

## **Wissenschaftliche Ausarbeitung**

der Kanzlei JUHN Partner GmbH Steuerberatungsgesellschaft  
und Studierenden der FOM Hochschule

Thema:

# **Formwechsel der GmbH in GmbH & Co. KG mit anschließendem Asset-Deal**

JUHN Partner GmbH  
Steuerberatungsgesellschaft  
Steuerberater Christoph Juhn LL.M.  
Im Zollhafen 24 · 50678 Köln

Telefon +49 221 999 832-0  
Telefax +49 221 999 832-20  
E-Mail [Info@Juhn.com](mailto:Info@Juhn.com)  
Internet [www.Juhn.com](http://www.Juhn.com)

*Die Ausarbeitung ist urheberrechtlich geschützt.*

## Inhaltsverzeichnis

<b>1</b>	<b>Einleitung .....</b>	<b>3</b>
<b>2</b>	<b>Steuerrechtliche und gesellschaftsrechtliche Grundlagen.....</b>	<b>4</b>
2.1	Veräußerung von Kapitalgesellschaften .....	4
2.1.1	Asset-Deal .....	4
2.1.2	Share-Deal.....	6
2.2	Veräußerung von Personenunternehmen.....	7
2.2.1	Steuerliche Gleichbehandlung von Asset-Deal und Share-Deal.....	7
2.2.2	Steuerliche Behandlung beim Veräußerer .....	7
2.2.3	Steuerliche Behandlung des Erwerbers .....	9
2.3	Formwechsel .....	10
2.3.1	Strategische Vorüberlegungen .....	10
2.3.2	Zivilrecht .....	10
2.3.3	Steuerrecht .....	11
<b>3</b>	<b>Steuerliche Implikationen der Kombination aus Formwechsel und Asset-Deal .....</b>	<b>13</b>
3.1	Besteuerung offener Rücklagen gem. § 7 UmwStG .....	13
	13	
3.2	Verlustvortrag .....	15
3.3	Fünfjährige Sperrfrist auf Gewerbesteurebene gem. § 18 Abs. 3 UmwStG .....	16
3.4	Besonderheiten der Grunderwerbsteuer .....	17
3.4.1	Allgemeines.....	17
3.4.2	Übertragung der einzelnen Wirtschaftsgüter (Grundstücke) .....	18
3.4.3	Übertragung der Kommanditbeteiligung .....	18
3.5	Asset-Deal im Rückwirkungszeitraum .....	19
<b>4.</b>	<b>Schlussbetrachtung .....</b>	<b>20</b>

## 1 Einleitung

Im Jahr 2016 wurden in Deutschland zahlreiche GmbH-Beteiligungen veräußert. Bei jeder Unternehmenstransaktion stellt sich die Frage, ob das Unternehmensvermögen im Wege der Veräußerung der Geschäftsanteile (Share-Deal) oder der Einzelwirtschaftsgüter (Asset-Deal) übergeht. Im Nachfolgenden wird dargestellt, dass aufgrund steuerlicher Rahmenbedingungen der Veräußerer den Share-Deal und der Erwerber den Asset-Deal präferiert. Zwischen Erwerber und Veräußerer ergibt sich mithin ein Interessenkonflikt, der in der Praxis Einfluss auf den Kaufpreis nimmt. Durch die steuerlichen Vergünstigungen beim Asset-Deal für den Erwerber, wird dieser gewillt sein, in diesen Fällen einen höheren Kaufpreis zu entrichten. Damit steigt auch die Motivation des Veräußerers, einen Asset-Deal für sich steueroptimiert zu gestalten.

Diese Seminararbeit wird zeigen, dass bei einer geplanten Veräußerung von Unternehmensvermögen in der Rechtsform der GmbH durch einen zeitlich vorgelagerten Rechtsformwechsel in die GmbH & Co. KG mit erheblichen steuerlichen Vorteilen verbunden ist. Der Erwerb einer GmbH & Co. KG sichert dem Erwerber alle steuerlichen Vorteile eines Asset-Deals, während der Veräußerer aufgrund mehrerer steuerlicher Privilegien beim Verkauf von Kommanditanteilen eine Gesamtsteuerbelastung erreicht, die der Gesamtsteuerbelastung beim Share-Deal von GmbH-Anteilen entspricht.

Die Arbeit wird zunächst die steuerrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Grundlagen des Asset-Deal, des Share-Deals und des Formwechsels darstellen. Der Schwerpunkt der Arbeit wird – in Übereinstimmung mit dem Titel – auf den steuerlichen Implikationen liegen, die sich ausschließlich aus dem Zusammenwirken des Formwechsels mit dem späteren Veräußerungsvorgang der GmbH & Co. KG ergeben. Aus dem Zusammenwirken beider Vorgänge ergeben sich besondere Rechtsfolgen, wie insbesondere die Besteuerung fiktiver Gewinnausschüttungen, eine fünfjährige Sperrfrist bei der Gewerbesteuer und Steuerbegünstigungen bei der Grunderwerbsteuer. Die Seminararbeit geht darüber hinaus auch auf Gestaltungsmodelle ein, mit denen Verlustvorträge erhalten werden können und thematisiert, wie die Privilegien beim Verkauf von Personenunternehmen durch rückwirkende Umwandlungsvorgänge nachträglich gesichert werden können.

## 2 Steuerrechtliche und gesellschaftsrechtliche Grundlagen

### 2.1 Veräußerung von Kapitalgesellschaften

#### 2.1.1 Asset-Deal

Als Asset-Deal wird eine Transaktionsmaßnahme bezeichnet, bei der die Kapitalgesellschaft sämtliche Aktiva und Passiva (= Assets) an den Erwerber veräußert.<sup>1</sup> Zivilrechtlich nimmt dabei die Kapitalgesellschaft die Rolle des Veräußerers ein. Der Erwerber wird hierfür meist eine eigene neue Kapitalgesellschaft gründen, die als Erwerber das gesamte Vermögen der veräußernden Kapitalgesellschaft übernimmt.<sup>2</sup> Zivilrechtlich ist zu beachten, dass die Übertragung des gesamten Vermögens eines Rechtsträgers der notariellen Beurkundung bedarf, § 311b Abs. 3 BGB. Dies gilt auch für die Veräußerung durch Kapitalgesellschaften.<sup>3</sup> Aus steuerlicher Sicht ist der Asset-Deal für den Veräußerer meist nachteilig. Dies liegt darin begründet, dass sowohl die Kapitalgesellschaft mit einer Unternehmensbesteuerung von rund 30 Prozent belastet ist als auch die anschließende Gewinnausschüttung einer 25 prozentigen Kapitalertragssteuerbelastung unterliegt. Die Gesamtbelastung von rund 49 Prozent auf Seiten des Veräußerers setzt sich wie folgt zusammen:

	EUR	EUR
Veräußerungspreis Assets	100	
./. Buchwert Assets	./. 0	
<b>Steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn</b>		<b>100</b>
./.KSt (15 %)	./. 15	
./. GewSt (ca. 14 %)	./. 14	
./. SolZ (0,83 %)	./. 1	
<b>./. Gesamtsteuerbelastung KapG</b>		<b>./. 30</b>
<b>Nettogewinn = Ausschüttungsbetrag</b>		<b>70</b>
./. KapESt (25%)	./. 18	
./. SolZ (1,38 %)	./. 1	
<b>Gesamtsteuerbelastung nat. Person</b>		<b>./. 19</b>
<b>Nettogewinn</b>		<b>51</b>

<sup>1</sup> Vgl. *Gröger*, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, S. 350 Rn. 4.12; *Picot*, in: *Picot*, Unternehmenskauf und Restrukturierung, § 1 Rn. 97f.

