# Beiträge für die Beratungspraxis

## GmbH-Steuerrecht kompakt

## Vorweggenommene Erbfolge oder Verkauf von GmbH-Anteilen?
Pro und Contra anhand von Fallvarianten

*von WP/StB Dr. Arnd Stollenwerk**

*Familienunternehmen – insbesondere prosperierende – sind zahlreich als GmbH organisiert. Für die Planung des Generationswechsels stehen als Gestaltungsoption zu Lebzeiten die schenkweise Übertragung der Anteile ggf. ergänzt durch die Vereinbarung wiederkehrender laufender Zahlungen einerseits und der Verkauf der Anteile andererseits zur Verfügung. Der Berater wird regelmäßig mit der Aufgabe betraut, den „besten Weg" ausfindig zu machen, womit stets auch die Suche nach der geringsten Steuerbelastung gemeint ist. Zur Erfüllung dieser Aufgabe sind für die jeweilige Option deren Vor- und Nachteile zu identifizieren und insgesamt zu vergleichen. Der folgende Beitrag versucht, für diese Beratungssituation steuerlich sowie betriebswirtschaftlich einen praktikablen Leitfaden an die Hand zu geben, der für konkrete Fälle umgesetzt werden kann.*[1]

### I. Grundsätzlich günstige Besteuerung der vorweggenommenen Erbfolge in GmbH-Anteile

#### 1. Betriebswirtschaftliches Grobkalkül für den Besteuerungsabstand

Es ist für die Beratungspraxis außerordentlich schwierig, die bei vorweggenommener Erbfolge einerseits und Verkauf andererseits realisierten Steuersituationen betriebswirtschaftlich vollständig – z. B. durch einen (genauen) Betrag für die gesamte Steuerbelastung oder die gesamte Steuerentlastung – zu vergleichen. Da diese „betriebswirtschaftliche Messung" vom Berater aber immer wieder erwartet wird, ist er darauf angewiesen, zumindest gewisse Grobkalküle anzuwenden. Von den vielen denkbaren und geeigneten soll für diesen Beitrag ein Grobkalkül herangezogen werden, welches wie nachfolgend geschildert vorgeht.

#### a) Transaktionen und ihre Steuerbelastungen/-entlastungen

**Im ersten Schritt** wird die durch die aktuelle Transaktion (vorweggenommene Erbfolge oder Verkauf) ausgelöste Erbschaft- sowie Einkommensteuer[2] erfasst. Dabei soll folgender Standard gelten: Die persönlichen erbschaft- bzw. schenkungsteuerlichen Freibeträge[3] sind gerade verbraucht, Steuerklasse I[4] ist anzuwenden, einkommensteuerlich haben alle Beteiligten im Jahr der Transaktion ohne diese ein zu versteuerndes Einkommen von 50 T€, worauf der Grundtarif anzuwenden ist. Im Jahr nach der Transaktion mindert sich das zu versteuernde Einkommen bei der weichenden Generation um 50 T€, während es bei der übernehmenden Generation um genau diesen Betrag steigt. Finanzierungsüberlegungen sind nicht anzustellen.

**Im zweiten Schritt** werden die durch die Transaktion verursachten „latenten" Steuerbelastungen bzw. „latenten" Steuerentlastungen in der Erbschaftsteuer sowie in der Einkommensteuer berücksichtigt.

#### b) Entstehung der latenten Steuern

**Latente Erbschaftsteuer** entsteht grundsätzlich nach einem Verkauf, weil auf Erblasserseite die GmbH-Anteile durch den Liquiditätszufluss (ggf. ein Verkäuferdarlehen) ersetzt werden. Dabei soll gelten, dass zehn Jahre später an den Käufer Finanzvermögen des steuerlichen Privatvermögens vererbt wird. Die Abzinsung der Erbschaftsteuer in 10 Jahren erfolgt über den Faktor 0,5854[5].

**Latente Einkommensteuer** entsteht grundsätzlich nach einer vorweggenommenen Erbfolge, weil die stillen Reserven in den GmbH-Anteilen auf den Übernehmer übergehen. Dabei soll gelten, dass diese stillen Reserven in 10 Jahren realisiert werden. Die Abzinsung der Einkommensteuer in 10 Jahren erfolgt wiederum über den Faktor 0,5854.

Alternativ ist eine latente Einkommensteuerentlastung für den Verkaufsfall zu berücksichtigen. Denn in diesem Fall gehen keine stillen Reserven in den Anteilswerten über, sondern der Erwerber hat gerade den Vorteil, dass die steuerlichen Anteilswerte auf den Verkehrswert geklettert sind. Dabei soll gelten, dass in 10 Jahren diese stillen Reserven – weiteres Wertwachstum in den Anteilen unterstellt – eben nicht mehr zu versteuern sind. Die

---

* Der Autor ist in eigener Praxis als Steuerberater und Wirtschaftsprüfer in Köln tätig, *www.dr-stollenwerk.de*.

1 Zivilrechtliche Aspekte der testamentarischen Regelung zur Übertragung von GmbH-Anteilen haben z. B. *Mohr*, GmbH-StB 2004, 374; *Mohr*, GmbH-StB 2005, 23 und *Langner*, GmbHR 2005, 377 dargestellt.

