

DISSMANN ORTH

Die steuerliche Begleitung von Unternehmenskäufen und -verkäufen: Tax Due Diligence und steuerliche Gestaltungsschwerpunkte

RA/StB/FAStR Dr. Jochen Ettinger

Vortragsveranstaltung
bei der
Steuerberaterkammer

Inhaltsübersicht

- Allgemeines zum Ablauf einer Unternehmenstransaktion
- Formen und Ablauf der Due Diligence
- Ausgewählte Prüfungsschwerpunkte bei der Tax Due Diligence
- Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers
- Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers
- Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten aus Sicht des Unternehmensverkäufers
- Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten aus Sicht des Unternehmenskäufers
- Gestaltung des Unternehmenskaufvertrags aus steuerlicher Sicht (Steuerklauseln)

1. Ablauf eines Unternehmensverkaufs

1.1 Erste Kontaktaufnahme und Auswahl von Interessenten

- Beauftragung von M&A-Beratern?
- Eingrenzung des Interessentenkreises

1.2 Erste Verhandlungen und Abschluss eines Letter of Intents

- LOI (Letter of Intent), Term Sheet (**Anhang I**)
- Vertraulichkeitsvereinbarung (**Anhang II**)
- Abgrenzung zum Vorvertrag

1.3 Durchführung einer Due Diligence

- Durchführung einer Due Diligence = Regelfall
- Details siehe unter Ziffer 2.

1.4 Vertragsverhandlungen

- Wer hat die „Entwurfshoheit“?
- Parallele Verhandlungen, Auktionsverfahren, Exklusivität?

1.5 Vertragsunterzeichnung

- Signing und Closing
- Anmeldungen und Ähnliches, insbesondere Einreichung Gesellschafterliste bei GmbH-Anteilsübertragung

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence

2.1.1 Rechtliche Implikationen für den Kaufinteressenten

- Zur Frage, wann den Verkäufer eines Unternehmens **Aufklärungspflichten** treffen, existieren keine generellen Regelungen, die - fließenden - Grenzen werden vielmehr von Einzelfallentscheidungen der zivilrechtlichen Rechtsprechung bestimmt (siehe hierzu Wächter, M&A Litigation - Transaktionstreitigkeiten, 2. Aufl. 2014, Rn. 498 ff.).
- Wenn jedoch ein Kaufinteressent **gezielt Fragen** stellt, treffen den Verkäufer insoweit besondere Aufklärungspflichten. Indem die Käuferberater möglichst umfassend und gezielt im Rahmen einer Due Diligence Fragen adressieren, lösen sie daher Aufklärungspflichten beim Verkäufer aus.

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence

2.1.1 Rechtliche Implikationen für den Kaufinteressenten

- Dies führt bei einem **redlichen Verkäufer** dazu, dass etwaige „Knackpunkte“ aufgedeckt und bei der Kaufpreisbemessung oder der Transaktionsgestaltung berücksichtigt werden können.
- Beim **unredlichen Verkäufer** führt dies zu einer Haftung wegen vorsätzlicher Täuschung, sodass auch später im Unternehmenskaufvertrag ggf. vereinbarte Haftungsbegrenzungen insoweit nicht gelten (§ 276 Abs. 3 BGB).

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence

2.1.2 Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence?

- Nach (noch?!) herrschender Meinung führt das Unterlassen einer Due Diligence Prüfung für sich alleine **nicht zum Verlust der Gewährleistungsrechte** des Käufers gemäß § 442 Abs. 1 Satz 2 BGB wg. grob fahrlässiger Unkenntnis. Dies mit der Begründung, dass sich hier noch keine Verkehrssitte zur Durchführung einer Due Diligence herausgebildet habe (vgl. Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 1. Aufl. 2012, Teil C Rn. 74 m.w.N.). Die Praxis zeigt andererseits, dass in den letzten 10 Jahren die Zahl der Unternehmenskäufe und -verkäufe, bei denen eine Due Diligence stattfand, so deutlich zugenommen hat, sodass man hier durchaus schon eine entsprechende Verkehrssitte annehmen könnte.
- Rechtsprechung des BGH hierzu fehlt allerdings.

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence

2.1.2 Pflicht zur Durchführung einer Due Diligence?

- Ein **Geschäftsführer oder Vorstand**, der ohne Due Diligence Prüfung als Geschäftsleitungsorgan eines kaufenden Unternehmens ein Zielunternehmen ankauft, handelt nach überwiegender Auffassung in der Rechtsprechung und im Schrifttum **grundsätzlich pflichtwidrig** (vgl. OLG Oldenburg, NZI 2007, 305; Böttcher, NZG 2007,481).
- Ausmaß und Art der Due Diligence hängen unter diesem Blickwinkel natürlich von der Art der Transaktion ab (absolute Größe, relative Bedeutung für das kaufende Unternehmen, objektive Umstände wie Kauf aus der Insolvenz oder objektive zeitliche Einschränkungen).

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence

2.1.3 Problematik der Informationsweitergabe an gesellschaftsfremde Dritte im Rahmen einer Due Diligence

- Ist das zu verkaufende Unternehmen eine **Aktiengesellschaft**, stellt sich für den Vorstand die Frage, inwieweit er in Form der Due Diligence vertrauliche Informationen (bei börsennotierten Gesellschaften möglicherweise kursrelevante Informationen) außerhalb der Hauptversammlung an Nicht-Aktionäre weiter gibt und ob dies aktienrechtlich zulässig ist. Grundsätzlich unterliegen Vorstand bzw. Aufsichtsrat gesetzlichen und strafbewehrten Geheimhaltungsverpflichtungen (§§ 93 Abs. 1 Satz 3, 404 AktG bzw. 116 Satz 1 AktG).
- Auch hat der einzelne Aktionär nicht etwa basierend auf dem Auskunftsrecht des § 131 AktG einen Rechtsanspruch auf Zulassung einer Due Diligence Prüfung, wenn er z.B. sein Aktienpaket an einen Dritten verkaufen möchte.

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence

2.1.3 Problematik der Informationsweitergabe an gesellschaftsfremde Dritte im Rahmen einer Due Diligence

- In der Praxis konzentriert sich die Fragestellung meist auf die **Zulässigkeit der freiwilligen Weitergabe** von Informationen durch den Vorstand bzw. Aufsichtsrat im Rahmen in einer vom Vorstand bzw. Aufsichtsrat ermöglichten Due Diligence.
- Vereinfacht gesagt darf der Vorstand einem Kaufinteressenten der Gesellschaft oder eines Aktienpakets dann eine Due Diligence ermöglichen, wenn er nach einer begründeten Abwägung davon ausgehen darf, dass das **objektive Unternehmensinteresse der Aktiengesellschaft** eine Durchbrechung der aktienrechtlichen Verschwiegenheitspflichten (sowie bei börsennotierten Gesellschaften die Zugänglichmachung von potenziellen Insider-Tatsachen) rechtfertigt (vgl. Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 1. Aufl. 2012, Teil C Rn. 95 m.w.N.).

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence

2.1.3 Problematik der Informationsweitergabe an gesellschaftsfremde Dritte im Rahmen einer Due Diligence

- In den Abwägungsprozess sind Überlegungen wie insbesondere die Folgenden einzubeziehen:
 - Wettbewerbssituation zum Kaufinteressenten?
 - Ernsthaftigkeit des Kaufinteresses?
 - Welche Möglichkeiten des Geheimnisschutzes oder der Dokumentation der Ernsthaftigkeit des Kaufinteresses gibt es? (Abschluss einer Vertraulichkeitsvereinbarung, gestaffelte Informationsweitergabe mit regulärem Datenraum und sogenanntem „Red Room“, Vereinbarung von Break-Up Fees).
 - Wie hoch ist das Interesse der Aktiengesellschaft an der Durchführung der Transaktion?

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence

2.1.3 Problematik der Informationsweitergabe an gesellschaftsfremde Dritte im Rahmen einer Due Diligence

- Bei der **GmbH** oder der **GmbH & Co. KG** gelten insoweit andere Regelungen. Insbesondere enthalten das GmbHG bzw. HGB keine expliziten Regelungen zur Verschwiegenheitspflicht der Geschäftsleiter. Auch hier sind jedoch die Geschäftsführer auf Grund der allgemeinen Treuepflichten gegenüber der Gesellschafter dazu verpflichtet, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht unbefugt gegenüber Dritten offen zu legen.
- Sodann fällt hier auf Grund der anderen Corporate Governance-Struktur der GmbH/GmbH & Co. KG die Entscheidung über die Durchführung einer Due Diligence ohnehin in die Entscheidungskompetenz der Gesellschafterversammlung.
- Es ist daher ein **Gesellschafterbeschluss** einzuholen. Die Mehrheitsverhältnisse hierfür sind umstritten.

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.1 Rechtliche Rahmenbedingungen der Due Diligence

2.1.3 Problematik der Informationsweitergabe an gesellschaftsfremde Dritte im Rahmen einer Due Diligence

- Umstritten ist, ob sich ein einzelner Gesellschafter bei der GmbH gegen den Willen der Mehrheitsgesellschafter, und daher ohne entsprechende Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung, **gestützt auf sein Auskunftsrecht nach § 51a Abs. 1 GmbHG** die notwendigen Informationen zur Weitergabe im Rahmen einer Due Diligence in Bezug auf seinen Gesellschaftsanteil verschaffen darf.
- Nach herrschender Meinung hat auch hier ein **Abwägungsprozess** stattzufinden. Die Weitergabe von Informationen an einen ernsthaften Erwerbsinteressenten ist grundsätzlich zulässig. Soweit es dagegen um wettbewerbssensible Informationen geht, ist ggf. die Einschaltung eines neutralen Dritten (z.B. Wirtschaftsprüfer) geboten, der nur die Ergebnisse seiner Auswertungen in aggregierter Form weitergibt.
- Um sich nicht ggf. rechtlich angreifbar zu machen, sollte ein veräußerungswilliger Gesellschafter daher grds. anstreben, dass ein Gesellschaftsbeschluss gefasst wird, der die Zulassung einer Due Diligence betätigt.

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.2 Sinn und Zweck einer Due Diligence

- Für den Käufer bilden die aus einer Due Diligence gewonnenen Informationen die **Grundlage der Risiko- und Chancenanalyse** und stellen eine zentrale Entscheidungsgrundlage für den Unternehmenskaufvertrag („Ob“ ebenso wie „Wie“) dar.
- Aus der Due Diligence werden sich regelmäßig Auswirkungen auf den Kaufpreis, auf die Transaktionsstruktur sowie auf weitere Regelungen wie insbesondere Garantien, Freistellungen, Sicherheiten ergeben.
- Aus Sicht des Verkäufers kommt bei größeren Transaktionen und insbesondere zur Vorbereitung eines Bieterverfahrens die sogenannte **Vendor Due Diligence** in Betracht. Ziel dieser Due Diligence, die vor Anstoßen des Verkaufsprozesses durchgeführt wird, ist es, Defizite und Haftungsrisiken aufzuspüren, besser zu beurteilen und ggf. zu heilen. Außerdem kann ein Verkaufsprozess so beschleunigt werden, weil die entsprechenden Berichte dem Kaufinteressenten zur Verfügung gestellt werden können, und der oder die Kaufinteressenten sich dann grds. auf eine sogenannte „Confirmatory Due Diligence“ beschränken kann/können.