<sup>2</sup> Vgl. *Becker/Voß*, in: Knott, Unternehmenskauf, S. 34 Rn. 118 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, § 311b Rn. 65; *Liebs*, in: *Liebs*, Der Unternehmenskauf, S. 35 Rn. 134.

Während dem Veräußerer im Rahmen des Asset-Deals eine verhältnismäßig hohe Steuerbelastung auferlegt wird, genießt der Erwerber mehrere steuerliche Vorteile:

Zum einen kann die erwerbende (Kapital-)Gesellschaft die übergehenden Wirtschaftsgüter steuerlich abschreiben.<sup>4</sup> Hierzu ist der Gesamtkaufpreis auf die erworbenen Wirtschaftsgüter zu verteilen, sodass sämtliche Assets in der Bilanz der Erwerberin mit dem Verkehrswert anzusetzen und nach § 7 Abs. 1 Satz 1 EStG über die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer abzuschreiben sind. Übersteigt der Kaufpreis den Substanzwert sämtlicher materiellen und immateriellen Wirtschaftsgüter, stellt der darüber hinausgehende Kaufpreisanteil ein Entgelt für die bestehende Unternehmensstruktur und -organisation dar und ist nach § 7 Abs. 1 Satz 3 EStG pauschal über 15 Jahre steuerlich abzuschreiben.<sup>5</sup> Sollte ausnahmsweise ein Kaufpreis entrichtet worden sein, der nachweislich auch nicht auf einen Geschäfts- oder Firmenwert entfällt, ist dieser durch den Erwerber im Erwerbszeitpunkt steuerlich als Sofortaufwand anzusetzen.<sup>6</sup> Je nach Rechtsform der Erwerberin führt dies spätestens nach Ablauf eines 15 jährigen Zeitraums zu einer gesamten Steuerreduzierung von ca. 30 Prozent (Kapitalgesellschaft) oder 50 Prozent (Personenunternehmen) des entrichteten Kaufpreises.

Darüber hinaus besteht auf Erwerberseite die Möglichkeit, sämtliche Fremdkapitalkosten die mit dem Erwerb der Einzelwirtschaftsgüter im Zusammenhang stehen, steuerlich in vollem Umfang zu berücksichtigen.<sup>7</sup> Dies liegt darin begründet, dass die voll steuerpflichtigen Unternehmensgewinne und Zinsaufwendungen in einer steuerlichen Einheit – der übernehmenden Kapitalgesellschaft – zusammenfallen. Aufgrund der vollen Steuerpflicht der Unternehmensgewinne findet § 3c EStG keine Anwendung.<sup>8</sup>

---

<sup>4</sup> Vgl. *Gröger*, in: *Hölters*, Handbuch Unternehmenskauf, S. 349 Rn. 4.8; *Liebs*, in: *Liebs*, Der Unternehmenskauf, S. 22 Rn. 84.

<sup>5</sup> Vgl. *Eckl*, in: *Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns*, Handbuch GmbH & Co. KG, S. 498 Rn. 242; *Lambrecht*, in: *Kirchhoff*, EStG Kommentar, § 7 Rn. 55.

<sup>6</sup> Vgl. *Lambrecht*, in: *Kirchhoff*, EStG Kommentar, § 7 Rn. 55, S. 35.

<sup>7</sup> Vgl. *Gröger*, in: *Hölters*, Handbuch Unternehmenskauf, S. 349 Rn. 4.9; *Liebs*, in: *Liebs*, Der Unternehmenskauf, Rn. 84 S. 22.

<sup>8</sup> Vgl. *Brinkkaus*, in: *Haritz/Menner*, Umwandlungssteuergesetz, § 3 Rn. 211.

Im Ergebnis ist der Asset-Deal aufgrund seiner umfangreichen steuerlichen Vorzüge aus Erwerbersicht stark vorzugswürdig. Für den Veräußerer ist er jedoch mit einer verhältnismäßig hohen Besteuerung verbunden.

### 2.1.2 Share-Deal

Beim sogenannten „Share-Deal“ veräußert der Verkäufer seine Unternehmensbeteiligung (Shares) an den Erwerber, der sodann als alleiniger Gesellschafter und Anteilseigner die bestehende Gesellschaft fortführt.<sup>9</sup> Ebenso wie der Asset-Deal bedarf auch der Share-Deal – sowohl der Kaufvertrag als auch die Abtretung – der notariellen Beurkundung, § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG.<sup>10</sup>

Gewinne aus dem Verkauf von GmbH-Anteilen<sup>11</sup> unterliegen beim Veräußerer dem Teileinkünfteverfahren gem. § 3 Nr. 40 lit. c EStG i. V. m. § 3c Abs. 2 EStG. Der steuerpflichtige Teil des Veräußerungsgewinns ist nach § 17 Abs. 3 EStG um einen Freibetrag in Höhe von EUR 9.060 zu mindern<sup>12</sup> und mit dem tariflichen Einkommensteuertarif des Veräußerers zu besteuern.

Der Erwerber kann hingegen keine Abschreibung geltend machen, da der Kauf von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft nicht abnutzbares Anlagevermögen darstellt. Die Anschaffungskosten wirken sich erst im Zeitpunkt der Veräußerung der Anteile steuermindernd aus.<sup>13</sup> Neben der fehlenden Abschreibungsberechtigung sind auf Erwerberseite grundsätzlich auch die Finanzierungskosten nicht steuerlich berücksichtigungsfähig und mit dem Sparerpauschbetrag nach § 20 Abs. 9 EStG abgegolten. Nur unter den antragsgebundenen Voraussetzungen

---

<sup>9</sup> Vgl. *Mueller-Thuns*, in: Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, § 1 Rn. 8; *Picot*, in: Picot, Unternehmenskauf und Restrukturierung, S. 27 Rn. 13.

<sup>10</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG Kommentar, § 15 Rn. 24, 43.

<sup>11</sup> Voraussetzung für die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens ist, dass der Veräußerer mit mindestens 1 Prozent an der Kapitalgesellschaft beteiligt war. Andernfalls handelt es sich um eine Portfoliobeteiligung, die nach § 20 Abs. 2 Nr. 1, § 32d Abs. 1 EStG mit pauschal 25 Prozent zu besteuern ist.

<sup>12</sup> Der Freibetrag vermindert sich jedoch insoweit, wie der Veräußerungspreis den Betrag von EUR 36.100,00 übersteigt, § 17 Abs. 3 Satz 2 EStG.