2 Jeweils unter Berücksichtigung des Solidaritätszuschlags i. H. v. 5,5 % gemäß § 4 SolZG.

3 Vgl. § 16 ErbStG.

4 Vgl. § 15 ErbStG.

5 Vgl. Wirtschaftsprüfer-Handbuch 2000, Anh. 1 Tz. 36, „Spitzer II"; bei einem Zinsfuß von 5,5 %.

Abzinsung dieser Einkommensteuerentlastung erfolgt wiederum über den Faktor 0,5854.

### c) Belastungsvergleich

Das Grobkalkül endet mit einem Vergleich der Steuerbelastung für die Fälle vorweggenommener Erbfolge und Verkauf. Es ist darauf zu achten, dass die latente Einkommensteuerbelastung bei vorweggenommener Erbfolge und die latente Einkommensteuerentlastung bei Verkauf nicht kumuliert, sondern alternativ in den Vergleich eingehen[6]. Der Unterschied der beiden Steuerbelastungsrechnungen wird in diesem Beitrag der Einfachheit halber als „Besteuerungsabstand" bezeichnet.

## 2. Schenkung von Anteilen im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge

**Keine Einkommensteuer:** Die Schenkung von GmbH-Anteilen löst unabhängig davon, ob es sich um Vorwegnahme der Erbfolge handelt, keine Einkommensteuer aus[7]. Der Beschenkte führt die steuerlichen Anschaffungskosten des Schenkers fort mit der Folge, dass stille Reserven übertragen werden[8]. Korrespondierend mit den stillen Reserven geht auf den Beschenkten eine latente Einkommensteuerbelastung über.

**Erbschaftsteuer mit Privilegien:** Die Schenkung ist als freigiebige Zuwendung aber schenkungsteuerpflichtig (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Die Bewertung der GmbH-Anteile erfolgt grundsätzlich anhand des sog. *Stuttgarter Verfahrens*[9], wodurch regelmäßig eine Bewertung unterhalb des Verkehrswertes der Anteile zum Zuge kommt[10]. Darüber hinaus genießen GmbH-Anteile die Privilegien aus § 13a ErbStG, wonach ein zusätzlicher Freibetrag von zurzeit 225 000 € sowie vom verbleibenden Schenkungswert zurzeit 35 % abgezogen werden dürfen. Der Genuss dieser Privilegien steht aber unter einer Reihe von Bedingungen, welche folgend zusammengefasst werden:

- Der Schenker muss unmittelbar und über 25 % hinaus an der GmbH beteiligt sein.
- Der Schenker gibt die Erklärung gem. § 13a Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ab, so dass der Verbrauch des 225.000 € Freibetrages unwiderruflich ist.
- Der Beschenkte behält die Anteile innerhalb der nächsten fünf Jahre vollständig, wobei schon die entgeltliche Veräußerung von irgendeinem Bruchteil des GmbH-Anteils[11] schädlich ist.

**Beachten Sie:** Eine schädliche Veräußerung hat rückwirkend den Verlust der Schenkungsprivilegien zur Folge. Ob durch eine Veräußerung die fünfjährige Behaltefrist verletzt ist, muss taggenau berechnet werden[12].

## 3. Verkauf von Anteilen

**Schenkungsteuer:** Der vollentgeltliche Verkauf von GmbH-Anteilen löst im Gegensatz zur teilentgeltlichen Übertragung[13] keine Schenkungsteuer aus. Beim Veräußerer vollzieht sich lediglich eine Vermögensumschichtung. Da er sich gerade nicht entreichert, verbleibt ein latenter Erbschaftsteuerfall. Dieser ist aller Voraussicht nach teurer als die durch den Verkauf vermiedene Schenkungsteuer, da nach der Vermögensumschichtung die Anwendungsvoraussetzungen für die Privilegien aus § 13a ErbStG regelmäßig[14] nicht mehr vorliegen.

**Einkommensteuer:** Der Verkauf der Anteile löst die einschlägigen Steuerfolgen aus (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 4, § 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c, 3c Abs. 2 EStG)[15]. Es ist das Halbeinkünfteverfahren für die Ermittlung des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns bzw. -verlustes anzuwenden[16]. Tariflich gibt es altersabhängig den persönlichen 45.000 € Freibetrag, welcher aber recht schnell auf 0 € abgeschmolzen wird[17].

Der Erwerber hat den einkommensteuerlichen Vorteil, dass er keine unversteuerten stillen Reserven übernimmt. Wird der angemessene Kaufpreis über ein Verkäuferdarlehen gestundet, so steht dem steuerlichen Vorteil auch kein (ggf. sehr beachtlicher) Liquiditätsnachteil gegenüber. Bei der späteren Weiterveräußerung hat der Erwerber nur die Einkommensteuer auf den zukünftigen Wertanstieg zu tragen[18].