2.2 Sinn und Zweck einer Due Diligence

- Im Endeffekt liefert eine gute Tax Due Diligence den Entscheidern auf Käuferseite eine Einschätzung der gefundenen Risiken, die ökonomisch in die Entscheidungsfindung („Ob“) und die Durchführung („Wie“) einfließt.
- „Ob“: „Deal-Breaker“ Risiken, die so hoch oder so unbeherrschbar sind, dass der Käufer Abstand nehmen wird (bei der Tax Due Diligence selten der Fall).
- „Wie“: Es erfolgt eine Berücksichtigung identifizierter, nicht oder nicht hinreichend bilanzierter Steuerrisiken durch (a) einen Kaufpreisabschlag oder (b) durch einen erhöhten Sicherheitseinbehalt („Escrow“) oder (c) durch andere Formen von Sicherheiten wie z.B. Bankbürgschaften.
- Ein guter Bericht wird bei allen damit verbundenen Unschärfen und Caveats eine **Quantifizierung identifizierter Risiken** versuchen (ökonomischer Wert des Steuerrisikos = Betrag der möglichen Mehrsteuer x Eintrittswahrscheinlichkeit) (vgl. Sinewe, Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf, 2. Aufl., S. 193)

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.3 Arten von Due Diligence Prüfungen

- **Commercial Due Diligence:** Prüfung der wirtschaftlichen und operativen Aspekte, Validierung des Geschäftsmodells, Analyse der Wettbewerbssituation, Kundenbefragungen, Managementinterviews;
- **Legal Due Diligence:** Prüfung der rechtlichen Aspekte wie Chain of Title, arbeitsrechtliche Aspekte, allgemeine vertragsrechtliche Aspekte, immobilienrechtliche Aspekte, IP-Rechte und Patente, strafrechtliche Compliance;
- **Financial Due Diligence:** Prüfung der finanziellen sowie bilanziellen Aspekte (HGB und IFRS) und des Berichtswesens, Validierung der Business Planung, Überprüfung der Wertschätzung des Kaufinteressenten;
- **Technical Due Diligence:** Prüfung technischer oder IT-mäßiger Fragestellungen;
- **Environmental Due Diligence:** Prüfung von Umweltthemen wie Altlasten, ggf. Einholung von Altlastengutachten;
- **Tax Due Diligence:** Prüfung der steuerlichen Aspekte.

2. Formen und Ablauf einer Due Diligence

2.4 Due Diligence Checklisten

- Bei großvolumigeren bzw. professionell (z.B. von einem M&A Berater) beratenen Transaktionen steht bei Beginn einer Due Diligence meist ein mehr oder weniger gut sortierter, heute meist virtueller **Datenraum** zur Verfügung (auch bei mittelständigen Transaktionen, Anbieter wie z.B. Intralinks).
- Falls dies nicht der Fall ist, sind die Berater des Kaufinteressenten gehalten, eine Due Diligence Checkliste zu übergeben, anhand derer die regulären Berater des Verkäufers (z.B. Steuerberater, Rechtsanwälte) die entsprechenden Informationen zusammenstellen und sukzessive „liefern“ (= bei kleineren Transaktionen anzutreffen).
- Siehe eine übliche Due Diligence Checkliste im **Anhang III**.

3. Steuerliche Risikointensität in Abhängigkeit der Transaktionsstruktur

3.1 Korrelation zwischen Transaktionsstruktur und steuerlichen Risiken

- Im Wesentlichen kommen zwei grundsätzliche Transaktionsstrukturen in Betracht: **Share Deal** oder **Asset Deal**.
- Beim **Share Deal** werden die **Gesellschaftsanteile** an dem Zielunternehmen übertragen, also z.B. die Geschäftsanteile an einer GmbH abgetreten.
- Beim **Asset Deal** werden dagegen die **Aktiva und Passiva** des Unternehmens (oder eines Unternehmensteils) verkauft, und die Zielgesellschaft selbst bleibt beim Verkäufer als leere Hülle zurück.
- Beim Share Deal erwirbt der Käufer die Zielgesellschaft und dann mittelbar sämtliche steuerlichen Risiken und Verpflichtungen in der Zielgesellschaft.
- Der Asset Deal birgt für den Unternehmenskäufer dagegen grundsätzlich weniger steuerliches Risikopotenzial, weil die als Verkäufer auftretende Gesellschaft grundsätzlich mit den für die Vergangenheit begründeten steuerlichen Verpflichtungen zurückbleibt.

3. Steuerliche Risikointensität in Abhängigkeit der Transaktionsstruktur

3.2 Share Deal

- Beim Share Deal in Bezug auf **Kapitalgesellschaftsanteile** übernimmt der Erwerber mittelbar mit der Zielgesellschaft sämtliche körperschaftsteuerliche und gewerbsteuerliche Verpflichtungen der Zielgesellschaft.
- Ebenso übernimmt er sämtliche Verpflichtungen und Risiken in Bezug auf LSt, USt etc.
- Wenn die Zielgesellschaft Teil einer steuerlichen **Organschaft** ist oder war, ist daneben noch **§ 73 AO** zu beachten: Danach haftet eine Organgesellschaft für solche Steuern des Organträgers, für welche die Organschaft zwischen ihnen steuerlich von Bedeutung ist.

3. Steuerliche Risikointensität in Abhängigkeit der Transaktionsstruktur

3.2 Share Deal

- Das erhöhte Risikoprofil beim Share Deal in Bezug auf Kapitalgesellschaftsbeteiligungen bestimmt logischerweise den Prüfungsumfang einer steuerlichen Due Diligence.
- Beim Erwerb von Anteilen an **Personengesellschaften** spricht man zivilrechtlich ebenfalls vom Share Deal. Steuerlich ist diese Konstellation auf Grund des Transparenzprinzips von Personengesellschaften jedoch für körperschaft- bzw. für einkommensteuerliche Fragestellungen eher dem steuerlichen Asset Deal vergleichbar.
- Körperschaftsteuerliche bzw. einkommensteuerliche Risiken bleiben im Erwerb von Personengesellschaftsanteilen beim Veräußerer.

3. Steuerliche Risikointensität in Abhängigkeit der Transaktionsstruktur

3.2 Share Deal

- Hinsichtlich aller anderen Steuerarten übernimmt der Käufer jedoch auch bei der Übertragung von Anteilen an Personengesellschaften wiederum mittelbar die entsprechenden Steuerverbindlichkeiten und Steuerrisiken der Zielgesellschaft (GewSt, USt, Verkehrsteuern).
- Daneben ist **§ 74 AO** zu beachten (= steuerliche Haftung für Fälle der **Betriebsaufspaltung** oder des **Sonderbetriebsvermögens** bei Personengesellschaften). Danach haftet der an dem Unternehmen wesentlich beteiligte Eigentümer der Gegenstände persönlich, aber beschränkt auf die dem Unternehmen zur Verfügung gestellten Gegenstände, für diejenigen Steuern des Unternehmens, bei denen sich die Steuerpflicht auf den Betrieb des Unternehmens gründet (z.B. Gewerbesteuer, Lohnsteuer, Umsatzsteuer).

3. Steuerliche Risikointensität in Abhängigkeit der Transaktionsstruktur

3.3 Asset Deal

3.3.1 Haftung des Betriebsübernehmers nach § 75 AO

- Beim Asset Deal ist die **Haftungsvorschrift des § 75 AO** zu beachten. Danach übernimmt der Erwerber beim Asset Deal kraft Gesetzes die Haftung für Betriebssteuern und Steuerabzugsbeträge des erworbenen Unternehmens. Dazu zählen insbesondere die Gewerbesteuer, die Umsatzsteuer sowie Lohnsteuerabführungsverpflichtungen. Die Haftung beschränkt sich zeitlich jedoch auf die Steuern, die **seit dem Beginn des letzten vor dem Vollzugstichtag liegenden Kalenderjahres** in dem erworbenen Betrieb entstanden sind, **und die innerhalb eines Jahres seit der Anmeldung** des Betriebs durch den Erwerber festgesetzt oder angemeldet werden. Anmeldung meint hier die Anzeige nach § 138 Abs. 1 AO.

3. Steuerliche Risikointensität in Abhängigkeit der Transaktionsstruktur

3.3 Asset Deal

3.3.1 Haftung des Betriebsübernehmers nach § 75 AO

Praxishinweis:

Die gesetzliche Haftung des § 75 AO kann nicht ausgeschlossen werden, und anders als bei der in Teilen parallelen Regelung des § 25 HGB gibt es hier auch nicht die Möglichkeit, durch Anmeldung zum Handelsregister der Haftung zu entgehen. Der Erwerber kann jedoch in gewissen Grenzen Einfluss auf die Geltung der Haftungsvorschrift nehmen: Zum einen kann er durch eine rasche Anmeldung des Betriebs den vorstehend beschriebenen Jahreszeitraum unverzüglich in Gang setzen. Zum anderen kann bei der Festlegung eines dinglichen Vollzugsstichtags z.B. auf den 01.01. eines Kalenderjahres die Haftung nach § 75 AO zeitlich gesehen minimiert werden.

- Falls der Unternehmensverkauf nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a UStG (als nicht steuerbarer Vorgang) erfüllt, ist **auch die Umsatzsteuer aus der Veräußerung des Unternehmens selbst** eine Betriebssteuer, für die der Erwerber haftet.

3. Steuerliche Risikointensität in Abhängigkeit der Transaktionsstruktur

3.3 Asset Deal

3.3.1 Haftung des Betriebsübernehmers nach § 75 AO

- Maßgeblich für die Anwendbarkeit des § 75 AO ist, dass das wirtschaftliche Eigentum nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO an den übertragenen Unternehmen auf den Erwerber übergeht, d.h. für diese Vorschrift ist der dingliche Vollzugstichtag (Closing) maßgeblich.
- Bei Ankauf vom Insolvenzverwalter gilt die Vorschrift nicht (§ 75 Abs. 2 AO).

3. Steuerliche Risikointensität in Abhängigkeit der Transaktionsstruktur

3.3 Asset Deal

3.3.2 Haftung wegen Firmenfortführung gemäß § 25 HGB

- § 25 HGB kann potenziell separat und neben § 75 AO eingreifen (vgl. z.B. BFH v. 20.05.2014, DB 2014, 2380).
- Für § 25 HGB ist der Rechtsgrund der Verbindlichkeit egal, sodass der Erwerber auch für unternehmensbezogene Verbindlichkeiten wie Steuerschulden in dem Umfang einstehen muss, in dem diese noch durchsetzbar, also insbesondere nicht verjährt sind (§ 25 HGB ist aber damit zeitlich viel weitergehend ist als § 75 AO!). Sodann erfasst § 25 HGB auch steuerliche Nebenleistungen (anders als § 75 AO!). ESt-Schulden des früheren Geschäftsinhabers sind aber entgegen zuweilen überschießender Ansätze der FinVerw nicht erfasst (überzeugend Heeg, DStR 2012, 2159).
- Die Haftung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 HGB kann durch Eintragung einer abweichenden Vereinbarung in das Handelsregister nach § 25 Abs. 2 HGB ausgeschlossen werden.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.1 Allgemeines

- Im Rahmen der steuerlichen Due Diligence werden die Jahresabschlüsse der Zielgesellschaft untersucht, sowie, wenn die Zielgesellschaft prüfungspflichtig ist oder freiwillig geprüft wird, auch die Prüfungsberichte des Wirtschaftsprüfers.
- Für die Tax Due Diligence ist dabei die Handelsbilanz als **Einheitsbilanz** sowie eine evtl. bestehende eigene **Steuerbilanz** oder eine **steuerliche Überleitungsrechnung** (Mehr-Weniger-Rechnung) nebst Erläuterungen, wie dem Finanzamt eingereicht, maßgeblich.
- Daneben sind Betriebsprüfungsberichte, Protokolle von Gesellschafterversammlungen, Aufsichtsrats- oder Beiratssitzungen sowie Aktennotizen des laufenden steuerlichen Beraters und dessen Korrespondenz mit der Geschäftsleitung der Zielgesellschaft einzusehen.
- Bei **Personengeschaftern** erstreckt sich die Prüfung auf **Ergänzungs- und Sonderbilanzen**.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.2 Bilanzanalyse

➤ Folgende Fragen sind im Rahmen der **Steuerbilanzanalyse** bei der Tax Due Diligence zu untersuchen:

- Sind alle aktivierungspflichtigen Wirtschaftsgüter aktiviert worden?
- Sind bei Ausübung von Aktivierungs- oder Passivierungswahlrecht die Voraussetzungen für die Wahlrechtsausübung erfüllt?
- Sind steuerliche Bewertungsgrundsätze zutreffend angewandt worden?
- Sind die GoB (z.B. Bilanzkontinuität) beachtet worden?
- Sind alle passivierungspflichtigen Wirtschaftsgüter passiviert worden?
- Wurden alle Bilanzierungsverbote beachtet?
- Wurde der Grundsatz der Periodenabgrenzung beachtet?
- Welchen Umfang haben die stillen Reserven der bilanzierten Wirtschaftsgüter?