<sup>13</sup> Vgl. *Gröger*, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, S. 349 Rn. 4.8; *Holzapfel*, in: Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, S. 123 Rn. 237 ff.

des § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG wäre ein Werbungskostenabzug zu 60 Prozent möglich (§ 3c Abs. 2 EStG)<sup>14</sup>, jedoch im Gegensatz zum Asset-Deal nicht zu 100 Prozent.

Damit ist der Share-Deal für den Veräußerer steuerlich günstiger, für den Erwerber hingegen mit steuerlichen Restriktionen verbunden.

## **2.2 Veräußerung von Personenunternehmen**

### **2.2.1 Steuerliche Gleichbehandlung von Asset-Deal und Share-Deal**

Beim Verkauf von Kapitalgesellschaften führen der Asset-Deal und Share-Deal sowohl auf Veräußerer- als auch auf Erwerberseite in steuerlicher Hinsicht zu einer deutlichen Ungleichbehandlung. Bei der Veräußerung von Personenunternehmen – darunter fallen sowohl Personengesellschaften als auch Einzelunternehmen – treten diese gegenseitigen Interessen nicht auf, da aus steuerlicher Sicht sowohl der Asset-Deal als auch der Share-Deal für den Verkäufer eine Betriebsaufgabe nach § 16 EStG<sup>15</sup> – inklusiver aller damit verbundenen steuerlichen Privilegien – darstellen und beide Transaktionsszenarien für den Erwerber als unmittelbare bzw. mittelbare Anschaffung von Wirtschaftsgütern behandelt werden.

### **2.2.2 Steuerliche Behandlung beim Veräußerer**

Dem Veräußerer stehen grundsätzlich (a) ein Freibetrag, (b) die Fünftel-Regelung als auch (c) der sogenannte halbe Steuersatz zu.

#### **a.) Freibetrag gemäß § 16 Abs. 4 EStG**

Der Gewinn aus der Veräußerung oder Aufgabe eines Betriebes, eines zu 100 Prozent im Betriebsvermögen gehaltenen Kapitalanteils oder eines 100 prozentigen Mitunternehmeranteils ist steuerlich dadurch begünstigt, dass unter bestimmten Voraussetzungen

---

<sup>14</sup> Vgl. *Gröger*, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, S. 349 Rn. 4.10.

<sup>15</sup> Vgl. *Hannes*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, S. 715 Rn. 60 ff; *Holzappel*, in: Holzappel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, S. 121 Rn. 235; *Picot*, in: Picot, Unternehmenskauf und Recht und Praxis, S. 151 Rn. 83.

ein besonderer Freibetrag in Höhe von EUR 45.000 (§16 Abs. 4 EStG) in Anspruch genommen werden kann.<sup>16</sup>

Voraussetzung für die Gewährung des Freibetrages ist, dass der Steuerpflichtige als natürliche Person das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder er im sozialversicherungsrechtlichen Sinne dauernd berufsunfähig ist. Dieser Freibetrag ist dem Steuerpflichtigen nur einmal im Leben auf Antrag zu gewähren. Er ermäßigt sich um den Betrag, um den der Veräußerungsgewinn EUR 136.000 übersteigt.<sup>17</sup>

Schlussfolgernd kommt die Freibetragsregelung nur bei kleinen Veräußerungsgewinnen von unter EUR 181.000 zur Anwendung und führt zu einer steuerlichen Entlastung.

#### b.) Fünftel-Regelung gemäß § 34 Abs. 1 EStG

Die Fünftel-Regelung gem. § 34 Abs. 1 EStG kommt bei außerordentlichen Einkünften, zu denen gemäß § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG auch die Veräußerungsvorgänge und Betriebsaufgaben i. S. d. § 16 EStG gehören, in Betracht.<sup>18</sup>

Die anzusetzende ESt beträgt das Fünffache des Unterschiedsbetrages zwischen den Einkommensteuerbeträgen für das um 4/5 der außerordentlichen Einkünfte verminderte zu versteuernde Einkommen (verbleibendes zu versteuerndes Einkommen) und dem um den gesamten Betrag der außerordentlichen Einkünfte verminderte zu versteuernde Einkommen.

Bei einem negativ verbleibenden zu versteuernden Einkommen und einem positiven zu versteuernden Einkommen beträgt die Einkommensteuer gem. § 34 Abs. 1 Satz 3 EStG das Fünffache der auf einem Fünftel des zu versteuernden Einkommens entfallenden Einkommensteuer.<sup>19</sup> Diese Fünftel-Regelung findet keine Anwendung, wenn

---

<sup>16</sup> Vgl. *Mellinghoff*, in: Kirhhof, EStG Kommentar, § 16 Rn. 53 ff; Picot, in: *Picot*, Unternehmenskauf und Recht und Praxis, S. 153 Rn. 89.

<sup>17</sup> Vgl. *Grögers*, in: Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, S. 349 Rn. 4.6; *Hörger/Rapp*, in: Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, § 16 Rn. 247; *Kobor*, in: Hermann/Heuer/Raupach, EStG/KStG Kommentar, § 16 Anm. 708; *Reiß*, in: Kirhhof, EStG Kommentar, § 16 Rn. 274.

<sup>18</sup> Mit Ausnahme des steuerpflichtigen Teils der Veräußerungsgewinne, die nach § 3 Nr. 40b i. V. m. § 3c Abs. 2 EStG teilweise steuerbefreit sind.

<sup>19</sup> Vgl. *Hannes*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, S. 710 Rn. 49 ff; *Hörger*, in: Littmann/Bitz/Pust, § 16 Rn. 121; *Wacker*, in: Schmidt, EStG Kommentar, § 34 Rn. 56.



auf außerordentliche Einkünfte i. S. d. § 34 Abs. Nr. 1 EStG, ganz oder teilweise § 6b oder § 6c angewendet werden kann.<sup>20</sup>

### c.) Tarifbegünstigung gemäß § 34 Abs. 3 EStG

Sind in dem zu versteuernden Einkommen außerordentliche Einkünfte aus der Betriebsveräußerung oder Betriebsaufgabe i. S. d. § 16 EStG enthalten, kann die Tarifbegünstigung zu einer starken Entlastung bei der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen führen. Voraussetzung für die Gewährung der Tarifbegünstigung ist, wie bei der Freibetragsregelung gemäß § 16 Abs. 4 EStG, dass der Steuerpflichtige das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder im sozialversicherungsrechtlichen Sinn dauernd berufsunfähig ist. Ebenso wird die Begünstigung nur auf Antrag und nur einmal im Leben des Steuerpflichtigen gewährt.

Eine weitere Voraussetzung ist, dass die außerordentlichen Einkünfte einen Betrag von EUR 5 Mio. nicht übersteigen dürfen.<sup>21</sup>

Gemäß § 34 Abs. 3 EStG unterliegt der begünstigte Veräußerungsgewinn einem ermäßigten Steuersatz von 56 Prozent des durchschnittlichen Steuersatzes. Dieser Steuersatz ergäbe sich, wenn die ESt nach dem gesamten zu versteuernden Einkommen zzgl. der Einkünfte die dem Progressionsvorbehalt unterliegen, zu bemessen wäre. Der Mindeststeuersatz liegt allerdings bei 14 Prozent.<sup>22</sup>

### **2.2.3 Steuerliche Behandlung des Erwerbers**

Der Erwerb eines Personenunternehmens – gleichgültig ob in der Form eines Asset-Deals oder eines Share-Deals – wird steuerlich als Anschaffung der einzelnen Wirtschaftsgüter behandelt.<sup>23</sup> Bei einem normalen Asset-Deal ist dies logisch nachvollziehbar. Beim Erwerb der Beteiligung an einer Personengesellschaft bedarf es hierzu der unterstützenden Hilfe der

---

<sup>20</sup> Vgl. *Hannes*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, S. 711 Rn. 55, S. 720 Rn. 79.