## 4. Zusätzliche Vorteile bei Vereinbarung einer dauernden Last bei der vorweggenommenen Erbfolge

Die unentgeltliche Anteilsübertragung[19] kann kombiniert werden mit der Vereinbarung

---

6 In diesem Beitrag erfolgt die rechnerische Erfassung der latenten Einkommensteuerbelastung.

7 Vgl. *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 24. Aufl. 2005, § 17 EStG Rz 100. Dies kann bei „grenzüberschreitenden" Fällen des § 6 Abs. 3 Nr. 1 AStG anders sein, s.a. *Neu*, GmbH-StB 2005, 267.

8 Vgl. § 17 Abs. 2 S. 3 EStG.

9 Vgl. §§ 12 Abs. 1, 2 ErbStG, 11 Abs. 2 BewG; mögliche Abweichungen des vorgenannten Wertes zum Verkehrswert seien hier unbeachtlich.

10 Hinsichtlich der Grundregeln für die Unternehmensbewertung vgl. *Schiffers*, GmbH-StB 2005, 300 und IDW-Standards ES 1 n. F.

11 Zu beachten ist § 17 Abs. 1 GmbHG, wonach die Veräußerung von Teilen eines Geschäftsanteils nur mit Genehmigung der Gesellschaft stattfinden kann.

12 Vgl. *Schiffers*, GmbH-StB 2003, 71 (73).

13 Vgl. *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 24. Aufl. 2005, § 17 EStG Rz. 105.

14 § 13a Abs. ErbStG begünstigt nicht das im Privatvermögen gehaltene Finanzvermögen.

15 Die Freibetragsregelung des § 16 Abs. 1 Nr. 1 EStG greift nur bei 100 %-igen Beteiligungen.

16 Vgl. § 3 Nr. 40 S. 1 Buchst. b bzw. c EStG. Durch das Steuersenkungsgesetz ist das Halbeinkünfteverfahren auch auf sog. *einbringungsgeborene Anteile* anwendbar; vgl. *Kohlhaas*, GmbHR 2002, 961.

17 Vgl. BMF v. 3.8.2004 – IV A6 - 2244 - 16/04, BStBl. I 2004, 1187. Die Alternative der vollentgeltlichen Veräußerung (wie unter fremden Dritten) bei a) gleichzeitiger Vereinbarung von Ratenzahlungen oder b) Leibrenten und Berücksichtigung des Wahlrechts zwischen Sofortbesteuerung bzw. Versteuerung im Zeitpunkt des Zuflusses der Raten- bzw. Rentenzahlungen wird nicht erörtert, da in diesem Beitrag keine Finanzierungsüberlegungen einbezogen werden. Siehe auch I. 1. a).

18 Gem. § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG gilt bei unter das Halbeinkünfteverfahren fallenden Erträgen die Tarifermäßigung nicht.

19 Zu der Frage der Abgrenzung von Versorgungsleistungen (= Unentgeltlichkeit) zum Anschaffungsgeschäft vgl. z. B. BMF v. 16.9.2004 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 922.

- einer dauernden Last (abänderbare wiederkehrende Leistung für die Anteile) bzw.
- einer Rente (nicht abänderbare wiederkehrende Leistung für die Anteile)[20].

**Schenkungsteuerlich** bleibt es bei einer freigiebigen Zuwendung, wobei der steuerliche Schenkungswert *nicht* durch den Barwert der dauernden Last oder der Rente gemindert wird[21]. Es kommt nicht zur Vermögensumschichtung, weshalb latente Erbschaftsteuer gerade nicht entsteht.

**Einkommensteuerlich** bleibt es – was die Ansehung der Anteilsübertragung angeht – bei dem was oben unter I. 2. zur Schenkung ausgeführt wurde. Für die Zahlung der dauernden Last bzw. der Rente werden – (nahezu) unabhängig von der steuerlichen Unentgeltlichkeit der Anteilsübertragung – einkommensteuerliche Folgen gezogen. Der Zahlungsempfänger hat in vollem Umfang (dauernde Last) oder auf den Ertragsanteil reduziert (Rente) steuerpflichtige Einkünfte. Der Zahlende, also der Anteilserwerber aus der übernehmenden Generation, darf korrespondierend[22] Sonderausgaben abziehen. **Beachten Sie:** Obwohl GmbH-Anteile erworben wurden, für die das Halbeinkünfteverfahren gilt, wirkt sich das Halbeinkünfteverfahren nicht auf den vollen Sonderausgabenabzug der dauernden Last aus. Dies ergibt sich u. a. aus § 3c Abs. 2 EStG, wonach sich das Halbeinkünfteverfahren nur bei Anschaffungskosten, Dividenden, Werbungskosten, Veräußerungspreisen, Veräußerungskosten, Betriebsausgaben, Betriebsvermögensminderungen etc., nicht aber bei den Sonderausgaben auswirkt. Denn Sonderausgaben sind gerade steuerliche Abzugsbeträge, welche weder Betriebsausgaben noch Werbungskosten sind.