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.2 Bilanzanalyse

- Ein wichtiges Ziel der Bilanzanalyse ist es, herauszufinden, ob die von der Zielgesellschaft angewandte **Bilanzpolitik** eher aggressiv oder konservativ war, um so potenzielle künftige Betriebsprüfungsrisiken einschätzen zu können.
- Sodann ist im Rahmen der Bilanzanalyse herauszuarbeiten, welche **Abweichungen zwischen der Handels- und der Steuerbilanz** der Zielgesellschaft z.B. nach BilMoG bestehen, und wie sich diese in der Zukunft weiter entwickeln werden. Denn durch temporäre Abweichungen bedingte steuerliche Mindergewinne in der Vergangenheit können z.B. zukünftig zu einem steuerlichen Mehrgewinn führen, der dann nach erfolgter Übernahme der Zielgesellschaft wirtschaftlich vom Erwerber zu tragen ist. Zudem darf laut FinVerw der Ansatz von Rückstellungen in der StB den Wert in der HB grds. nicht übersteigen (R 6.11 Abs. 3 EStR).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.3 Einzelne Risikobereiche der Bilanz

4.1.3.1 Aktivseite

- Gibt es steuerlich bilanzierte **immaterielle Wirtschaftsgüter** und sind diese zutreffend bewertet und werden diese zutreffend abgeschrieben? (z.B. erworbene Filmrechte, Patente, Kundenstamm, Know-How).
- Nutzt die Zielgesellschaft **geleaste Wirtschaftsgüter** und wenn ja: sind diese zutreffend bilanziert? (Frage, ob das Leasingobjekt, wie z.B. eine Produktionsanlage, dem Leasinggeber oder dem Leasingnehmer nach § 39 Abs. 2 AO zuzuordnen ist, vergleiche die Leasingerlasse des BMF).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.3 Einzelne Risikobereiche der Bilanz

4.1.3.1 Aktivseite

- Befinden sich in der Bilanz **Beteiligungen an Kapitalgesellschaften**? (Möglicher Problempunkt: Nachversteuerung von ggf. nach altem Recht steuerwirksam vorgenommenen Teilwertabschreibungen droht bei einem später an sich steuerfreien Veräußerungsvorgang solcher Anteile).
- Befinden sich im Betriebsvermögen der Zielgesellschaft **Beteiligungen an Personengesellschaften**? (Diese haben steuerlich auf Grund des Transparenzprinzips keine eigene Wirtschaftsguteigenschaft, können daher als solche nicht steuerlich mittels Teilwertabschreibung abgeschrieben werden, sondern es gilt die Spiegelbildmethode; es stellt sich z.B. beim Hinzuerwerb einer Personengesellschaftsbeteiligung durch die Zielgesellschaft die Frage, ob insoweit insbesondere in der Ergänzungsbilanz richtig abgeschrieben wurde).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.3 Einzelne Risikobereiche der Bilanz

4.1.3.1 Aktivseite

- **Geringwertige Wirtschaftsgüter** nach § 6 Abs. 2 EStG zutreffend behandelt? (Also über die Zeit abgeschrieben oder als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben behandelt oder in den Sammelposten nach § 6 Abs. 2a EStG eingestellt?).
- **Anlage- und Vorratsvermögen** zutreffend aktiviert? (Einhaltung der steuerlichen Bewertungsregelungen, Frage, ob Teilwertabschreibungen vorgenommen wurden und diese zutreffend waren, vgl. BMF v. 16.07.2014, DB 2014, 1710).
- **Einzelwert- oder Pauschalwertberichtigungen** insbesondere auf Forderungen zutreffend? (z.B. Sonderregelung des § 8 Abs. 3 Sätze 4 ff. KStG für VZ ab 2008 bei Beteiligungen von mehr als 25% an Kapitalgesellschaften in Bezug auf Gesellschafterdarlehen beachtet?).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.3 Einzelne Risikobereiche der Bilanz

4.1.3.1 Aktivseite

- Sind **Steuerforderungen** in die Bilanz eingestellt? (Wie setzen sich diese zusammen, sind diese zutreffend?).
- **Rechnungsabgrenzungsposten/Disagios** zutreffend gebildet?

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.3 Einzelne Risikobereiche der Bilanz

4.1.3.2 Passivseite

- Sind vorhandene **Rücklagen** zutreffend gebildet? (Z.B. Rücklage für Ersatzbeschaffung EStR 6.6, oder § 6b EStG Rücklage oder Rücklage für Zuschüsse der öffentlichen Hand, oder § 7g EStG Rücklage oder passiver Ausgleichsposten nach § 4g EStG für Entstrickung von Wirtschaftsgütern nach § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG).
- **Fremdwährungsverbindlichkeiten** vorhanden? (Handelsbilanziell nach § 256a Satz 1 HGB zum Kurs am Abschlussstichtag umzurechnen, steuerlich nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG grundsätzlich mit dem Kurswert im Zeitpunkt der Entstehung der Verbindlichkeit anzusetzen; nur unter der Voraussetzung einer voraussichtlich dauernden Erhöhung des Kurswertes kann ein höherer Wert angesetzt werden, wofür übliche Devisenkursschwankungen nicht ausreichen).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.3 Einzelne Risikobereiche der Bilanz

4.1.3.2 Passivseite

- **Allgemeine steuerliche Grundsätze für Rückstellungen** eingehalten? (Passivierungsgebot in der Handelsbilanz führt vorbehaltlich steuerlicher Sonderregelungen wie z.B. § 5 Abs. 4a EStG grundsätzlich zu einem Passivierungsgebot auch in der Steuerbilanz, Passivierungswahlrecht in der Handelsbilanz führt zu einem Passivierungsverbot in der Steuerbilanz, Passivierungsverbot in der Handelsbilanz führt zu einem Passivierungsverbot auch in der Steuerbilanz).
- **Pensionszusagen steuerlich zutreffend nach § 6a EStG bilanziert?** (vGA-Problematik beim Gesellschafter-Geschäftsführer, allgemeine Voraussetzungen des § 6a Abs. 1 und 2 EStG, bei Personengesellschaften zwar Passivierung in der Gesamtheitsbilanz, jedoch zeit- und betragsgleiche Aktivierung einer entsprechenden Forderung in der Sonderbilanz des aus der Pensionszusage begünstigten Gesellschafters, Fortführung auch nach dessen Ausscheiden als Gesellschafter).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.1. Steuerbilanzielle Fragestellungen

4.1.3 Einzelne Risikobereiche der Bilanz

4.1.3.2 Passivseite

- In welchem Umfang sind **Steuerrückstellungen** gebildet? (Anfordern von Unterlagen, Plausibilisieren mit eigenen Berechnungen).
- Gibt es **Verbindlichkeiten mit Rangrücktritt**? (Zivilrechtlich ist zwischen einfachen und qualifizierten Rangrücktrittsvereinbarungen zu unterscheiden, steuerlich gilt § 5 Abs. 2a EStG, den die Finanzverwaltung und h.M. so versteht, dass ein Rangrücktritt, der nicht auch den Hinweis auf das „sonstige freie Vermögen“ enthält, im Sinne einer Einkommenserhöhung grds. die Ausbuchung der Verbindlichkeit auslöst, vgl. dazu jüngst BFH v. 15.04.2015, DB 2015, 1989.)

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.1 Verdeckte Gewinnausschüttungen

- **Definition vGA:** Vermögensminderung oder verhinderte Vermögensmehrung bei einer Kapitalgesellschaft, die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist, sich auf die Höhe des Einkommens auswirkt und keine offene Ausschüttung ist (R 36 Abs. 1 KStR).
- Typische vGA-Themenbereiche bei **mittelständischen Unternehmen** sind Leistungsbeziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter (bzw. diesem nahestehende Person) (Geschäftsführervergütung, Beraterverträge, Nutzungsüberlassungen von Wirtschaftsgütern, Darlehensbeziehungen, Pensionszusagen, Veräußerungsgeschäfte).
- Im Bereich von **Konzernstrukturen** sind typische Themenbereiche die Angemessenheit von Service- und Managementverträgen, Konzernumlagen und der Warenaustausch zwischen verbundenen Unternehmen.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.1 Verdeckte Gewinnausschüttungen

- Ertragsteuerliche Folgen einer vGA auf Ebene der **leistenden Gesellschaft**: Es erfolgt eine außerbilanzielle Einkommenszurechnung (§ 8 Abs. 3 Satz 2 KStG), die der Körperschaft wie auch der Gewerbesteuer unterliegt (also Steuerrisiko von rd. 30 %).
- Soweit die vGA an einen nicht im Inland veranlagten Gesellschafter erfolgt, droht zudem die Nachforderung der **Kapitalertragsteuer**, es sei denn, es liegt eine Freistellungsbescheinigung i.S.v. § 50d EStG vor. Im Inlandsfall bei Gesellschaftern, die ohnehin der Körperschaft- bzw. Einkommensteuerveranlagung unterliegen, wird dagegen üblicherweise auf den Erlass eines Kapitalertragsteuer-Nachforderungsbescheides gegen den Gesellschafter bzw. eines Haftungsbescheides gegen die Gesellschaft verzichtet (OFD Münster v. 07.11.2007, FR 2008, 47).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.1 Verdeckte Gewinnausschüttungen

- Soweit die Zielgesellschaft **Empfängerin einer vGA** war, ist die vGA grundsätzlich wie eine reguläre Dividende zu versteuern (d.h. Vorsicht: die vGA von einer Kapitalgesellschaft an eine andere Kapitalgesellschaft ist nicht immer steuerfrei, das körperschaftsteuerliche Schachtelprivileg von 10% und das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg von 15% sind zu beachten!).
- Kernkriterium bei der Prüfung, ob eine vGA vorliegt, ist letztlich der **Fremdvergleichsgrundsatz**, d.h. die Frage, ob ein vom Fremdvergleich abweichendes Verhalten zwischen Gesellschaft und Gesellschafter oder einer dem Gesellschafter nahestehenden Person vorliegt (vgl. H 36 III. „Allgemeines“ KStR). (Alle KStR-Zitierungen = KStR 2004; sehr verkürzt dagegen R.8.5 KStR-E 2015 zu vGAs.)

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.1 Verdeckte Gewinnausschüttungen

- **Sonderrecht für beherrschende Gesellschafter:** Beim beherrschenden Gesellschafter wird in einer Vorprüfung zunächst geprüft, ob der Leistungsaustausch im Rahmen einer klaren und eindeutigen Weise im Vorhinein festgelegt und entsprechend dieser Vereinbarung durchgeführt wurde (R 36 Abs. 2 KStR). Ist dies nicht der Fall, liegt in voller Höhe eine vGA vor, und es kommt auf die materielle Angemessenheit nicht mehr an.