<sup>21</sup> Vgl. *Liebs*, in: *Liebs*, Der Unternehmenskauf, S. 22 Rn. 84; *Wacker*, in: Schmidt, EStG Kommentar, § 34 Rn. 5.

<sup>22</sup> Vgl. *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, S. 41 Rn. 825; *Wacker*, in: Schmidt, EStG Kommentar, § 34 Rn. 55; *Hannes*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, S. 711 Rn. 53 f.

<sup>23</sup> Vgl. *Künstler*, in: Knott, Unternehmenskauf, S. 87 Rn. 315 ff.

Ergänzungsbilanzen, um den über das Kapitalkonto hinausgehende Kaufpreis auf die Wirtschaftsgüter und den Geschäfts- oder Firmenwert zu verteilen.<sup>24</sup>

Durch die steuerliche Behandlung beider Transaktionsvarianten als Anschaffung einzelner Wirtschaftsgüter, stehen dem Erwerber sämtliche Privilegien eines Asset-Deals zu. Insoweit wird auf Kapitel 2.1.1 verwiesen.

## **2.3 Formwechsel**

### **2.3.1 Strategische Vorüberlegungen**

Im vorangegangenen Kapitel wurde dargestellt, dass die Veräußerung von Kapitalgesellschaften stets zu unterschiedlichen Interessen auf Veräußerer- und Erwerberseite führen wird. Diese differenzierten Motivationen werden letztendlich Einfluss auf die Kaufpreisverhandlungen nehmen und zwar in der Gestalt, dass der Asset-Deal mit einem höheren Kaufpreis und der Share-Deal mit einem niedrigeren Kaufpreis verbunden sind. Es wurde ferner gezeigt, dass diese unterschiedlichen Interessen beim Verkauf von Personenunternehmen nicht auftreten, Veräußerer und Erwerber im Zusammenhang mit Personenunternehmen sogar erhebliche steuerliche Privilegien in Anspruch nehmen können. In der steuerlichen Gestaltungsberatung sollte es daher das strategische Ziel sein, den Mandanten dahingehend zu beraten, sein Unternehmen in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft vor einem geplanten Unternehmensverkauf in die Rechtsform eines Personenunternehmens umzuwandeln.

### **2.3.2 Zivilrecht**

Der Formwechsel unterscheidet sich erheblich von der Verschmelzung und der Spaltung, da bei diesen ein Vermögensübergang von einem Rechtsträger auf einen anderen stattfindet. Beim Formwechsel hingegen ist nur ein einzelner Rechtsträger beteiligt, der unter Wahrung der Identität und ohne Vermögensübergang gem. §§ 190 – 304 UmwG in einen Rechtsträger formgewandelt wird.<sup>25</sup> Zudem fordert der Gesetzgeber, dass sich beim Formwechsel grund-

---

<sup>24</sup> Vgl. *Reiß*, in: Kirchhoff, EStG Kommentar, S. 995 Rn. 243.

<sup>25</sup> Vgl. *Birkemeier*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, S. 391 Rn. 30; *Koch*, in: JuS Jens Koch, Gesellschaftsrecht, S. 447 Rn. 23; *Montag*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, S. 737 Rn. 41; *Strauch*, in: Robert

sätzlich die Beteiligungsverhältnisse nicht ändern. Schreibt das UmwG nichts anderes vor, sind die Vorschriften zur Gründung einer OHG auf den Formwechsel anzuwenden.<sup>26</sup>

### 2.3.3 Steuerrecht

Steuerrechtlich ist der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft im zweiten Teil des UmwStG in den §§ 3-9 UmwStG geregelt, sofern die sachlichen und persönlichen Anwendungsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1, Abs. 2 UmwStG für die Durchführung eines Formwechsels vorliegen. Die gewerbsteuerlichen Folgen werden von Teil fünf des UmwStG in den §§ 17-19 UmwStG normiert. Aus steuerlicher Sicht findet im Gegensatz zum Zivilrecht eine (fingierte) Vermögensübertragung statt.<sup>27</sup> Die übertragende Kapitalgesellschaft hat für steuerliche Zwecke zum Übertragungstichtag eine Schlussbilanz (§ 9 Satz 2 UmwStG) aufzustellen.<sup>28</sup> In dieser Bilanz sind gem. § 3 Abs. 1 Satz 1 UmwStG die übergegangenen Wirtschaftsgüter, einschließlich nicht entgeltlich erworbener und selbstgeschaffener immateriellen Wirtschaftsgüter, mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Sind die genannten Voraussetzungen gem. § 3 Abs. 2 Satz 1 UmwStG erfüllt, können auf Antrag die Wirtschaftsgüter mit dem Buchwert oder einem höheren Wert, höchstens jedoch bis zu den Anschaffungskosten, angesetzt werden.<sup>29</sup>

Hauptziel des UmwStG und demnach auch des Formwechsels ist die Vermeidung der Besteuerung von stillen Reserven im Rahmen einer Umwandlung. Die Umwandlung ist nur dann steuerneutral, wenn die Buchwerte fortgeführt werden können. Wählt die Kapitalgesellschaft in ihrer Schlussbilanz einen höheren Wert als den Buchwert (Zwischenwert, gemeiner Wert) ist der daraus entstehende Übertragungsgewinn voll steuerpflichtig. Dies gilt auch gem. § 18 Abs. 1 Satz 1 UmwStG für die Gewerbesteuer.<sup>30</sup>

---

Strauch, Umwandlungssteuerrecht, S. 67 Rn. 174; *Schwedhelm*, in: Schwedhelm, Die Unternehmensumwandlung, S. 266 Rn. 1200.

<sup>26</sup> Vgl. *Bayer*, in: Lutter, UmwG, § 202 Rn. 10 ff; *Meister/Klöcker*, in: Kallmeyer, § 190 UmwG Rn. 6 f; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, § 190 UmwG Rn. 5 f; *Strauch*, in: Robert Strauch, Umwandlungssteuerrecht, S. 66 Rn. 173.

<sup>27</sup> Vgl. *Montag*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, S. 738 Rn. 45.

<sup>28</sup> Vgl. *Benecke*, in: Reform des Umwandlungssteuerrechts 2007, S. 147 Rn. 1009; *Birkmeier*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, § 9 Rn. 31; *Möhlenbrock*, in: Dötsch/Platt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, § 9 UmwStG Rz. 14; *Schmitt*, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, § 9 Rz. 9.

<sup>29</sup> Vgl. *Birkmeier*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, § 9 Rn. 32; *Bohnhardt*, in: Haritz/Menner, Umwandlungssteuergesetz, § 4 Rn. 38.