**Folgen bei „existenzsichernder Wirtschaftseinheit":** Die dauernde Last bzw. Rente ist aber nur dann einkommensteuerlich zu erfassen, wenn die übertragenen GmbH-Anteile eine existenzsichernde Wirtschaftseinheit darstellen[23], d. h. die Nettoerträge der GmbH-Beteiligung können die dauernde Last bzw. Rente vollständig finanzieren. Für eine prosperierende Familien-GmbH ist diese Bedingung unproblematisch erfüllt. Fraglich war bis vor kurzem, ob und wie ertragschwache bzw. ertraglose GmbH-Beteiligungen diese Bedingung erfüllen können[24].

**Beraterhinweis:** BFH[25] und BMF[26] stellen zur Beantwortung dieser Frage für betroffene GmbH sehr günstige Regeln auf. Es ist nicht allein auf Dividenden der GmbH abzustellen, sondern auf den von der GmbH erzielbaren Nettoertrag. Dazu ist der Jahresüberschuss der GmbH sogar um Tätigkeitsvergütungen – i. d. R. also um das Gehalt für den Gesellschaftergeschäftsführer – sowie außerordentliche Ergebniseinflüsse zu korrigieren. ◁

### 5. „Besteuerungsabstand" zwischen vorweggenommener Erbfolge und Verkauf – Anwendung eines Grobkalküls

Der durch die Anwendung eines Grobkalküls für den Vergleich von Schenkung und Verkauf „zu messende" Abstand für die ausgelöste Steuerbelastung hängt in der Praxis von der konkreten Fallgestaltung ab. Folgend wird stellvertretend das oben begonnene Standardbeispiel konkretisiert und bei der Erörterung spezifischer Situationen im Teil II variiert fortgeführt.

**Beispiel** (Standardbeispiel)

Vater (V) überträgt GmbH-Anteile (100 %), die sein gesamtes nennenswertes Vermögen darstellen, auf seine Tochter (T). Die Anteile haben einen Wert von 4 Mio. €, was hier entgegen der Realität aus Vereinfachungsgründen auch dem Wert nach dem Stuttgarter Verfahren entsprechen soll. Die Anschaffungskosten beliefen sich vor 20 Jahren auf umgerechnet 25 T€.

Bei der schenkweisen Übertragung wird T in 10 Jahren durch entgeltliche Veräußerung an Dritte den Beteiligungswert realisieren. Bei einem vollentgeltlichen Verkauf von V an T wird V den Kaufpreis als Verkäuferdarlehen stunden. In diesem Fall wird T in 10 Jahren den Beteiligungswert in Geldvermögen umschichten.

#### a) Variante 1 (Schenkung)

Im Standardbeispiel schenkt V die GmbH-Anteile der T. Es wird aktuell Schenkungsteuer, aber keine Einkommensteuer ausgelöst. Demgegenüber ist keine latente Schenkungsteuer, aber latente Einkommensteuer zu berücksichtigen. Es ergibt sich folgende Berechnung:

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 466 203 |
| latent: | |
| ESt | 515 532 |
| ErbSt | 0 |
| gesamt | 981 735 |

#### b) Variante 2 (dauernde Last)

Im Standardbeispiel vereinbaren V und T i.R.d. vorweggenommenen Erbfolge eine monatlich zu zahlende dauernde Last von 5 000 € im Hinblick auf die Ertragskraft der GmbH. Der Erbfall tritt in 10 Jahren ein.

Für die aktuelle sowie latente Steuerbelastung gilt das Gleiche wie in Variante 1. Darüber hinaus ist aber noch

---

20 Zur Unterscheidung der Leibrente von der dauernden Last: *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 24. Aufl. 2005, § 22 Rz. 25 ff. sowie BMF v. 16.9.2004 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 922 – Tz. 47 f.

21 Die auf den Kapitalwert der Versorgungslast entfallende ErbSt ist zu stunden. Sie kann mit dem Barwert gem. § 12 Abs. 3 BewG abgelöst werden, vgl. § 25 Abs. 1 ErbStG.

22 Vgl. §§ 10 Abs. 1 Nr. 1a und 22 Nr. 1 Satz 1 EStG sowie BMF v. 16.9.2004 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 922 – Tz. 46.

23 Vgl. BMF v. 16.9.2004 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 922 Rz. 6 ff.

24 Vgl. dazu z. B. *Stollenwerk*, GmbH-StB 1998, 42 ff.

25 Vgl. BFH v. 12.5.2003 – GrS 1/00, BStBl. II 2004, 95; v. 12.5.2003 – GrS 2/00 BStBl. II 2004, 100.

26 Vgl. BMF v. 16.9.2004 – IV C 3 - S 2255 - 354/04, BStBl. I 2004, 922.

latent eine jährliche Steuerentlastung für den Effekt der dauernden Last zu berücksichtigen. Dies geschieht in der Weise, dass die jährliche Steuerbelastung (V) und Steuerentlastung (T) saldiert und bezogen auf eine 10-malige Wiederholung ein Barwert ermittelt wird.[27] Es ergibt sich dann folgendes Bild[28]:

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 429 340 |
| latent: | |
| ESt (Anteile) | 515 532 |
| ErbSt[29] | 0 |
| ESt (dauernde Last); rd. | ./. 93 000 |
| gesamt | 851 872 |

c) Variante 3 (Verkauf)

Im Standardbeispiel kauft T von V die GmbH-Beteiligung zum Verkehrswert von 4 Mio. €. Der Kaufpreis wird als Verkäuferdarlehen gestundet. In 10 Jahren verkauft T ihrerseits die Beteiligung und erzielt zumindest den an V gezahlten Kaufpreis.