- Einzelne **typische Risikobereiche** zu vGAs:
 - Übernahme von Gründungskosten durch die Gesellschaft, soweit nicht in angemessener Höhe in der Satzung ausgewiesen;
 - Übernahme von Kapitalerhöhungskosten ohne entsprechende Festlegung in der Satzung oder im Kapitalerhebungsbeschluss;
 - Überhöhte Geschäftsführerbezüge (außerbetrieblicher und innerbetrieblicher Gehaltsvergleich, Problematik von unbegrenzten Gewinnbeteiligungen, Beteiligungen über 50 % des Jahresüberschusses, Umsatzbeteiligungen, sog. 75/25%-Regelvermutung, vgl. H 39 KStR);

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.1 Verdeckte Gewinnausschüttungen

➤ Einzelne **typische Risikobereiche** zu vGAs:

- Kriterien für die steuerliche Anerkennung von Pensionszusagen (Ernsthaftigkeit, Erdienbarkeit, Finanzierbarkeit und Angemessenheit sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach, vgl. KStR 38 Satz 6);
- Fehlende Befreiung von § 181 BGB und damit schwebende Unwirksamkeit der entsprechenden Vertragsbeziehung (rückwirkende Heilung möglich, H 36 I „Zivilrechtliche Wirksamkeit“ KStR);
- Zinslose oder zu niedrig verzinste Darlehen der Gesellschaft an die Gesellschafter;
- Im Private Equity Umfeld: Beratungsverträge mit Gesellschaftern / denen nahestehenden Personen im Interesse der Gesellschaft oder mehr der Gesellschafter?! Angemessene Entgelte?!

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.1 Verdeckte Gewinnausschüttungen

- **Schenkungssteuer und vGA:** Nach BFH v. 30.01.2013, ZEV 2013, 283 und BFH v. 2.9.2015, DB 2015, 2602 kann ein Vorgang, der eine vGA ist, nicht gleichzeitig eine freigiebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG darstellen (und dies unabhängig davon, ob die vGA an alle Gesellschafter in gleicher Höhe erging oder nur an einzelne, und ob die Leistung, die der vGA zugrunde liegt, an den Gesellschafter oder eine ihm nahestehende Person zugewendet wird) (entgegen FinVerw in gleich lautenden Erlassen v. 14.03.2012, BStBl. I 2012, 331).
- Dies gilt nach zutreffender Literaturmeinung auch für Sachverhalte nach Einführung des § 15 Abs. 4 ErbStG (da der keinen Besteuerungstatbestand schafft, sondern nur die Frage der Steuerklasse regelt) (Crezelius, ZEV 2013, 286).
- Ggf. offen bleibt dann die für die Tax Due Diligence nicht interessierende Frage, inwieweit bei Zuwendungen an nahestehende Personen eine Schenkung des Gesellschafters an diese vorliegt (verneinend BFH v. 7.11.2007, DB 2008, 509).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.2 Verdeckte Einlagen

- **Definition einer verdeckten Einlage:** Ein Anteilseigner oder eine ihm nahestehende Person gewährt einer Kapitalgesellschaft einen einlagefähigen Vermögensvorteil, den ein Dritter nach dem Drittvergleichsprinzip so nicht gewährt hätte, und der nicht im Rahmen einer offenen Einlage zugeführt wird (R 40 Abs. 1 KStR).
- Gegenstand einer verdeckten Einlage können **nur bilanzierungsfähige Wirtschaftsgüter** sein (z.B. bereits aufgelaufene Zinsforderungen aus einem Gesellschafterdarlehen, auf die verzichtet wird, nicht dagegen von vornherein unverzinsliche Darlehensgewährung oder unentgeltliche Dienstleistung; einlagefähig sind dagegen auch immaterielle Wirtschaftsgüter wie selbstgeschaffene IP-Rechte).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.2 Verdeckte Einlagen

- Ertragssteuerlich hat eine verdeckte Einlage folgende **Rechtsfolgen**:
 - Entnahme aus dem Vermögen des Gesellschafters (relevant, wenn der Gesellschafter Teil einer Unternehmensgruppe ist, die im Rahmen der Akquisition erworben werden soll);
 - Einlage in das Vermögen der aufnehmende Gesellschaft (prüfungsrelevant, wenn die aufnehmende Gesellschaft Teil der Akquisition ist);
 - Damit verbundene Werterhöhung der Anteile des Einlegenden an der aufnehmenden Gesellschaft (d.h. nachträgliche Anschaffungskosten).

- Grundsätzlich ergeben sich **bei der empfangenden Gesellschaft**, trotz Erhöhung des Betriebsvermögens, auf Grund einer gleich hohen außerbilanziellen Minderung im Rahmen der verdeckten Einlage keine negativen ertragsteuerlichen Auswirkungen.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.2 Verdeckte Einlagen

➤ Ausnahmen von diesem Grundsatz:

- **Korrespondenzprinzip** des § 8 Abs. 3 Satz 4 KStG, d.h. außerbilanzielle Korrektur ist davon abhängig, dass nicht beim einlegenden Anteilseigner der Vorgang der verdeckten Einlage zu einer Einkommensminderung geführt hat (relevant insbesondere bei grenzüberschreitenden Sachverhalten, wenn verdeckt einlegender Gesellschafter ein ausländischer Gesellschafter ist, bei dem die Qualifikation als verdeckte Einlage nach dem ausländischen Steuerrecht nicht nachvollzogen wird).
- **Verzicht auf Darlehensforderungen** mit gesellschaftsrechtlicher Veranlassung (außerbilanzielle Korrektur nur in Höhe der Werthaltigkeit der Forderung; im Übrigen dagegen ao Ertrag, der steuerrelevant ist, soweit nicht im Rahmen der Mindestbesteuerung vorhandene Verlustvorträge genutzt werden können).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.2 Verdeckte Einlagen

- Wird eine **verdeckte Einlage durch die Zielgesellschaft** getätigt, können sich hieraus Due Diligence-Risiken ergeben, wenn die verdeckte Einlage zu einem Realisierungstatbestand beim Einlegenden führt (z.B. verdeckte Einlage von durch den Einlegenden geschaffenen IP-Rechten im Rahmen der Gründung einer Tochterkapitalgesellschaft führt zu einem Steuerrisiko von 30 % in Bezug auf die verdeckt übertragenen stillen Reserven beim Einlegenden).
- Eine verdeckte Einlage kann des Weiteren auch umsatzsteuerliche Folgen (§ 3 Abs. 1b Nr. 1 UStG) oder grunderwerbsteuerliche Folgen (bei verdeckter Einlage eines Grundstücks in eine Kapitalgesellschaft, § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG) haben.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.3 Problembereiche des § 8b KStG

- § 8b KStG betrifft insbesondere die steuerliche Behandlung von Dividenden, die von der Zielgesellschaft vereinnahmt werden, oder von Veräußerungsvorgängen (z.B. die Zielgesellschaft hat in der Vergangenheit eine Kapitalgesellschaftsbeteiligung veräußert).

- Typische Fehlerquellen im Bereich von § 8b KStG:
 - Korrespondenzprinzip (§ 8b Abs. 1 Sätze 2 ff. KStG): Steuerfreistellung einer vGA bei der Empfängerkapitalgesellschaft ist davon abhängig, dass das Einkommen der leistenden Gesellschaft durch die vGA nicht gemindert worden ist (flankiert durch verfahrensrechtliches Korrespondenzprinzip nach § 32a KStG).

 - Abzugsverbot für Gewinnminderungen auf Gesellschafterdarlehen bei wesentlicher Beteiligung (§ 8b Abs. 3 Sätze 4 ff. KStG).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.3 Problembereiche des § 8b KStG

➤ Typische Fehlerquellen im Bereich von § 8b KStG:

- Körperschaftsteuerpflicht für Streubesitzdividenden nach § 8b Abs. 4 KStG neue Fassung (10 %-Schwelle) für Dividenden und andere Bezüge, die nach dem 28.02.2013 bezahlt werden (§ 34 Abs. 7a Satz 2 KStG).
- Steuerbefreiung des § 8b Abs. 2 KStG für Veräußerungsgewinne gilt nicht, soweit die betreffende Beteiligung in früheren Jahren steuerwirksam auf einen niedrigeren Teilwert abgeschrieben wurde (was bis zum VZ 2001 möglich war), vgl. § 8b Abs. 2 Satz 4 KStG. Bei von der Zielgesellschaft gehaltenen Beteiligungen ist daher grundsätzlich danach zu fragen, inwieweit solche Teilwertabschreibungen in der Vergangenheit erfolgt sind.
- § 8b Abs. 4 KStG alte Fassung für durch Einbringungen bis zum 13.12.2006 entstandene einbringungsgeborene Anteile nach altem Recht zu beachten (die grundsätzlich noch bis zum Jahr 2013 steuerverhaftet sein können und für die das alte Recht fortgilt).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.4 Verluste

- Im Rahmen der steuerlichen Due Diligence sind Verlustvorträge bei der Zielgesellschaft in den Prüfungsjahren zu prüfen.
- Ergibt sich, dass Verlustvorträge in der Vergangenheit entgegen der eigenen Auffassung der Zielgesellschaft nicht in der Höhe bestanden hatten (sondern z.B. durch eine Reorganisation verloren gegangen waren), kann dies substantielle Betriebsprüfungsrisiken bewirken, wenn dies im Rahmen einer späteren Betriebsprüfung für noch offene Jahre aufgedeckt wird.
- Daneben ist aus Sicht der Tax-Due Diligence relevant, inwieweit Verlustvorträge auch nach der Akquisition fortbestehen und genutzt werden können (siehe dazu später).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.5 Steuerrisiken aus Fremdfinanzierung

- Für VZ bis 2007 galt § 8a KStG alte Fassung. Dieser betraf ausschließlich Gesellschafter-Fremdfinanzierungen, und bei Überschreiten der Grenzen zulässiger Fremdfinanzierung nach § 8a KStG alte Fassung kam es auf Ebene der finanzierten Kapitalgesellschaft zu einer vGA (außerbilanzieller Erhöhung des körperschaftsteuerlichen Einkommens, die auch für gewerbesteuerliche Zwecke galt).
- Ab dem VZ 2008 gilt die **Zinsschrankenregelung** des § 4h EStG i.V.m. § 8a KStG neue Fassung. Für die Anwendbarkeit der Zinsschranke kommt es nicht darauf an, an wen Zinsen gezahlt werden. Die Zinsschrankenregelung bewirkt ein Betriebsausgabenabzugsverbot auf Ebene der zinszahlenden Gesellschaft für das jeweilige Wirtschaftsjahr in Höhe des Netto-Zinsaufwandes, der 30 % des steuerlichen EBITDA übersteigt. Nicht genutzte Zinsaufwendungen können vorgetragen werden (Zinsvortrag nach § 4h Abs. 1 Satz 5 EStG). Des Weiteren gibt es die Möglichkeit des EBITDA-Vortrags nach § 4h Abs. 1 Satz 3 EStG. Auf den Zinsvortrag ist im Rahmen der Akquisition § 8c KStG anzuwenden (d.h. kompletter oder teilweiser Verlust im Rahmen der 50 %- bzw. 25 %-Schwelle, § 4h Abs. 5 Satz 3 EStG). Für den Bereich mittelständischer Unternehmen spielt die Zinsschranke aufgrund der Freigrenze von EUR 3 Mio. pro Jahr (§ 4h Abs. 2 Satz 1 lit. a EStG) in vielen Fällen keine Rolle.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.2. Ausgewählte Risikobereiche bei Kapitalgesellschaften