<sup>30</sup> Vgl. *Stahl*, in: Carlè/Korn/Stahl/Strahl, Umwandlungen 2007, S. 43 Rz. 19.

Ein Buchwertansatz führt regelmäßig dazu, dass kein Übertragungsgewinn gem. § 3 UmwStG beim übertragenden Rechtsträger entsteht. Der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft hat gem. § 5 UmwStG zur Folge, dass die Anteile an der übertragenden Kapitalgesellschaft als in das Betriebsvermögen der übernehmenden Personengesellschaft eingelegt gelten, sofern es sich nicht um eine im Privatvermögen gehaltene Streubesitzbeteiligung handelt.<sup>31</sup> Die Finanzverwaltung vertritt die Auffassung, dass die Einlagefunktion des § 5 UmwStG auch auf die fiktive Ausschüttung der offenen Gewinnrücklagen gem. § 7 UmwStG anzuwenden ist. Die Ausschüttung ist daher im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Feststellung bei der übernehmenden Personengesellschaft zu erfassen und unterliegt bei dieser auch der Gewerbesteuer.<sup>32</sup> Unter Umständen könnte es auch bei einer Vereinigung von Forderungen und Verbindlichkeiten zu einem Übernahmefolgegewinn gem. § 6 UmwStG kommen.<sup>33</sup>

Zudem ergibt sich für den Formwechsel eine eigenständige Rückbeziehungsmöglichkeit aus § 9 Satz 2, 3 UmwStG. Hiernach hat die übertragende Kapitalgesellschaft für steuerliche Zwecke eine Übertragungsbilanz aufzustellen.<sup>34</sup> Dementsprechend hat die Personengesellschaft eine Eröffnungsbilanz aufzustellen. Beide Bilanzen sind auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Formwechsel wirksam wird. Diese Bilanzen können auch für einen Stichtag aufgestellt werden. Dieser darf höchstens acht Monate vor der Anmeldung des Formwechsels in ein öffentliches Register liegen.<sup>35</sup> Nach Auffassung der Finanzverwaltung sind das Einkommen und das Vermögen der Kapitalgesellschaft und der Personengesellschaft sowie der Gesellschafter der Personengesellschaft so zu ermitteln, als ob das Vermögen der Kapitalgesellschaft mit Ablauf des Stichtages auf die Personengesellschaft übergegangen wäre.<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Vgl. *Börst*, in: Haritz/Menner/Umwandlungssteuergesetz, S. 383 Rn. 81.

<sup>32</sup> Vgl. *Birkemeier*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, § 9 Rn. 23; *Börst*, in: Haritz/Menner, Umwandlungssteuergesetz, S. 383 Rn. 82.

<sup>33</sup> Vgl. *Schmitt*, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, § 6 Rz. 14.

<sup>34</sup> Vgl. *Dremel*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, S. 900 Rn. 7 ff; *Fuhrmann*, in: Carlè/Korn/Stahl/Strahl, Umwandlungen-Der neue Umwandlungssteuer-Erlass, S. 30 Rn. 9.

<sup>35</sup> Vgl. *Birkemeier*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, § 9 Rz. 35; *Möhlenbrock*, in: Dötsch/Platt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, § 9 Rz. 22.

<sup>36</sup> Vgl. UmStE 2011 Rn. 02.06.2011; *Fuhrmann*, in: Carlè/Korn/Strahl, Umwandlungen-Der neue Umwandlungssteuer-Erlass, S. 30 Rn. 11.

### 3 Steuerliche Implikationen der Kombination aus Formwechsel und Asset-Deal

#### 3.1 Besteuerung offener Rücklagen gem. § 7 UmwStG

Grundsätzlich sind im Anwendungsbereich des UmwStG alle Umwandlungsvorgänge steuerneutral umsetzbar, wenn die antragsgebundenen Voraussetzungen durch die beteiligten Rechtsträger erfüllt sind. Die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft ist jedoch der einzige Umwandlungsvorgang, der – trotz Vorliegen aller Voraussetzungen – dennoch zu einer Besteuerung führen kann. Dies verdeutlicht nachfolgendes Beispiel:

Der Mandant X ist zu 100 Prozent an der X GmbH beteiligt. Seine Anschaffungskosten für die GmbH-Beteiligung betragen aufgrund eines günstigen Unternehmenskaufs EUR 1. Das Stammkapital beträgt EUR 25.000 und das Eigenkapital EUR 100.000. Graphisch stellt sich die Struktur wie folgt dar:



100 % AK 1 EUR

**GmbH**

**KG**



**Formwechsel**

Aktiva		Passiva		Aktiva		Passiva	
AV 50.000 EUR	UV 50.000 EUR	SK 25.000 EUR	GV 75.000 EUR	AV 50.000 EUR	UV 50.000 EUR	KK 100.000 EUR	
<u>100.000 EUR</u>		<u>100.000 EUR</u>		<u>100.000 EUR</u>		<u>100.000 EUR</u>	

Bei vernünftiger steuerrechtlicher Betrachtung des vorgenannten Sachverhalts wird deutlich, dass dieser Umwandlungsvorgang zwangsläufig nicht steuerfrei vorgenommen werden kann. Denn der Gewinnvortrag (EUR 75.000) hätte zu Lebzeiten der GmbH kapitalertragssteuerpflichtig an den Gesellschafter ausgeschüttet werden können.<sup>37</sup> Nun steht dieser Gewinnvortrag als entnahmefähiges Kommanditkapital dem Gesellschafter zur Verfügung, ohne dass eine solche Entnahme Kapitalertragsteuer oder eine andere Art der Besteuerung auslöst.<sup>38</sup> Darüber hinaus tauscht der Gesellschafter seine GmbH-Beteiligung mit Anschaffungskosten von EUR 1 gegen eine Kommanditbeteiligung mit Anschaffungskosten EUR 25.000 zzgl. EUR 75.000 Gewinnvortrag. Insgesamt stehen dem Gesellschafter damit EUR 100.000 Kommanditkapital zu, gleichwohl seine steuerlichen Anschaffungskosten nur EUR 1 betragen haben.

Gleichwohl der Gesetzgeber dies auch über die Verpflichtung zur Bildung negativer Ergänzungsbilanzen – mit einem negativen Kapital von EUR 99.999 – oder mit einer komplizierten Nachversteuerungsregel für spätere Entnahmen hätte regeln können, hat er sich für eine

Sofortbesteuerung entschieden, die sich in ein zweigliedriges System aufteilt:

Zunächst ist der übernehmenden Personengesellschaft der Bestand des Eigenkapitals der Kapitalgesellschaft nach Abzug des Stammkapitals (§ 29 Abs. 1 KStG) und des steuerlichen Einlagenkontos (§ 27 KStG) als fiktive Gewinnausschüttung nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zuzurechnen. Dies entspricht im vorliegenden Beispiel einer fiktiven Gewinnausschüttung in Höhe von EUR 75.000. Diese sind sodann im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens zu 60 Prozent steuerpflichtig.<sup>39</sup>

Anschließend beurteilt der Gesetzgeber gem. § 4 Abs. 4 UmwStG noch die Differenz zwischen den Anschaffungskosten der GmbH-Beteiligung (EUR 1) und dem Stammkapital inkl. dem steuerlichen Einlagenkonto (EUR 25.000). Diese Differenz ist der übernehmenden

<sup>37</sup> Vgl. *Eckl*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co KG, S. 485 Rn. 194.