Aktuell wird Einkommensteuer, aber keine Schenkungsteuer ausgelöst. Latent entsteht zwar keine Einkommensteuer, aber Erbschaftsteuer. Es ergibt sich folgende Berechnung im Beispiel:

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | 880 650 |
| ErbSt | 0 |
| latent: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 444 904 |
| gesamt | 1 325 554 |

d) Belastungsvergleich der Varianten 1–3

Aus dem Vergleich der drei hier betrachteten grundsätzlichen Optionen ergibt sich eine offensichtliche Reihenfolge für die Vorziehenswürdigkeit:

- am günstigsten: dauernde Last
- weniger günstig: reine Schenkung
- deutlich am ungünstigsten: Verkauf

Dabei ist es interessant festzustellen, dass die Berücksichtigung der latenten Steuern sowohl die Reihenfolge beeinflusst als auch den Besteuerungsabstand zwischen den Optionen. Der Abstand zwischen Schenkung und Verkauf nimmt ab, weil (im Beispiel) die latente Einkommensteuerbelastung (Schenkung) größer ist als die latente Erbschaftsteuerbelastung (Verkauf). Dies dürfte ein zu generalisierender Effekt sein.

Grundsätzlich aber geht der Vergleich zu Ungunsten der Alternative Verkauf aus. Folgend werden daher spezifische Fallkonstellationen betrachtet, die für den Verkauf möglicherweise zu besseren Ergebnissen führen.

## II. Verkauf von GmbH-Anteilen in spezifischen Situationen

### 1. Wertvariationen

Das Standardbeispiel geht von einer prosperierenden GmbH mit sehr hohen unversteuerten stillen Reserven aus, die wohl in einer besonders erfolgreichen Unternehmergeneration entstanden sind. Was sich aber für kleinere Wertverhältnisse ergibt, zeigen die folgenden Varianten. Dabei wird zunächst – c.p. – der Verkehrswert der GmbH-Anteile auf 10 % des Standards = 400 000 € und folgend auf 1 % = 40 000 € deutlich reduziert.

a) Variante 4 (Verkehrswert = 400 000 €)

| | Schenkung | Verkauf |
|---|---|---|
| | € | € |
| aktuell: | | |
| ESt | 0 | 83 070 |
| ErbSt | 12 507 | 0 |
| latent: | | |
| ESt | 48 629 | 0 |
| ErbSt | 0 | 35 124 |
| gesamt | 61 136 | 118 194 |

b) Variante 5 (Verkehrswert = 40 000 €)

| | Schenkung | Verkauf |
|---|---|---|
| | € | € |
| aktuell: | | |
| ESt | 0 | 0 |
| ErbSt | 0 | 0 |
| latent: | | |
| ESt | 7 126 | 0 |
| ErbSt | 0 | 1 639 |
| gesamt | 7 126 | 1 639 |

Aus den Beispielen erkennt man, dass auch bei „mittleren Werten" die Schenkung vorziehenswürdig bleibt. Bei „kleinen Werten" sich die Rangfolge für die Vorziehungswürdigkeit aber umkehrt, weil dann zwar in kei-

27 Bei der Ermittlung wird unterstellt, dass V ohne Einkünfte aus der dauernden Last ein zu versteuerndes Einkommen i. H. v. € 0 hat, bei T sind dies ohne die dauernde Last als Sonderausgaben T€ 200. Die dauernde Last soll voraussichtlich 10 Jahre laufen und beträgt mtl. T€ 5.

28 Für die Ermittlung der aktuellen Schenkungsteuer gilt: Es wurde rechnerisch die Minderung der Schenkungsteuer durch den Abzug des Barwertes der dauernden Last erfasst, wobei in Übereinstimmung mit allen anderen Varianten von einer 10-jährigen Laufzeit ausgegangen wurde.

29 Vgl. § 25 Abs. 1 ErbStG; Vorteil aus der Stundung der ErbSt.

nem Fall aktuell eine Steuerbelastung eintritt, die latente Erbschaftsteuer (= Verkauf) aber kleiner ist als die latente Einkommensteuer (= Schenkung).

### 2. Verlustvortrag bei der weichenden Generation

Ein bestehender einkommensteuerlicher Verlustvortrag bei der weichenden Generation ist zumindest aus drei Gründen Anlass, über den Vorteil eines Verkaufs nachzudenken.

#### a) Ändert sich die Rangfolge der Vorziehenswürdigkeit?

Zunächst ist zu überlegen, ob sich im allgemeinen Grobkalkül die Rangfolge der Vorziehenswürdigkeit ändert. Dies ist regelmäßig zu erwarten, weil der aktuellen Schenkungsteuer (vorweggenommene Erbfolge) keine aktuelle Einkommensteuer (Verkauf) gegenübersteht[30]. Und zudem dürfte die latente Einkommensteuer (Vorwegnahme der Erbfolge) größer sein als die latente Erbschaftsteuer (Verkauf).