4.2.6 Risiken aus vergangenen Umstrukturierungen betreffend die Zielgesellschaft

- Unternehmensumstrukturierungen, an denen die Zielgesellschaft innerhalb der letzten sieben Jahre beteiligt war, können erhebliche steuerliche Risiken in sich bergen. Denn sie betreffen meist **substanzielle stille Reserven**.
- Auch wenn für eine Umstrukturierung in Bezug auf die Zielgesellschaft eine **verbindliche Auskunft** vorliegt, ist zumindest zu prüfen, ob diese beim zuständigen Finanzamt bzw. bei allen zuständigen Finanzämtern gestellt wurde, und ob der verwirklichte Sachverhalt dem angefragten Sachverhalt entspricht.
- Ansonsten sind, wenn es um Umstrukturierungen auf der Basis des Umwandlungsteuergesetzes geht, die **umwandlungsteuerrechtlichen Neutralitätsvoraussetzungen** (form- und fristgerechter Buchwertantrag, Mitteilungsfristen im siebenjährigen Überwachungszeitraum etc.) zu prüfen.
- Aus Sicht der Tax Due Diligence ist insbesondere auch zu prüfen, welche **steuerlichen Nachfristen** (insbesondere: steuerverhaftete Anteile nach § 22 UmwStG, aber auch Nachfristen nach anderen Vorschriften wie § 16 Abs. 3 Satz 3 EStG, § 6 Abs. 5 Sätze 4 und 6 EStG) vorliegen, d.h. in welcher Beziehung spätere Restrukturierungen in Bezug auf die Zielgesellschaft (ggf. deren Tochtergesellschaften) unbeabsichtigt eine Nachversteuerung auslösen können.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.1 Allgemeines

- Aus Sicht der Due Diligence ist sowohl die Situation relevant, dass die **Zielgesellschaft eine Personengesellschaft** ist (meist gewerbliche Personengesellschaft, in Ausnahmefällen wie z.B. bei Immobiliengesellschaften möglicherweise auch gewerblich geprägte Personengesellschaften). Daneben kann auch der Fall relevant sein, dass **zu einer Unternehmensgruppe**, die gekauft werden soll, neben Kapitalgesellschaften **auch Personengesellschaften** gehören.
- In dem Fall, in dem unmittelbar Anteile an einer Personengesellschaft erworben werden sollen, gehen auf den Erwerber grundsätzlich nur gewerbsteuerliche Risiken (und **unternehmensbezogene Risiken** wie Umsatzsteuerrisiken, Lohnsteuerrisiken etc.) über. Einkommensteuer oder Körperschaftsteuer der veräußernden Gesellschafter der Personengesellschaft verbleiben dagegen grundsätzlich beim Veräußerer bzw. bei den Veräußerern (Transparenzprinzip bei der Personengesellschaft zum Zwecke der Körperschaft- und Einkommensteuer).
- Anders ist dies natürlich wenn z.B. die Beteiligung an einer Personengesellschaft als Tochtergesellschaft einer Kapitalgesellschaft, die Teil der zu erwerbenden Unternehmensgruppe ist, miterworben werden soll.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.2 Zurechnungsprobleme im Bereich des Sonderbetriebsvermögens

- Sonderbetriebsvermögen gibt es als **Sonderbetriebsvermögen I** (= Wirtschaftsgüter, die nicht zum Gesellschaftsvermögen gehören, sondern im Eigentum eines Mitunternehmers stehen, und dem Betrieb der Personengesellschaft dienen) und **Sonderbetriebsvermögen II** (= Wirtschaftsgüter, die der Beteiligung des Gesellschafters an der Personengesellschaft dienen).
- **Beispiele für Sonderbetriebsvermögen I:** An die Gesellschaft überlassenes Grundstück, an die Gesellschaft überlassene IP-Rechte, an die Gesellschaft gewährtes Gesellschafterdarlehen.
- **Beispiele für Sonderbetriebsvermögen II:** Anteile an der Komplementär-GmbH bei einer GmbH & Co. KG, außer wenn die Komplementärin selbst einen eigenen Geschäftsbetrieb von entsprechender Bedeutung hat; die vom Gesellschafter der Personengesellschaft gehaltenen Anteile an einer anderen Kapitalgesellschaft, zu der die Personengesellschaft enge wirtschaftliche Verflechtungen hat; das vom Gesellschafter zur Finanzierung des Erwerbs seines Mitunternehmeranteils aufgenommene Darlehen.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.2 Zurechnungsprobleme im Bereich des Sonderbetriebsvermögens

- Bei Wirtschaftsgütern, die bei einem Mitunternehmer zu dessen eigenem Betriebsvermögen gehören, aber außerdem die Voraussetzungen für eine Behandlung als Sonderbetriebsvermögen bei einer Mitunternehmerschaft erfüllen, stellt sich die **Frage, wohin die Zuordnung erfolgt.**
- Auswirkungen hat dies bei der Veräußerung von Mitunternehmeranteilen (Mitveräußerung von wesentlichem Sonderbetriebsvermögen notwendig) sowie für die richtige Zuordnung eines etwaigen Gewinns aus der Veräußerung solcher Wirtschaftsgüter, oder z.B. bei Umstrukturierungen, die eine Übertragung eines gesamten Betriebs oder Teilbetriebs jeweils nebst dem wesentlichen Sonderbetriebsvermögen voraussetzen, damit Steuerneutralität gewährt werden kann (§§ 20, 24 UmwStG). Oder wenn vom Zielunternehmen Sonderbetriebseinnahmen irrig beim Gesellschafter z.B. als VuV-Einkünfte berücksichtigt wurden, die aber in Wahrheit Sonderbetriebseinnahmen bei der Zielgesellschaft darstellen.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.2 Zurechnungsprobleme im Bereich des Sonderbetriebsvermögens

- Grundsätzliche Zurechnungsnorm ist § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG, d.h. ein Wirtschaftsgut ist im Zweifel vorrangig als Sonderbetriebsvermögen zu behandeln.
- Bei **doppelstöckigen Personengesellschaften**, bei denen die Obergesellschaft Mitunternehmerin der Untergesellschaft ist, sind die Obergesellschafter (d.h. Gesellschafter der Obergesellschaft) bei der Untergesellschaft hinsichtlich ihres dortigen Sonderbetriebsvermögens (z.B. Grundstück, das von einem Obergesellschafter an die Untergesellschaft vermietet wird) als Sonder-Mitunternehmer anzusehen (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2 EStG). Das überlassene Wirtschaftsgut gehört zum Sonderbetriebsvermögen des Sonder-Mitunternehmers bei der Untergesellschaft.
- Anders erfolgt die Zurechnung dagegen bei der sog. **mitunternehmerischen Betriebsaufspaltung** (gewerbliche oder gewerblich geprägte Schwestergesellschaft überlässt entgeltlich und zu Drittbedingungen ein Wirtschaftsgut wie z.B. Betriebsimmobilie an die operative Schwesterpersonengesellschaft). Das so überlassene Wirtschaftsgut gehört zum Betriebsvermögen der Schwesterpersonengesellschaft.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.3 In Bezug auf die Zielgesellschaft in der Vergangenheit erfolgte Umstrukturierungen

- Ergibt sich, dass im Prüfungszeitraum in Bezug auf eine Zielgesellschaft, die Personengesellschaft ist, Umstrukturierungen erfolgt sind, sind diese daraufhin zu prüfen, ob sie in zutreffender Weise durchgeführt wurden oder ob sich hieraus Risiken ergeben. Risiken können sich zum einen aus dem Bereich von § 42 AO/**Gesamtplanrechtsprechung** ergeben. Risiken können sich sodann daraus ergeben, dass möglicherweise die gesetzlich vorgeschriebenen **Formalien** (Buchwertantragstellung an das zuständige Finanzamt etc.) nicht zutreffend vorgenommen wurden, oder trotz Einholung einer verbindlichen Auskunft ein **anderer als der abgefragte Sachverhalt** verwirklicht wurde.
- Zum Teil können Umstrukturierungen der Vergangenheit, die in bereits bestandskräftig veranlagten Zeiträumen durchgeführt wurden, auf die sich die Due Diligence nicht mehr erstreckt, Folgewirkungen in die Gegenwart haben und postakquisitorische Umstrukturierungen behindern (z.B. Siebenjahressperrfrist nach § 24 Abs. 5 UmwStG bei im Rahmen einer Betriebseinbringung miteingebrachten Kapitalgesellschaftsanteilen, oder Fünfjahresfrist nach § 18 Abs. 3 UmwStG bzgl. der Gewerbesteuerpflicht der Veräußerung eines Personengesellschaftsanteils nach Umwandlung oder Formwechsel aus der Kapitalgesellschaft).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.3 In Bezug auf die Zielgesellschaft in der Vergangenheit erfolgte Umstrukturierungen

- Ist in Bezug auf die Ziel-Personengesellschaft in der Vergangenheit eine **Maßnahme nach § 24 UmwStG** durchgeführt worden, ist diese Umstrukturierung in der Due Diligence nachzuvollziehen (Wurde eine verbindliche Auskunft eingeholt? Wurde der Sachverhalt, so wie abgefragt, verwirklicht? Wurde beim zuständigen Finanzamt der Buchwertantrag gestellt? Wurde beachtet, dass es im Rahmen von § 24 UmwStG andere Rückwirkungsmöglichkeiten als bei § 20 UmwStG gibt? Kam es zu schädlichen, über den Buchwert des eingebrachten Betriebsvermögens hinausgehenden Zahlungen ins Privatvermögen oder Umgehungsgestaltungen?).
- Gab es in Bezug auf die Personen-Zielgesellschaft **Einbringungsvorgänge betreffend Einzelwirtschaftsgütern nach § 6 Abs. 5 EStG?** (Lag eine zulässige, von § 6 Abs. 5 EStG gedeckte Übertragung vor, oder ein Vorgang wie z.B. Übertragung von Wirtschaftsgütern vom Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft auf eine Schwesterpersonengesellschaft, für die nach strittiger Auffassung der Finanzverwaltung der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht eröffnet ist? (Rechtsfrage liegt aufgrund des Vorlagebeschlusses des BFH I R 80/12 v. 10.4.13 dem BVerfG zur Entscheidung vor (Az. des BVerfG 2 BvL 8/13). Erfolgte die Übertragung unentgeltlich oder gegen Gewährung oder Minderung von Gesellschaftsrechten, oder gab es eine Gegenleistung wie z.B. die Übernahme einer Verbindlichkeit durch das aufnehmende Betriebsvermögen? (anhängig BFH - GrS 1/16 zu Frage Trennungstheorie vs. Mod. Trennungstheorie) Laufen aus einer durchgeführten Übertragung von Einzelwirtschaftsgütern noch Sperrfristen nach § 6 Abs. 5 Satz 4 ff. EStG?)