<sup>38</sup> Vgl. *Sagasser*, in: Sagasser/Bula/Brünger, Umwandlungen, S. 1478 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Börst*, in: Haritz/Menner, Umwandlungssteuergesetz, S. 378 Rn.54; *Pung*, in: Dötch/Jost/Pung/Witt, § 7 Anm. 24.

Personengesellschaft als Übernahmegewinn zuzurechnen und nach § 4 Abs. 6 Satz 4 UmwStG ebenfalls im Rahmen des Teileinkünftenverfahrens zu 60 Prozent steuerpflichtig.<sup>40</sup>

Im Ergebnis ist die Differenz zwischen den Anschaffungskosten (EUR 1) und dem steuerlichen Eigenkapital der GmbH (EUR 100.000) im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens bei der übernehmenden Personengesellschaft steuerpflichtig. Diese Besteuerung – nicht realisierter stiller Reserven – kann prohibitive Wirkung für eine solche Umwandlung haben.

### 3.2 Verlustvortrag

Die Verlustvorträge der übertragenden Kapitalgesellschaft können durch die übernehmende Personengesellschaft nicht genutzt werden und gehen folgerichtig unter.<sup>41</sup> Für die Körperschaftsteuer ergibt sich dies aus § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG und für die Gewerbesteuer aus § 18 Abs. 1 Satz 2 UmwStG. Diese Vorschriften können nach der hier vertretenen Auffassung jedoch nur deklaratorische Wirkung haben, da eine Nutzung von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen durch eine Mitunternehmerschaft schon alleine aus der Systematik des Gesetzes heraus nicht möglich sein kann und für gewerbesteuerliche Vorschriften bereits die allgemeinen Grundsätze zur (Mit-)Unternehmeridentität nach § 10a GewStG eine Verlustverrechnung durch die übernehmende Personengesellschaft unmöglich machen würden.<sup>42</sup>

Damit die Verlustvorträge dennoch nicht ungenutzt verfallen, ist aus strategischen Gesichtspunkten zu empfehlen, nach § 3 Abs. 2 UmwStG nicht die Buchwerte fortzuführen, sondern einen Zwischenwertansatz derart zu wählen, dass durch den damit im Zusammenhang stehenden Umwandlungsgewinn die Verlustvorträge aufgezehrt werden. Werden infolge des Zwischenwertansatzes die Wirtschaftsgüter in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft mit einem höheren Wert angesetzt, ist dieser Wert nach § 4 Abs. 1 Satz 1 UmwStG auch für die Eröffnungsbilanz der übernehmenden Personengesellschaft maßge-

---

<sup>40</sup> Vgl. *Börst*, in: Haritz/Menner, Umwandlungssteuergesetz, S. 378 Rn. 54; *Schmitt*, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, § 7 Anm. 18, 21; *Widmann*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 7 Anm. 4.

<sup>41</sup> Vgl. *Birkemeier*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, § 9 Rn. 23; *Künstler*, in: Knott, Unternehmenskauf, S. 92 Rn. 343 ff; *Strahl*, in: Carlè/Korn/Stahl/Strahl, Umwandlungen 2007, Rz. 48 S. 53.

<sup>42</sup> Vgl. *Güroff*, in: Glanegger/Güroff, GewStG Kommentar, § 10a Rn. 10.

bend und sichert damit zukünftiges Abschreibungsvolumen. Faktisch wurden die Verlustvorträge damit in Abschreibungsvolumen gewandelt. In diesem Zusammenhang ist jedoch die Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG i. V. m. § 8 Abs. 1 KStG zu beachten, sodass die Nutzung bei Verlustvorträgen über EUR 1 Mio. erschwert bzw. sogar unmöglich macht.<sup>43</sup> Außerdem wird in der Praxis häufig missachtet, dass der höhere Wertansatz in der steuerlichen Schlussbilanz auch zu einem höheren steuerlichen Eigenkapital der übertragenden Kapitalgesellschaft führt<sup>44</sup> und damit die Besteuerung nach § 7 UmwStG erhöht.<sup>45</sup>

### 3.3 Fünfjährige Sperrfrist auf Gewerbesteuerebene gem. § 18 Abs. 3 UmwStG

Veräußert eine Kapitalgesellschaft sämtliche Wirtschaftsgüter (Asset-Deal) unterliegt der Gewinn der laufenden Besteuerung<sup>46</sup> und damit auch der Gewerbesteuer. Veräußert hingegen eine Mitunternehmerschaft sämtliche Wirtschaftsgüter (Asset-Deal) unterliegt der hieraus entstehende Gewinn aufgrund des Objektcharakters der Gewerbesteuer keiner Besteuerung, soweit er auf eine natürliche Person entfällt.<sup>47</sup> Das gleiche gilt für den Verkauf eines Anteils an einer Mitunternehmerschaft (§ 7 Satz 2 GewStG).<sup>48</sup> In diesem Zusammenhang befürchteten die Gemeinde starke Steuerausfälle, wenn ein normalerweise bei Kapitalgesellschaften gewerbesteuerpflichtiger Asset-Deal durch einen vorgelagerten Formwechsel zur Gewerbesteuerfreistellung auf Ebene der übernehmenden Personengesellschaft führen würde.<sup>49</sup>

In Folge dessen setzten die Gemeindevertreter § 18 Abs. 3 UmwStG durch. Danach unterliegt sowohl der Verkauf des Betriebs oder eines Teilbetriebs der Mitunternehmerschaft (Asset-Deal) als auch der Verkauf des Mitunternehmeranteils (Share-Deal) der Gewerbesteuer, wenn der Verkauf innerhalb von fünf Jahren nach dem steuerlichen Übertragungstichtag

---

<sup>43</sup> Vgl. *Bohnhardt*, in: Haritz/Menner, Umwandlungssteuergesetz, § 4 Rn. 40; *Heinicke*, in: Schmidt, EStG Kommentar, S. 971 ff. Rz. 30 ff.

<sup>44</sup> Vgl. *Bohnhardt*, in: Haritz/Menner, Umwandlungssteuergesetz, § 4 Rn. 40.

<sup>45</sup> Vgl. Hierzu auch Kapitel 3.1.

<sup>46</sup> Vgl. *Eckl*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co KG, S. 498 Rn. 242.

<sup>47</sup> Vgl. BFH IV R 41/07 BStBl II 2010, S. 977; *Roser*, in: Lenski/Steinberg, Gewerbesteuer Kommentar, LS Lfg. März 2016, § 7 Rn. 302; *Selder*, in: Glanegger/Güroff, GewStG Kommentar, § 7 Rn. 65 S. 462.

<sup>48</sup> Vgl. *Selder*, in: Glanegger/Güroff, GewStG Kommentar, § 7 Rn. 46.