#### b) Kann der Verlustvortrag auch tatsächlich genutzt werden?

Daneben ist zu prüfen, wie sichergestellt werden kann, dass der Verlustvortrag auch genutzt wird. Größere Verlustvorträge, die im Zentrum dieser Überlegungen stehen, kann die weichende Generation oft nicht mehr verbrauchen, nachdem sie die entscheidende Einkunftsquelle übertragen hat. Der nicht ausgeschöpfte Verlustvortrag soll in diesen Fällen planmäßig auf die Erben in der nachrückenden Generation übergehen und damit idealerweise auf den neuen Inhaber der GmbH-Anteile. Die Vererblichkeit des Verlustvortrags kann zurzeit aber nicht mehr rechtssicher eingeplant werden. Denn von der gefestigten Rechtsprechung zugunsten der Vererblichkeit des Verlustvortrags[31] will der XI. Senat im BFH abrücken[32], weshalb die Entscheidung des Großen Senats abgewartet werden muss, bis in dieser Sachfrage wieder Planungssicherheit eintritt[33]. Aufgabe der Steuerplanung wird es bis dahin sein, das Risiko des Untergangs eines ungenutzten Verlustvortrags zu verhindern, denn der Eintritt dieses Risikos geht mit der Vernichtung einer Vermögensposition einher. Und diese Aufgabe kann oft nur durch den Verkauf der GmbH-Anteile erfüllt werden.

#### c) Kommt der Verlustvortrag auch da an, wo er gebraucht wird?

Als Drittes ist zu überlegen, ob bei unterstellter Vererblichkeit des Verlustvortrags auch sichergestellt wird, dass bei der nachrückenden Generation der Verlustvortrag dort ankommt, wo er gebraucht werden kann. Dabei ist folgende Konstellation in den Blickpunkt zu rücken:

**Keine testamentarische Verfügbarkeit:** Bei der übertragenden Generation liegt Personenidentität zwischen stillen Reserven in den Anteilen und Verwertungsrecht für den Verlustvortrag vor. Nach Anteilsübertragung i.R.d. vorweggenommenen Erbfolge sollte diese Personenidentität spätestens wieder gegeben sein, nachdem der Erbfall eingetreten ist. Für diese wünschenswerte Konstellation gibt es aber keine Automatik. Denn selbst, wenn man auch zukünftig die Vererblichkeit des Verlustvortrages unterstellt, kann die weichende Generation nicht frei testamentarisch bestimmen, wer den Verlustvortrag fortführt. Denn der Verlustvortrag muss zwangsweise auf den Erben allein oder bei einer Mehrheit von Erben auf diese quotal übertragen werden. Dabei ersetzen die testamentarisch eingesetzten Erben die gesetzlichen[34].

**Keine Verfügbarkeit i.R. eines Vermächtnisses:** Der Erblasser kann daher über seinen Verlustvortrag nicht im Wege des Vermächtnisses verfügen. Diese Rechtslage führt aber gerade bei mehreren potenziellen Erben (Ehefrau, mehrere Kinder) regelmäßig in einer Unternehmerfamilie zu einer besonderen Konfliktlage. Denn damit die soeben erwähnte wünschenswerte Konstellation von Personenidentität bei stillen Reserven und Verwertungsrecht für den Verlustvortrag eintritt, muss gerade das als Unternehmensnachfolger ausgewählte und mit dem Unternehmen beschenkte Kind obendrein testamentarisch als Alleinerbe eingesetzt werden. Dies aber ist in vielen Familien faktisch nicht unter Wahrung des Familienfriedens durchsetzbar. Und in der Regel auch nicht mit dem Hinweis, dass die übrigen potenziellen Erben über Vermächtnisse testamentarisch so ausgestattet werden können, wie es ihnen in der Erbenstellung zusteht.

Das folgende Grobkalkül rechnet den Vergleich vorweggenommene Erbfolge einerseits und Verkauf andererseits für das oben eingeführte Standardbeispiel durch. Die Auswirkungen der Mindestbesteuerung gem. § 10d Abs. 1 und 2 EStG werden in Beispiel gerade nicht berücksichtigt, weil die Prämisse Splittingtarif eingeführt wird[35].

**Variante 6** (Verlustvortrag und Schenkung)

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 466 203 |
| latent: | |
| ESt | 515 532 |
| ErbSt | 0 |
| gesamt | 981 735 |

30 Es wird bei der Überlegung unterstellt, dass der Verlustvortrag insgesamt ausreicht, um den Veräußerungsgewinn steuerfrei zu stellen. Im Einzelfall ist genau zu prüfen, welche Auswirkungen sich aus der Mindestbesteuerung gem. § 10d Abs. 1, 2 EStG ergeben.

31 Den Verlustübergang bejaht auch BFH v. 22.10.2003 – I R 1/03, BFH/NV 2004, 268.

32 Vgl. Divergenzanfrage an den Großen Senat: BFH v. 28.7.2004 – XI R 54/99, BStBl. II 2005, 262.

33 Vgl. *Crezelius*, ZEV 2004, 45.

34 Vgl. *Kaminski* in Korn, EStG, Stand August 2005, § 10d EStG, Rz. 7.6 f.

35 Verluste können gemäß § 10d EStG ab VZ 2004 wieder innerhalb eines Veranlagungszeitraum uneingeschränkt zwischen den Ehegatten und den verschiedenen Einkunftsarten ausgeglichen werden; vgl. Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz (ProtErklG) vom 22.12.2003.