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.4 Verluste bei Personengesellschaften

- Relevant sind beim Erwerb von Anteilen an Personengesellschaften die **gewerbsteuerlichen Verlustvorträge** der Personengesellschaft. Einkommensteuerliche bzw. körperschaftsteuerliche Verlustvorträge der Gesellschafter verbleiben hingegen in jedem Fall beim jeweiligen Gesellschafter.
- Für die Vergangenheit bezogene Tax Due Diligence ist relevant, ob von der Ziel-Personengesellschaft **behauptete Verlustvorträge**, die in der Vergangenheit steuermindernd eingesetzt wurden, **tatsächlich in der Höhe bestanden**, oder ob sie vielleicht schon vorher durch eine gruppeninterne Umstrukturierung beim Veräußerer unerkannt verloren gingen (z.B. sind bei der Übertragung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, die Anteile an Personengesellschaften halten und nach dem 28.11.2008 stattgefunden haben, sind neben den originären Beschränkungen des § 10a GewStG (und der Grundsätze der Mitunternehmeridentität sowie der Unternehmensidentität) auch die Regelungen des § 8c KStG anzuwenden, so dass auch mittelbare Anteilseignerwechsel oberhalb von an einer Personengesellschaft gehaltenen Kapitalgesellschaften zu einem – anteiligen – Verlust von Verlustvorträgen auf Ebene der Personengesellschaft führen können).
- Des Weiteren ist Gegenstand der steuerlichen Due Diligence, herauszufinden, inwieweit vorhandene gewerbsteuerliche Verlustvorträge **ggf. nach der geplanten Akquisition** noch genutzt werden können.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.4 Verluste bei Personengesellschaften

➤ Hier gelten folgende Grundsätze:

- **Veräußert ein Gesellschafter seinen Anteil** und scheidet aus der Personengesellschaft aus, entfällt der gewerbsteuerliche Verlustvortrag anteilig mit der Quote des ausgeschiedenen Gesellschafters entsprechend dem allgemeinen Verteilungsschlüssel;
- **Tritt ein Gesellschafter in eine Personengesellschaft ein**, ist der vor Eintritt entstandene gewerbsteuerliche Verlustvortrag weiter in voller Höhe nutzbar, ist jedoch in jedem VZ nur mit dem Betrag abziehbar, der vom gesamten Gewerbeertrag entsprechend dem Gewinnverteilungsschlüssel auf die bereits vorher vorhandenen Gesellschafter entfällt.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.5 Prüfung des Gesellschaftsvertrags der Ziel-Personengesellschaft aus steuerlicher Sicht

- Werden **100 % der Anteile** an einer Ziel-Personengesellschaft erworben, kann der Gesellschaftsvertrag nach Akquisition frei gestaltet werden. Dann müssen hierzu in der Due Diligence regelmäßig keine weiteren Hinweise gegeben werden. Anders ist dies jedoch, wenn **nur eine Beteiligung** (z.B. 30 %) an einer Ziel-Personengesellschaft erworben werden soll.
- Folgende Bereiche eines Gesellschaftsvertrages können dann aus Sicht der Tax Due Diligence gewürdigt werden:
 - Kontierung, die im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist;
 - Bei Personengesellschaften, bei denen Kapitalgesellschaften neben natürlichen Personen Gesellschafter sind: Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Regelung, wer bei der Veräußerung eines Anteils anfallende, und kraft Gesetzes von der Personengesellschaft nach § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG geschuldete Gewerbesteuer trägt? (Grundsätzlich sollte der Gesellschafter, der wirtschaftlicher Verursacher ist, diese Steuer auch tragen, also der Personengesellschaft vergüten).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.3. Ausgewählte Risiken bei Personengesellschaften

4.3.5 Prüfung des Gesellschaftsvertrags der Ziel-Personengesellschaft aus steuerlicher Sicht

- Folgende Bereiche eines Gesellschaftsvertrages können dann aus Sicht der Tax Due Diligence gewürdigt werden:
 - Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Regelung, wonach auch z.B. in Bezug auf **Sondervergütungen**, die eine Erhöhung des steuerpflichtigen Gewerbeertrags der Personengesellschaft verursachen, jeder Gesellschafter die seinen Einkünften zuzuordnenden Gewerbesteuer zu tragen hat? Oder umgekehrt: Der Gesellschafter, der über hohe Abschreibungen in seiner steuerlichen Ergänzungsbilanz den Gewerbeertrag der Personengesellschaft entsprechend reduziert, sollte grundsätzlich über die Gewinnverteilung einen entsprechend geringeren Anteil an der Gewerbesteuer zu tragen haben.
 - Muss geregelt werden, dass beim **Eintritt eines weiteren Gesellschafters** in Bezug auf die dem verbleibenden Gesellschafter bestehen bleibende gewerbesteuerlichen Verlustvträge eine Anpassung der gesellschaftsvertraglich vereinbarten Gewinnverteilung dergestalt erfolgt, dass die sich hieraus ergebende Reduktion der Gewerbesteuerbelastung nur den vorher vorhandenen Gesellschaftern zugutekommt?
 - Wie sind die Vorteile, die sich aus der pauschalen Anrechnung der Gewerbesteuer i.S.v. § 35 EStG ergeben, auf die Gesellschafter aufzuteilen? (Gesellschaftsvertraglich vorgesehene Aufteilung der Ermäßigung der pauschalen Gewerbesteueranrechnung, vgl. Fügler/Rieger, DStR 2002, 936 ff.).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.1 Lohnsteuer

- Scheinselbständigkeit

- Besteuerung von Stock Option-Modellen, sonstigen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen (z.B. ESOP), Management-Beteiligungen (Problem des wirtschaftlichen Eigentums)

- Betriebsveranstaltungen

- Incentives

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.2 Umsatzsteuer

- Grenzüberschreitende Warenlieferung
- Geschäftsvorfälle im Ausland
- Umsatzsteuerliche Organschaft
- Eingangsleistungen und Eingangsrechnungen

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.3 Grunderwerbsteuer

- Überprüfung von Umstrukturierungen in der Vergangenheit
- Überprüfung von Gesellschafterwechseln
- Überprüfung, ob postakquisitorische Umstrukturierungen durch Nachfristen erschwert werden (insbesondere § 5 Abs. 3 GrEStG).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.4 Internationales Steuerrecht

- Benennungsverlangen nach § 160 AO
- Verrechnungspreise/vGA/§ 1 AStG
- §§ 7 ff AStG
- Grenzüberschreitende Arbeitnehmerentsendung
- Zahlung von Arbeitnehmerabfindungen nach Wegzug des Arbeitnehmers
- § 50a EStG
- Bauabzugssteuer (§§ 48 ff. EStG)

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.5 Ertragsteuerliche Organschaft

4.4.5.1 Vorgehensweise in der Due Diligence

- Folgende **Unterlagen** sollten aus Sicht der Tax Due Diligence eingesehen bzw. angefordert werden:
 - Organigramm der Zielgesellschaft und der mit ihr verbundenen Unternehmen;
 - Handelsregisterauszüge von Organträger und Organgesellschaft;
 - Ergebnisabführungsverträge und die jeweiligen Zustimmungsbeschlüsse, und zwar nicht nur als Entwürfe, sondern jeweils Kopien der unterschriebenen Fassungen.

- Kommt die Due Diligence zum Ergebnis, dass die Gefahr besteht, dass eine Anerkennung der Organschaft für ertragsteuerliche Zwecke versagt, drohen die Rechtsfolgen einer **verunglückten Organschaft**. Verunglückte Organschaft meint den Fall, dass Organträger und Organgesellschaft vom Bestehen einer ertragsteuerlichen Organschaft ausgingen, die notwendigen Voraussetzungen jedoch tatsächlich nicht vorlagen.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.5 Ertragsteuerliche Organschaft

4.4.5.1 Vorgehensweise in der Due Diligence

- Fallen die Voraussetzungen der ertragsteuerlichen Organschaft **während der fünfjährigen Mindestlaufzeit** des Ergebnisabführungsvertrags (EAV) weg, ohne dass ein wichtiger Grund vorliegt, ist die Organschaft steuerlich von Anfang an nicht anzuerkennen (KStR 60 Abs. 8 Satz 1 Nr. 1). Fallen die Voraussetzungen **nach Ablauf** der fünfjährigen Mindestlaufzeit weg, treten die Folgen der verunglückten Organschaft erst ab Beginn des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft ein, in dem die Voraussetzungen nicht erfüllt sind (KStR 60 Abs. 8 Satz 1 Nr. 2).
- **Quantifizierung eines Steuerrisikos** im Rahmen der Due Diligence: Auf Grundlage der vorhandenen Steuererklärungen des Organträgers und der Organgesellschaft ist die Steuerlast so zu berechnen, als ob die ertragsteuerliche Organschaft nicht bestünde (d.h. keine Konsolidierung von Gewinnen und Verlusten und keine Saldierung im Rahmen der Zinsschranke und keine Eliminierung von vGAs der Organgesellschaft an den Organträger erfolgt).

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.5 Ertragsteuerliche Organschaft

4.4.5.2 Wesentliche Risikobereiche bei der ertragsteuerlichen Organschaft

- **Finanzielle Eingliederung:** Nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 KStG ist erforderlich, dass dem Organträger an der Organgesellschaft die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, wobei es auf das wirtschaftliche Eigentum ankommt. Mittelbare Beteiligungen werden im Rahmen von § 14 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 KStG ebenfalls berücksichtigt, eigene Anteile der Organgesellschaft für die Berechnung der Stimmrechte dagegen ausgeschlossen. **Fehlerquellen:** Treuhandverhältnisse und Sicherungsabtretungen werden nicht richtig behandelt, es wird nicht zwischen Beteiligungsmehrheit einerseits und Mehrheit der Stimmrechte andererseits unterschieden.
- Die finanzielle Eingliederung muss nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG von Beginn des Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft bis zu dessen Ende, für das die Organschaft gelten soll, ununterbrochen vorliegen. Es kommt hier ausschließlich auf das Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft an. Als Wirtschaftsjahr kommt auch ein Rumpfgeschäftsjahr in Betracht (KStR 59 Abs. 1 Satz 3). **Problempunkte:** Nach Auffassung der Finanzverwaltung kann das Tatbestandsmerkmal der finanziellen Eingliederung als solches grds. nicht gemäß den §§ 2 Abs. 1, 20 Abs. 6 UmwStG rückbezogen werden, vgl. Org. 01 ff. UmwStE; im Falle der Veräußerung der Organgesellschaft kann ein nahtloses Fortbestehen der Organschaft bis zum Veräußerungszeitpunkt nur durch Veräußerung nach dem Mitternachtserlass auf das Ende des regulären Wirtschaftsjahrs der Organgesellschaft, oder auf das Ende eines durch Umstellung geschaffene Rumpfgeschäftsjahrs erreicht werden.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.5 Ertragsteuerliche Organschaft

4.4.5.2 Wesentliche Risikobereiche bei der ertragsteuerlichen Organschaft

- **Organträger** muss ein **gewerbliches Unternehmen** mit Geschäftsleitung im Inland oder Ausland sein (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG). Auch eine unbeschränkt steuerpflichtige natürliche Person oder Kapitalgesellschaft kann Organträger sein (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 KStG). **Fehlerquelle:** Da es bei natürlichen Personen keinen Gewerbebetrieb kraft Rechtsform gibt, gilt dies nur, wenn die natürliche Person eine originär gewerbliche Tätigkeit ausübt und die Beteiligung an der Organgesellschaft dem gewerblichen Betriebsvermögen zuzuordnen ist. Bei ausländischen Organträgern ist des Weiteren erforderlich, dass eine inländische Betriebsstätte des ausländischen Organträgers besteht, und die entsprechenden zuzurechnenden Einkünfte dieser Betriebsstätte sowohl nach deutschem Steuerrecht wie auch nach einschlägigen DBA zuzurechnen sind (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 Sätze 6 und 7 KStG).
- Eine **Personengesellschaft** kann Organträger nur sein, wenn sie eine ebenfalls originär gewerbliche Tätigkeit i.S.v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ausübt (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 KStG). Diese darf nicht nur geringfügig sein, und die bloße Beteiligungsverwaltung als solche reicht nicht aus (notwendig und ausreichend sind jedoch entgeltliche Dienstleistungen gegenüber Konzerngesellschaften zu fremdüblichen Konditionen). Gewerblichkeit durch bloße Infektion reicht dagegen ebenfalls nicht.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.5 Ertragsteuerliche Organschaft

4.4.5.2 Wesentliche Risikobereiche bei der ertragsteuerlichen Organschaft

- Weitere Voraussetzung ist ein **zivilrechtlich wirksamer EAV** zwischen Organträger und Organgesellschaft (§ 14 Abs. 1 Satz 1 KStG). **Fehlerquellen:** Die Handelsregistereintragung fehlt, die Zustimmungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlungen sind nicht oder nicht in der erforderlichen Form gefasst worden, die Eintragung ins Handelsregister erfolgte nicht spätestens zum Ende desjenigen Wirtschaftsjahres der Organgesellschaft, in dem die ertragsteuerliche Organschaft erstmalig wirken soll; der Vertrag bei der GmbH enthält keine Bezugnahme auf die entsprechende Geltung von § 302 AktG in seiner jeweiligen Fassung gemäß § 17 Satz 2 Nr. 2 KStG (konnte für Altverträge bis zum 31.12.2014 geheilt werden, § 34 Abs. 10b KStG).
- Die **zeitlichen Voraussetzungen des Ergebnisabführungsvertrages** müssen erfüllt werden, d.h. der Ergebnisabführungsvertrag muss gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG auf mindestens fünf Jahre abgeschlossen werden. **Fehlerquellen:** Es müssen fünf Zeitjahre sein, nicht fünf Wirtschaftsjahre; der Abschluss eines EAV auf unbestimmte Zeit genügt nicht, selbst wenn die tatsächliche Vertragslaufzeit länger als fünf Jahre beträgt. Vorzeitige Beendigung ist nur dann steuerunschädlich, wenn ein (steuerlich bewertet „objektiv“ und nicht nur zivilrechtlich/vertraglich) wichtiger Grund vorliegt (Gegeben z.B. bei Veräußerung der Organgesellschaft an Dritte; bei rein konzerninterner Veräußerung ist am Einzelfall festzumachen ob Umgehung der 5-Jahres-Frist vorliegt vgl. FG Hessen v. 28.05.2015 DB 2015, 2783; BFH v. 13.11.2013, DB 2014, 812.)