<sup>49</sup> Vgl. *Bohnhardt*, in: Haritz/Menner, Umwandlungssteuergesetz, S. 576 Rn. 130; *Schmidt*, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwStG, § 18 Rz. 7; *Trossen*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, Umwandlungssteuergesetz, S. 860 Rn. 39.



erfolgt.<sup>50</sup> Zudem ist die hieraus resultierende Gewerbesteuer nicht nach § 35 EStG anrechenbar, § 18 Abs. 3 Satz 3 UmwStG.<sup>51</sup>

§ 18 Abs. 3 UmwStG hat als *lex specialis* damit Vorrang vor den allgemeinen gewerbesteuerlichen Grundsätzen.<sup>52</sup> Dieser Norm kommt die größte Bedeutung beim Verkauf formgewechselter Kapitalgesellschaften zu und hat meist prohibitive Wirkung für den nachgelagerten Verkauf der Personengesellschaft.

### 3.4 Besonderheiten der Grunderwerbsteuer

#### 3.4.1 Allgemeines

Umwandlungsvorgänge (Verschmelzungen, Ausgliederungen sowie Auf- und Abspaltungen) sind immer mit einem Rechtsträgerwechsel der Vermögensgegenstände des übertragenden Rechtsträgers verbunden.<sup>53</sup> Verfügt der übertragende Rechtsträger auch über Grundstücke, unterliegt der Umwandlungsvorgang damit nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer. Hiervon bildet der Rechtsformwechsel eine Ausnahme. Anders als die vorgenannten Umwandlungsvorgänge erfolgt der Wandel der Rechtsform unter Wahrung der Identität und stellt damit keinen Rechtsträgerwechsel dar.<sup>54</sup> Der Formwechsel selbst ist mithin nicht grunderwerbsteuerbar.

Beim späteren Verkauf der GmbH & Co. KG ist in grunderwerbsteuerlicher Hinsicht zwischen der Übertragung der einzelnen Wirtschaftsgüter und der Übertragung der Kommanditbeteiligung zu differenzieren:

---

<sup>50</sup> Vgl. *Pung*, in: Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, § 18 Rn. 7; *Schmitt*, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwStG, § 18. Rn. 31; *Trossen*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, § 18 Rn. S. 860.

<sup>51</sup> Vgl. *Reiß*, in: Kirchhof, EStG Kommentar, § 16 Rn. 271; *Schmitt*, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, UmwStG, § 18 Rn. 32.

<sup>52</sup> Vgl. *Klingenberg*, in Blümich, § 18 UmwStG Rz. 9; *Trossen*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, Umwandlungssteuergesetz, § 18 Rz. 9; *Widmann*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 18 Rn. 5.

<sup>53</sup> Vgl. *Decher*, in: Lutter, UmwG, § 202 Rn. 10 ff; *Meister/Klöcker*, in: Kallmeyer, § 190 Rz. 6 f; *Stratz*, in: Schmitt/Hörtnagel/Stratz, §190 Rz. 5 f; *Schwedhelm*, in: Schwedhelm, Die Unternehmensumwandlung, S. 266 Rn. 1200 ff.

<sup>54</sup> Vgl. *Birkemeier*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, S. 391 Rz. 30; *Carlé D./Carlé T.* in: Carlé/Korn/ Stahl/Strahl, Umwandlung S. 69 Rn. 100; *Montag*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, S. 737 Rn. 41.

### 3.4.2 Übertragung der einzelnen Wirtschaftsgüter (Grundstücke)

Nach § 1 Abs. 1 GrEStG unterliegt die Übertragung eines Grundstücks auf einen anderen Rechtsträger der Grunderwerbsteuer. Durch den Verkauf sämtlicher Wirtschaftsgüter durch die GmbH & Co. KG auf den Erwerber gehen auch sämtliche sich im Unternehmensvermögen befindlichen Wirtschaftsgütern auf einen neuen Rechtsträger über. Damit unterliegt diese Vermögensübertragung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer.<sup>55</sup> Die Bemessungsgrundlage ist nach § 8 Abs. 1 GrEStG der Wert der Gegenleistung. Dabei ist der für den Erwerb des Gesamtunternehmens geleistete Kaufpreis auf die einzelnen Wirtschaftsgüter und damit auch auf das Grundstück aufzuteilen.<sup>56</sup> Schuldner der Grunderwerbsteuer ist der Erwerber des Grundstücks, § 13 Nr. 1 GrEStG.

### 3.4.3 Übertragung der Kommanditbeteiligung

Die Übertragung der Kommanditanteile auf einen neuen Kommanditisten führt nicht zu einem Rechtsträgerwechsel des Grundstücks.<sup>57</sup> Eigentümer des Grundstücks ist sowohl vor als auch nach der Unternehmenstransaktion die GmbH & Co. KG. Mangels Rechtsträgerwechsel scheidet die Anwendung des § 1 Abs. 1 GrEStG damit aus. Um Missbrauch und damit eine Nichtbesteuerung solcher Anteilsübertragungen zu vermeiden, hat der Steuergesetzgeber daher den § 1 Abs. 2a GrEStG eingeführt. Danach wird die Übertragung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft fingiert, wenn innerhalb von fünf Jahren 95 Prozent oder mehr auf einen oder mehrere Gesellschafter übergehen.<sup>58</sup> Diese Fiktion eines Rechtsträgerwechsels führt bei vorliegender Transaktionsstruktur damit zur Grunderwerbsteuer.

Während sich beim originären Rechtsträgerwechsel die Grunderwerbsteuer nach dem Kaufpreis bemisst (§ 1 Abs. 1 i. V. m. § 8 Abs. 2 GrEStG), ist beim fingierten Rechtsträgerwechsel der Bedarfswert maßgebend für die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage (§ 1 Abs. 2a i. V. m. § 8 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG und § 151 Abs. 1 Nr. 1 BewG i. V. m. §§ 138 ff. BewG). Der

---

<sup>55</sup> Vgl. *Lütticken*, in: Lange, Personengesellschaften im Steuerrecht, S. 1009 Rn. 5506.

<sup>56</sup> Vgl. *Gröger*, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, S. 432 Rn. 4.248; *Hoffmann*, in: Hoffmann, GrEStG Kommentar, § 8 Rn. 4, Rn. 22.

<sup>57</sup> Vgl. *Hannes*, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, S. 697 Rn. 3 f; *Schwedhelm*, in: Schwedhelm, Die Unternehmensumwandlung, S. 279 Rn. 1196.

<sup>58</sup> Vgl. *Gröger*, in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, S. 434 Rn. 4.253; *Hoffmann*, in: Hoffmann Grunderwerbsteuergesetz Kommentar; § 1 Rn. 92 ff; *Fischer*, in: Boruttau Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rn. 843 S. 324.

nach §§ 138 ff. BewG zu ermittelnde Bedarfswert ist tendenziell geringer als der Verkehrswert des Grundbesitzes, sodass der Verkauf der Kommanditbeteiligung in grunderwerbsteuerlicher Hinsicht günstiger als der Verkauf der Einzelwirtschaftsgüter ist. Schuldner der Grunderwerbsteuer ist in diesen Fällen die übertragene Kommanditgesellschaft, § 13 Nr. 6 GrEStG.