**Variante 7** (Verlustvortrag und Verkauf)

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 0 |
| latent: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 444 904 |
| gesamt | 444 904 |

Die Varianten zeigen, dass sich die Rangfolge der Vorziehenswürdigkeit umkehrt und ein respektabler Besteuerungsabstand zugunsten eines Verkaufs festzustellen ist.

### 3. Wertminderung in den GmbH-Anteilen

Ist in den GmbH-Anteilen eine nachweisliche Wertminderung gegenüber den Anschaffungskosten zu beobachten, stellt sich natürlich die Frage, ob man und bejahendenfalls wer den steuerlichen Verlust realisieren soll.

In der hier betrachteten Beratungssituation bietet sich die Verlustrealisation bei der weichenden Generation an, so dass ein Anteilsverkauf anstelle einer Schenkung zu favorisieren ist. Dies gilt insbesondere, wenn das GmbH-Unternehmen langfristig von der Familie fortgeführt werden soll, weil sich dann nicht mehr so rasch überhaupt eine Gelegenheit zur steuerlichen Verlustrealisation bietet. Ist demgegenüber aber eine kurzfristige Trennung vom Unternehmen geplant, so bleibt auch eine vorweggenommene Erbfolge attraktiv. Es stellt sich dann die Aufgabe zu prognostizieren, ob die Steuerentlastung aus der Verlustrealisation bei der weichenden oder bei der nachrückenden Generation größer ist.

Der Veranschaulichkeit halber wird das Standardbeispiel fortgeführt mit der Ergänzung, dass die seinerzeitigen Anschaffungskosten 2,0 Mio. € betrugen und sich der aktuell zutreffende gemeine Wert (Stuttgarter Verfahren) sowie marktgerechte Kaufpreis auf 500 T€ beziffert.

**Variante 8** (Wertminderung und Schenkung)

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 19 657 |
| latent: | |
| ESt | ./. 194 543 |
| ErbSt | 0 |
| gesamt | ./. 174 886 |

**Variante 9** (Wertminderung und Verkauf)

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | ./. 332 325 |
| ErbSt | 0 |
| latent: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 43 905 |
| gesamt | ./. 288 420 |

Die Varianten zeigen, dass sich die Rangfolge der Vorziehenswürdigkeit zugunsten eines Verkaufs umkehrt, weil eine aktuelle Einkommensteuerentlastung regelmäßig mehr wiegt als eine latente.

### 4. GmbH-Anteile über eine Holding

Wenn die GmbH-Anteile von einer Holding (GmbH) gehalten werden, dann liegt das Ergebnis für den Vergleich zwischen vorweggenommener Erbfolge und Verkauf nicht gleich auf der Hand. Daher lohnt ein Blick sowohl auf den Fall „GmbH-Anteile werden aus der Holding heraus übertragen" als auch auf die Konstellation, dass die Holding-Anteile selbst übertragen werden.

#### a) Übertragung der GmbH-Anteile durch die Holding selbst

Der Verkauf der GmbH-Anteile durch die Holding ist bei dieser zu 95 % körperschaftsteuer-[36] und gewerbesteuerfrei[37]. Damit wird aktuell nicht nur die Schenkungsteuer ganz, sondern auch die Ertragssteuerbelastung fast ganz vermieden. Jedoch sind nun jeweils latente Erbschaftsteuer und Einkommensteuer zu bedenken.

Die latente Einkommensteuer wird erst realisiert, wenn die ursprüngliche Holding-GmbH – die nunmehr annahmegemäß Finanzkapital verwaltet – ihren Veräußerungsgewinn als Dividende ausschüttet. Um die Darstellung des Grobkalküls nicht zu verkomplizieren, wird in Anlehnung an die bisherigen Beispiele davon ausgegangen, dass in 10 Jahren der Erbfall eintritt und die bezeichnete Dividende erst unmittelbar danach, also an die Erben, ausgeschüttet wird. Es ist dann folgendes Ergebnis zu verzeichnen:

**Variante 10** (Verkauf durch Holding)

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| KSt/GewSt[38] | 76 804 |
| ErbSt | 0 |
| latent: | |
| ESt | 515 532 |
| ErbSt | 272 915 |
| gesamt | 865 251 |

Eine Schenkung der GmbH-Anteile durch die Holding wird nach herrschender Meinung[39] und aktueller Rechtsprechung des FG Nürnberg[40] als vGA an den Holding-Gesellschafter und freigiebige Zuwendung durch diesen an die nachrückende Generation qualifiziert (steuerliche Unterstellung des abgekürzten Zahlungswegs). Aktuell entsteht daher neben der Schenkungsteuer auch Einkom-

36 Vgl. § 8b Abs. 2 KStG.
37 Vgl. § 7 S. 4 GewStG.
38 Bei einem Gewerbesteuer-Hebesatz i. H. v. 400 %.
39 Vgl. *Neumann*, GmbH-Handbuch, Rz. III 4170 f. (August 2005).
40 Vgl. FG Nürnberg v. 18.11.2004 – IV 284/2003, DStRE 2004, 1466.

mensteuer. Bei der Bemessung der Schenkungsteuer entfallen aber die Privilegien aus § 13a ErbStG, da der Schenker nur mittelbar an den übertragenen GmbH-Anteilen beteiligt war[41].