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.5 Ertragsteuerliche Organschaft

4.4.5.2 Wesentliche Risikobereiche bei der ertragsteuerlichen Organschaft

- Der Ergebnisabführungsvertrag muss **tatsächlich durchgeführt** werden. Der gesamte Gewinn der Organgesellschaft, also der volle nach § 301 AktG zulässige Betrag, ist an den Organträger abzuführen. **Fehlerquellen:** Ein Verlustvortrag aus dem Vorjahr verringert die Höchstgrenze der Gewinnabführung; eine Abführung von Gewinnen durch die Organgesellschaft ohne vorherigen Ausgleich vorvertraglicher Verluste führt zur Nichtanerkennung der Organschaft; die Organgesellschaft darf nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 KStG während der Organschaft nur insoweit freie Gewinnrücklagen bilden, als dies bei vernünftiger kaufmännischer Beurteilung wirtschaftlich begründet ist. Erwirtschaftet die Organgesellschaft einen Jahresfehlbetrag, ist dieser vom Organträger zu übernehmen (§ 302 Abs. 1 AktG).
- In der Tax Due Diligence ist des Weiteren zu überprüfen, ob die **Abführung des Gewinns bzw. die Übernahme des Verlustes tatsächlich erfolgt ist**. Dies bedeutet entweder eine tatsächliche Zahlung zwischen Organgesellschaft oder Organschaft, oder den Ausweis von Forderungen und Verbindlichkeiten, die jedoch ebenfalls beglichen werden müssen, wobei sich zur Frage des „Wanns“ schon gewisse Unsicherheiten ergeben. Die Finanzverwaltung fordert hier regelmäßig eine Erfüllung innerhalb angemessener Zeit, ohne dass dies näher definiert ist. Ein Verzicht auf den Anspruch auf Gewinnabführung bzw. Verlustübernahme führt steuerlich zur Nichtanerkennung. Möglich ist dagegen die rechtzeitige Umschaffung in ein drittübliches Darlehen.

4. Wesentliche Prüfungsschwerpunkte der Tax Due Diligence

4.4. Sonstige Prüfungsbereiche der Tax Due Diligence

4.4.5 Ertragsteuerliche Organschaft

4.4.5.2 Wesentliche Risikobereiche bei der ertragsteuerlichen Organschaft

- **Verdeckte Gewinnausschüttungen im Organkreis:** Verdeckte Gewinnausschüttungen an den Organträger selbst sind als vorweggenommene Gewinnabführungen zu qualifizieren und damit steuerlich nicht relevant (KStR 61 Abs. 4 Satz1). VGA an außenstehende Gesellschafter sind jedoch steuerlich wie Ausgleichszahlungen nach § 16 KStG zu behandeln und erhöhen damit das steuerliche Einkommen der Organgesellschaft (KStR 61 Abs. 4 Satz 4).
- Wird aus einem Organkreis nur eine der betroffenen Gesellschaften als Zielgesellschaft herausgekauft, ist die **Haftung nach § 73 AO** zu beachten und vertraglich durch entsprechende Freistellungsansprüche zu berücksichtigen. Die Haftung der Organgesellschaft beschränkt sich nicht auf die ihr virtuell zuzuordnenden Steuern, sondern auf die gesamten Steuern des Organkreises. Bei fraglicher Bonität des Organträgers ist über Sicherheiten nachzudenken.

5. Überblick über die Besteuerung des Unternehmensverkaufs

5.1 Steuerliche Unterscheidung zwischen Asset Deal und Share Deal

- Die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen Asset Deal und Share Deal deckt sich nur teilweise mit der steuerlichen Sichtweise: Aus ertragsteuerlicher Sicht zu unterscheiden sind zum einen der Kauf bzw. Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften (= „**steuerlicher Share Deal**“), sodann der Kauf bzw. Verkauf einer Gesamtheit von Wirtschaftsgütern des steuerlichen Betriebsvermögens (= „**steuerlicher Asset Deal**“) sowie als dritte Variante der Kauf bzw. Verkauf von **Anteilen an einer Personengesellschaft** (steuerliche Mitunternehmerschaft, z.B. OHG, KG, GmbH & Co. KG). Insbesondere für den Unternehmenskäufer stellt sich der Kauf von Mitunternehmeranteilen an einer Personengesellschaft ertragsteuerlich als Kauf von Einzelwirtschaftsgütern dar, ist also dem „Asset Deal“ eher vergleichbar als dem „Share Deal“ (Transparenzprinzip).

5. Überblick über die Besteuerung des Unternehmensverkaufs

5.2 Steuerliche Zielsetzung beim Unternehmenskauf

5.2.1 Steuerliche Ziele des Verkäufers

- Der Verkäufer möchte primär eine **Optimierung hinsichtlich der Versteuerung des Veräußerungsgewinns** erreichen. Soweit wie möglich soll aus Sicht des Verkäufers der Veräußerungsgewinn ganz oder teilweise steuerfrei vereinnahmt werden können. Wenn dies nicht möglich ist, möchte der Verkäufer innerhalb der grundsätzlich in Betracht kommenden Besteuerungsregimes seinen Veräußerungsgewinn jedenfalls nicht zum vollen persönlichen Steuersatz (oder bei Kapitalgesellschaften als Verkäufer: nicht voll körperschaft- und gewerbesteuerpflichtig) vereinnahmen, sondern er möchte von Vergünstigungen wie etwa dem durchschnittlichen halben Steuersatz, dem Teileinkünfteverfahren, oder, soweit Verkäufer eine Kapitalgesellschaft ist, von der Quasi-Steuerfreistellung des § 8b Abs. 2 und 3 KStG profitieren. Ggf. möchte der Verkäufer einen steuerbaren Veräußerungsgewinn steuerneutral auf eine Reinvestition übertragen.

5. Überblick über die Besteuerung des Unternehmensverkaufs

5.2 Steuerliche Zielsetzung beim Unternehmenskauf

5.2.1 Steuerliche Ziele des Verkäufers

- Wird ein **Veräußerungsverlust** erzielt, soll ein entstehender Verlust möglichst steuerlich nutzbar sein. Ein weiteres Ziel des Verkäufers ist die steuerliche Abziehbarkeit von Veräußerungskosten (Beratungskosten etc.).
- Soweit **Verkehrssteuern** in Bezug auf die Unternehmenskauftransaktion in Betracht kommen - was in Bezug auf die Umsatzsteuer grundsätzlich der Fall ist, in Bezug auf die Grunderwerbsteuer dagegen nur dann, wenn Grundstücke mitverkauft werden - ist der Verkäufer, ebenso wie der Käufer, an einer Minimierung solcher „steuerlicher Transaktionskosten“ interessiert.

5. Überblick über die Besteuerung des Unternehmensverkaufs

5.2 Steuerliche Zielsetzung beim Unternehmenskauf

5.2.1 Steuerliche Ziele des Verkäufers

- Gerade beim Verkauf mittelständischer Unternehmen finden sich häufig Konstellationen, in denen der Verkäufer oder die verkaufende Inhaberkfamilie ein Interesse daran hat, bestimmte Teilbereiche oder Teilaktivitäten, oder auch nur **bestimmte Assets wie insbesondere Immobilien, zurückzubehalten**, d.h. nicht mit zu veräußern. Diese Zielsetzung aus Verkäufersicht führt oft zur Notwendigkeit von **Gestaltungen mit zeitlichem Vorlauf** vor Durchführung der Transaktion. Sodann wird beim Verkauf des mittelständischen Unternehmens häufig die Frage relevant, wie mit einer in der Vergangenheit zu Gunsten des Betriebsinhabers von der verkauften Gesellschaft eingeräumten Pensionszusage zu verfahren ist; aus Sicht des Unternehmensverkäufers besteht die steuerliche Zielsetzung hierzu darin, eine typischerweise vom Käufer verlangte „Bereinigung“ der Pensionszusage in steuerschonender Weise herbeizuführen.

5. Überblick über die Besteuerung des Unternehmensverkaufs

5.2 Steuerliche Zielsetzung beim Unternehmenskauf

5.2.2 Steuerliche Ziele des Käufers

- Hauptziel des Käufers ist es, seine **Anschaffungskosten** für das gekaufte Unternehmen in möglichst großem Umfang und in einem möglichst kurzen Zeitraum **steuerlich abzusetzen**, insbesondere durch steuerlich wirksame Abschreibungen. Beim steuerlichen Asset Deal können die Anschaffungskosten grundsätzlich in steuerlich nutzbares Abschreibungsvolumen transformiert werden. Beim steuerlichen Share Deal ist dies regelmäßig nicht der Fall. Weiteres Ziel des Unternehmenskäufers ist es, seinen **Finanzierungsaufwand** steuerlich nutzbar zu machen, d.h. Zinsen, die er zur Kaufpreisfinanzierung zahlen muss, steuerlich abziehen zu können. Weitere steuerliche Überlegung des Käufers ist es, ggf. beim gekauften Unternehmen vorhandene Verlustvorträge wenn möglich auch in Zukunft zu nutzen. Sodann ist es Ziel des Käufers, durch die Schaffung entsprechender Erwerbsstrukturen von Anfang an einer Steueroptimierung eines späteren Exit zu arbeiten.

5. Überblick über die Besteuerung des Unternehmensverkaufs

5.2 Steuerliche Zielsetzung beim Unternehmenskauf

5.2.2 Steuerliche Ziele des Käufers

- Schließlich ist auch der Käufer daran interessiert, **Verkehrssteuern** wie Grunderwerbsteuer und Umsatzsteuer auszuschalten bzw. zu minimieren. Hat der Käufer bereits unternehmerische Aktivitäten, die durch die Akquisition erweitert werden, hat er im Rahmen seiner laufenden Steuerplanung ggf. auch ein Interesse daran, zukünftige Ergebnisse (Gewinne und Verluste) des akquirierten Unternehmens möglichst nahtlos mit Ergebnissen seines bestehenden Unternehmens verrechnen zu können.