### 3.5 Asset-Deal im Rückwirkungszeitraum

In der Beratungspraxis bekannt sind Fälle, bei denen der Mandant sein Unternehmensvermögen durch die Kapitalgesellschaft bereits veräußert hat und damit eine Gesamtsteuer von rund 49 Prozent<sup>59</sup> ausgelöst hat, bevor er seine Berater konsultiert. In diesen Fällen stellt sich die Frage, ob eine rückwirkende Umwandlung zulässig ist und sich steuermindernd auswirkt. Hierzu würde die Kapitalgesellschaft, die zuvor die Wirtschaftsgüter veräußert hat, rückwirkend in eine Personengesellschaft formgewechselt werden, und zwar auf einen steuerlichen Übertragungstichtag, der vor dem Veräußerungszeitpunkt liegt.<sup>60</sup> Hätte die Kapitalgesellschaft beispielsweise die Wirtschaftsgüter im April 2017 veräußert, könnte im Mai 2017 ein rückwirkender Formwechsel mit steuerlichem Übertragungstichtag auf dem 31. Dezember 2016 vorgenommen werden. Die Rückwirkung ist gem. § 9 Satz 3 UmwStG bis zu acht Monaten rückwirkend möglich. Maßgebend für die Fristberechnung ist die Anmeldung zum Handelsregister.<sup>61</sup> Eine zivilrechtliche Rückbeziehung ist weder möglich, noch erforderlich. In Folge der Rückwirkung gelten sämtliche Handlungen der Kapitalgesellschaft im Rückwirkungszeitraum als für Rechnung der Personengesellschaft vorgenommen<sup>62</sup>, sodass auch der Gewinn aus der Veräußerung der Wirtschaftsgüter fiktiv der übernehmenden Personengesellschaft zugerechnet werden muss.<sup>63</sup> In logischer Schlussfolgerung hieraus entsteht auf Ebene der Personengesellschaft im Rückwirkungszeitraum ein Aufgabegewinn nach § 16 EStG unter Berücksichtigung sämtlicher in Kapitel 2.3.2 genannten Privilegierungen. Zu be-

---

<sup>59</sup> Vgl. hierzu Kapitel 2.1.1.

<sup>60</sup> Vgl. UmwStE 2011 Rn. 02.01; *Bennecke*, in: Reform des Umwandlungssteuerrechts, S. 148 Rn. 1012; *Börst* in: Haritz/Menner, Umwandlungssteuergesetz, S. 383 Rn. 80; *Montag*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, S. 739 Rn. 46.

<sup>61</sup> Vgl. *Bennecke*, in: Reform des Umwandlungssteuerrechts, S. 148 Rn. 1013; *Birkemeier*, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut § 9 UmwStG Rz. 35.

<sup>62</sup> Vgl. UmwStE 2011 Rn. 02.05; BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 Rz. 02.11; *Fuhrmann/Stahl*, in: Carlé/Korn/Stahl/Strahl, Umwandlungen- Der neue Umwandlungssteuer-Erlass, S. 63 Rn. 94; *Widmann*, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, S. 14, Rn. 551, S. 19 Rn. 75.

<sup>63</sup> Vgl. BMF v. 11.11.2011, BStBl. I 2011, 1314 Rz. 02.06; *Möhlenbrock*, in: Dötsch/Patt/Pung/Möhlenbrock, Umwandlungssteuerrecht, § 9 Rz. 24.

achten ist jedoch, dass hierbei die Sperrfrist des § 18 Abs. 3 UmwStG verletzt wird, mit der Folge der vollen Gewerbesteuerpflicht ohne Anrechnungsmöglichkeit nach § 35 EStG.<sup>64</sup> Die Gesamtbelastung würde sich unter Berücksichtigung des halben Steuersatzes nach § 34 Abs. 3 EStG wie folgt darstellen:

	EUR	EUR
Veräußerungspreis Assets	100	
./. Buchwert Assets	./. 0	
<b>Steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn</b>		<b>100</b>
./.KSt (42 % x 56 %)	./. 24	
./. GewSt (ca. 14 %)	./. 14	
./. SolZ (2,3 %)	./. 2	
<b>./. Gesamtsteuerbelastung KapG</b>		<b>./. 40</b>
<b>Nettogewinn</b>		<b>60</b>

Mit einer Gesamtsteuerbelastung von 40 Prozent wäre die rückwirkende Umwandlung der Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft damit geringfügig günstiger als der bloße Asset-Deal durch die Kapitalgesellschaft (49 Prozent).<sup>65</sup>

#### 4. Schlussbetrachtung

Bei der Übertragung von Kapitalgesellschaften wird der Veräußerer aus steuerlicher Sicht stets den Share-Deal bevorzugen, der Erwerber genießt jedoch ausschließlich beim Asset-Deal steuerliche Vorzüge. Entsprechend werden beide Transaktionsbeteiligten unterschiedliche Interessen verfolgen, die letztendlich eine Transaktion unmöglich machen oder zu einer Kaufpreisanpassung führen. Es wurde gezeigt, dass die Übertragung von Kommanditgesellschaften sowohl für den Veräußerer als auch für den Erwerber mit mehreren steuerlichen Privilegien verbunden ist. Anders als bei Kapitalgesellschaftsbeteiligungen haben die Beteili-

<sup>64</sup> Vgl. *Schmitt*, in: *Schmitt/Hörtnagel/Stratz*, S. 1564 Rn. 31 f.

<sup>65</sup> Vgl. hierzu Kapitel 2.1.1

gen bei der Übertragung von Personenunternehmen gleichgerichtete Interessen in der Art und der Form der Übertragung.

Zur Vorbereitung eines Unternehmensverkaufs kann die Kapitalgesellschaft daher frühzeitig in ein Personenunternehmen formgewechselt werden. In der Praxis ist dabei insbesondere § 7 UmwStG von Bedeutung, wonach das steuerliche Eigenkapital der Kapitalgesellschaft, das über die Anschaffungskosten des Gesellschafters hinausgeht (i. d. R. der Gewinnvortrag), als Gewinnausschüttung behandelt wird und damit einer Besteuerung im Rahmen des Teileinkünfteverfahrens unterliegt. Aus gewerbesteuerlicher Sicht ist zudem eine fünfjährige Sperrfrist zwischen steuerlichem Umwandlungsstichtag und späterem Verkauf zu beachten.

Für etwaige bestehende Verlustvorträge auf Ebene der übertragenden Gesellschaft wurde aufgezeigt, dass diese durch einen Zwischenwertansatz aufgezehrt und mittels Abschreibungsvolumen auf die übernehmende Personengesellschaft übertragen werden kann. Darüber hinaus wurde dargestellt, dass bei einem bereits erfolgten Asset-Deal durch eine Kapitalgesellschaft mittels rückwirkende Formwechsels auf einen steuerlichen Übertragungsstichtag vor dem Veräußerungszeitpunkt besondere steuerliche Vorteile genutzt werden können.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass der Formwechsel einer Kapitalgesellschaft zur frühzeitigen Vorbereitung eines Unternehmensverkaufs besonders attraktiv ist und grundsätzlich in solchen Fällen zu empfehlen ist, bei denen der Veräußerer in Zeitpunkt des späteren Verkaufs das 55. Lebensjahr vollendet hat.