drei Nutzer-Lizenzen für die digitalen Inhalte**

Direkt umsetzbare Empfehlungen, anschauliche Musterfälle, grafische Arbeitsblätter u. v. m. – Ihr Abonnement bietet digital umfangreiche Fachinhalte zu Ihrem Arbeitsgebiet. Aber nicht nur das: Ihr Abonnement erhält automatisch auch drei Lizenzen für Nutzer in Ihrer Kanzlei/Praxis. Sie können auch Kollegen und Mitarbeiter auf die digitalen Inhalte zugreifen – ganz ohne weitere Kosten.

Hier erfahren Sie, wie es geht.

**Schritt 1: Anmeldung**

Melden Sie sich mit Ihren Zugangsdaten an unter  
■ [www.iww.de/anmeldung](http://www.iww.de/anmeldung)  
Sie haben noch kein IWW Konto?  
Dann registrieren Sie sich zunächst unter  
■ [www.iww.de/registrierung](http://www.iww.de/registrierung)

**Anmeldung**

Ich bin schon beim IWW Institut registriert.  
max.mustermann@kanzlei.de  
\*\*\*\*\*  
☐ Angemeldet bleiben

Sobald Sie angemeldet sind, finden Sie Ihre derzeit aktiven Abonnements unter  
■ [Mein Konto > Meine Aktivitäten](#)  
oder geben Sie den Link [www.iww.de/handelscenter](http://www.iww.de/handelscenter) ein.

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