Latent entsteht keine Schenkungsteuer, da man die leere Holding-GmbH-Hülle vernachlässigen kann. Dagegen könnte latente Einkommensteuer zu berücksichtigen sein. Sie hängt davon ab, welche Anschaffungskosten der Beschenkte fortzuführen hat. Dies sind aber aufgrund der Annahme des abgekürzten Zahlungsweges und der Besteuerung einer vGA der aktuelle Verkehrswert der GmbH-Anteile[42], weshalb im Grobkalkül die latente Einkommensteuer im Ergebnis mit Null zu erfassen ist. Es ergibt sich dann folgende Rechnung:

**Variante 11** (Schenkung durch Holding)

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | 76 804 |
| ErbSt | 760 000 |
| latent: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 0 |
| gesamt | 836 804 |

Das Grobkalkül zeigt zwar die Vorziehenswürdigkeit für eine Schenkung an. Allerdings entsteht die gesamte Steuerbelastung schon aktuell, wo hingegen beim Verkauf nur eine sehr geringe aktuelle Steuerbelastung ausgelöst wird.

### b) Übertragung der Holding-Anteile selbst

Im Holding-Fall liegt es jedoch am nächsten, gleich die Holding zu verschenken oder zu verkaufen. Die Schenkung der Holding-Anteile führt zu einer aktuellen Schenkungsteuer und einer latenten Einkommensteuer. Es ergibt sich die identische Rechnung wie oben in Variante 1 für die Schenkung der GmbH-Anteile.

**Variante 12** (Schenkung der Holding)

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 466 203 |
| latent: | |
| ESt | 515 532 |
| ErbSt | 0 |
| gesamt | 981 735 |

Der Verkauf der Holding führt zu einer aktuellen Einkommensteuerbelastung und einer latenten Erbschaftsteuer. Es ergibt sich die gleiche Rechnung wie oben im Variante 2 für den Verkauf der GmbH-Anteile:

**Variante 13** (Verkauf der Holding)

| | € |
|---|---|
| aktuell: | |
| ESt | 880 650 |
| ErbSt | 0 |
| latent: | |
| ESt | 0 |
| ErbSt | 444 904 |
| gesamt | 1 325 554 |

### c) Reihenfolge der Vorziehenswürdigkeit

Interessant ist, dass ein Holding-Fall – nämlich die Schenkung der GmbH-Anteile durch die Holding – sogar günstiger ist als die günstigste steuerliche Variante in den drei Standardfällen im Teil I. Nimmt man diese drei Standardbeispiele in einen Vergleich der vier Holding-Beispiele hinein, ergibt sich folgende Reihenfolge für die Vorziehenswürdigkeit:

| | € |
|---|---|
| Schenkung der GmbH-Anteile durch Holding selbst | 836 804 |
| Schenkung GmbH-Anteile mit Vereinbarung einer dauernden Last | 851 872 |
| Holding verkauft GmbH-Anteile | 865 251 |
| Schenkung der GmbH-Anteile | 981 735 |
| Schenkung Holding-Anteile | 981 735 |
| Verkauf GmbH-Anteile | 1 325 554 |
| Verkauf Holding-Anteile | 1 325 554 |

Bei der Auswertung dieser Tabelle ist aber eine gewisse Vorsicht angebracht. Denn in der praktischen Beratungssituation hat die Struktur der Gesamtsteuerbelastung, also die Verteilung auf aktuelle und latente Steuern, oft größere Bedeutung als die Gesamtbelastungsziffer eines Kalküls, das für die Rechenbarkeit zwingend vereinfachende Annahmen treffen muss.

## III. Fazit

Bei dem Generationswechsel in GmbH-Anteile ist aus steuerlicher Sicht nur grundsätzlich bzw. vordergründig die Schenkung i.R.d. Vorwegnahme der Erbfolge günstiger als der vollentgeltliche Verkauf. Es ist notwendig, dass man sich in der konkreten Beratungssituation nicht nur mit der aktuellen Steuerbelastung auseinandersetzt, sondern auch mit der latenten. Denn nahezu jede hier betrachtete Fallvariante hat gezeigt, dass latente Steuern (Einkommensteuer und/oder Erbschaftsteuer) zu beachten sind. Deren Erfassung beeinflusst maßgeblich, ob in der spezifischen Situation Schenkung oder Verkauf letztendlich günstiger ist.

41 Vgl. § 13a Abs. 4 Nr. 3 ErbStG sowie *Jülicher* in Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, § 13a Rz. 236 [März 2005].

42 Vgl. z. B. *Janssen*, NWB F. 4., S. 4825.