5. Überblick über die Besteuerung des Unternehmensverkaufs

5.2 Steuerliche Zielsetzung beim Unternehmenskauf

5.2.2 Steuerliche Ziele des Käufers

- Auch aus Sicht des Verkäufers sollte der Steuerstatus des Käufers analysiert und in die Überlegungen mit einbezogen werden. Zum einen gibt es in der Praxis häufig Konstellationen, in denen die Transaktion nur deshalb zustande kommt, weil der Verkäufer sich gedanklich auch „auf den Stuhl des Käufers setzt“ und diesem durch geschickte Strukturvorschläge den Erwerb auch steuerlich schmackhaft macht. Sodann sind die **Steuerstruktur der Transaktion** und die absehbaren steuerlichen Folgen aus Sicht des Käufers ein **Teil der wert- und damit preisbestimmenden Faktoren**.
- Konkret bedeutet dies, dass eine für den Käufer günstige steuerliche Strukturierung unter Umständen zu einem höheren Netto-Kaufpreis für den Verkäufer führt.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

- Der Verkauf von (steuerlichen) Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmeranteilen ist zum einen beim Verkauf des (gesamten) Einzelunternehmens, sodann beim Verkauf eines selbständigen, abgrenzbaren Unternehmensteils (Teilbetriebs) sowie schließlich beim Verkauf von Mitunternehmeranteilen an einer Personengesellschaft (OHG, KG, GmbH & Co. KG) gegeben. Verkauft werden hier aus steuerlicher Sicht **Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens bzw. steuerliche Mitunternehmeranteile.**

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

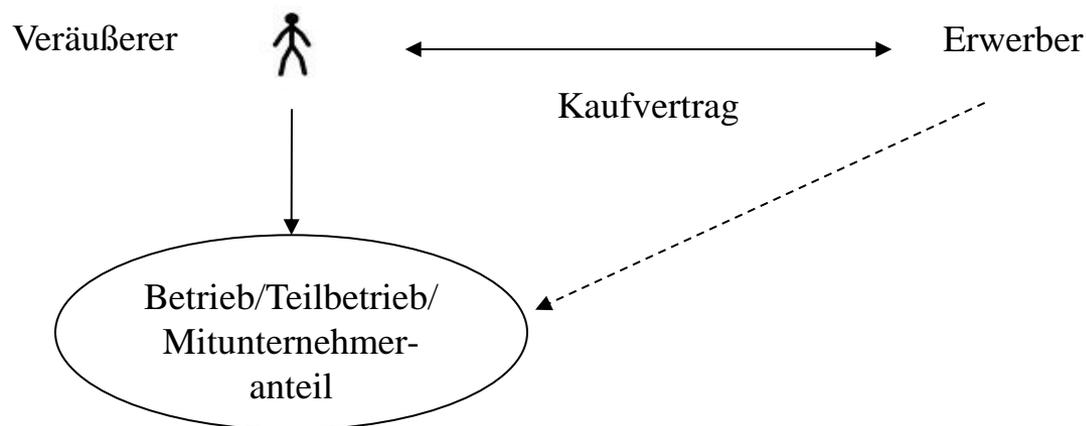
- Für die steuerliche Behandlung im weiteren muss danach unterschieden werden, ob der Unternehmer den Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil **direkt als Person gehalten** hat, oder ob nicht er selbst, sondern eine von ihm beherrschte (Holding-) **Kapitalgesellschaft** das Unternehmen gehalten hat und dementsprechend diese beim Unternehmensverkauf als Verkäufer auftritt.
- Werden Anteile an der Holding-Kapitalgesellschaft mit den darunter hängenden operativen (Personen-)Gesellschaften veräußert, handelt es sich um einen steuerlichen Share Deal.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

- Nachfolgend wird die steuerliche Behandlung des Verkaufs von **Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmeranteilen** durch **natürliche Personen als Veräußerer** dargestellt. Siehe dazu die nachfolgende Abbildung:



6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(1) Grundsatz: Volle Einkommensteuerpflicht

- **Grundsätzlich** ist ein Veräußerungsgewinn voll **einkommensteuerpflichtig**, da steuerliches Betriebsvermögen veräußert wird. Es ergibt sich grundsätzlich eine Einkommensteuerbelastung als laufender Gewinn entsprechend der Einkommensteuerprogression (Spitzensteuersatz 42 %, ggf. „Reichensteuer“ von weiteren 3 %, zzgl. Solidaritätszuschlag und ggf. Kirchensteuer). Es werden Einkünfte aus Gewerbebetrieb gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 bzw. 2 EStG erzielt.
- Wurde in der Vergangenheit die **Thesaurierungsbegünstigung** des § 34a EStG in Anspruch genommen, löst die Veräußerung die **Nachversteuerung** aus (§ 34a Abs. 6 Nr. 1 EStG).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Wenn der Veräußerer das 55. Lebensjahr vollendet hat bzw. dauernd berufsunfähig ist, gilt unter bestimmten Voraussetzungen der sog. „**halbe Steuersatz**“ (präzise: 56 % des durchschnittlichen Steuersatzes für das gesamte zu versteuernde Einkommen zuzüglich Progressionsvorbehalt) nach §§ 16, 34 Abs. 3 EStG.
- Dieser ermäßigte Steuersatz wird nur **für einen einzigen Veräußerungsvorgang im Leben** gewährt, und auch nur für einen Veräußerungsgewinn von **bis EUR 5 Mio. (Betragsgrenze)**. Ein über die Betragsgrenze hinaus erzielter Veräußerungsgewinn unterliegt dagegen grundsätzlich dem vollen Steuersatz.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Sodann kann die Tarifiermäßigung des § 34 Abs. 3 EStG auch für solche Transaktionen, bei denen **mehrere Betriebe oder Teilbetriebe oder Mitunternehmeranteile** in einem Veranlagungszeitraum oder sogar mit einem Unternehmenskaufvertrag veräußert werden, **nur einmal** (d.h. nur für einen Betrieb, einen Teilbetrieb oder einen Mitunternehmeranteil) in Anspruch genommen werden (§ 34 Abs. 3 Satz 5 EStG). Der Steuerpflichtige hat jedoch ein **Wahlrecht**, auf welchen Veräußerungsgewinn er die Begünstigung anwenden möchte. Die Veräußerung des Mitunternehmeranteils an der Obergesellschaft bei einer **doppelstöckigen Personengesellschaft** wird nach herrschender Auffassung als ein

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- einheitlicher Vorgang behandelt, auf den insgesamt die §§ 16 Abs. 4 bzw. 34 Abs. 3 EStG anzuwenden sind, ohne Rücksicht darauf, inwieweit der Veräußerungsgewinn wertmäßig auf die Ober- und inwieweit auf die Untergesellschaft entfällt.

Praxishinweis:

Im Rahmen der der Veräußerung vorangehenden Steuerplanung kann hier ggf. gestaltet werden. Klar ist, dass der Veräußerer in solchen Fällen z.B. bei der Veräußerung von Anteilen an mehreren Schwester-Kommanditgesellschaften die Tarifiermäßigung des § 34 Abs. 3 EStG für die Veräußerung desjenigen Mitunternehmeranteils beantragen wird, auf den der relativ gesehen höchste Kaufpreis entfällt. Daneben ist dann noch zu prüfen, inwieweit im Vorfeld der Veräußerung eine Zusammenführung der Mitunternehmerschaften zu „einem“ Mitunternehmeranteil erreicht werden kann.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Grundvoraussetzung für die Nutzung von § 34 Abs. 3 EStG ist, dass eine **Betriebsveräußerung nach § 16 Abs. 1 EStG** gegeben ist, also die Veräußerung des ganzen Gewerbebetriebs oder eines Teilbetriebs oder die Veräußerung des gesamten Mitunternehmeranteils.
- **Begriff des Teilbetriebs:** Der Begriff des Teilbetriebs ist abzugrenzen von bloßen unselbständigen Betriebsteilen, einzelnen Betriebsmitteln oder betrieblichen Funktionen. Teilbetrieb im Sinne der §§ 16 Abs. 1 Nr. 1, 34 Abs. 3 EStG ist ein mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestatteter, organisch geschlossener Teil des Gesamtbetriebs, der für sich allein lebensfähig ist (Schmidt, EStG, § 16 EStG Rz. 143).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Es gilt hier – anders als mittlerweile im Bereich des UmwStG – immer noch der **nationale Teilbetriebsbegriff** (Schmidt, EStG, § 16 EStG Rz. 141).
- Allein lebensfähig ist ein Teil des Gesamtbetriebs, wenn mit ihm seiner Struktur nach eigenständig eine betriebliche Tätigkeit ausgeübt werden kann. Notwendig sind für das Vorliegen eines Teilbetriebs regelmäßig ein eigener Kundenstamm und eigene Einkaufsbeziehungen. Wichtige Indizien sind eine örtliche Trennung (z.B. eigene Räumlichkeiten), der Einsatz eigenen Personals sowie eine gesonderte Buchführung oder Kostenrechnung und eine selbständige Preisgestaltung.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Weiter ist erforderlich, dass alle stillen Reserven insgesamt und in einem Akt realisiert werden, d.h. alle **wesentlichen Betriebsgrundlagen des Betriebsvermögens** müssen an den Erwerber mitübertragen werden. Werden wesentliche Betriebsgrundlagen dagegen als Betriebsvermögen des Veräußerers zurückgehalten, liegt insgesamt keine (Teil-)Betriebsveräußerung i.S.d. §§ 16, 34 EStG vor. In diesen Fällen erzielt der Veräußerer stattdessen laufenden Gewinn aus der Veräußerung einzelner Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens. Die „**Wesentlichkeit**“ bestimmt sich dabei zum einen funktional (z.B. nicht kurzfristig wiederbeschaffbares Anlagevermögen), zum anderen aber auch quantitativ (Wirtschaftsgüter, die erhebliche stille Reserven enthalten) (**kombiniert funktional-quantitative Betrachtungshinweise**).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Speziell bei Veräußerung von Mitunternehmeranteilen (z.B. Veräußerung einer Kommanditbeteiligung) ist weitere Voraussetzung für die Vergünstigung nach § 34 Abs. 3 EStG, dass vorhandenes **Sonderbetriebsvermögen** dann mitveräußert werden muss, wenn es sich um wesentliches Sonderbetriebsvermögen handelt.
- **Wesentliche Betriebsgrundlagen** in diesem Sinne sind in funktionaler Hinsicht in der Regel die bedeutenderen Wirtschaftsgüter des **Anlagevermögens** wie insbesondere Betriebsgrundstücke, Maschinen- und Betriebsvorrichtungen als solche, nicht dagegen kurzfristig wiederzubeschaffende einzelne Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens, jedenfalls dann nicht, wenn sie von relativ geringem Wert sind.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Wesentliche Betriebsgrundlagen können auch **immaterielle Wirtschaftsgüter** wie z.B. öffentlich-rechtliche Genehmigungen, Namensrechte oder wichtige Verträge wie z.B. ein Bezirkshändlervertrag sein (Schmidt, EStG, § 16 EStG Rz. 104). **Umlaufvermögen** ist dagegen grundsätzlich kurzfristig wieder beschaffbar und stellt daher meist keine wesentliche Betriebsgrundlage dar. Anders kann dies jedoch im Einzelfall einem nicht ohne weiteres leicht wieder zu beschaffenden Warenbestand eines Produktionsunternehmens sein, oder bei Einzelhandelsunternehmen, bei denen das Warenlager nach der Rechtsprechung des BFH sogar in der Regel zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen gehört (Schmidt, EStG, § 16 EStG Rz. 106).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

Beispiel:

Teppichgroßhändler X veräußert sein Einzelunternehmen. Er hat mit wertvollen Orientteppichen gehandelt, und zwar sowohl mit Neuware wie auch mit antiquarischen bzw. gebrauchten Teppichen. Werden hier die Teppiche, die bilanziell zum Umlaufvermögen zählen, im Rahmen der Unternehmensveräußerung im Ganzen zurückbehalten, liegt grundsätzlich ein schädliches Zurückhalten wesentlicher Betriebsgrundlagen vor.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Wird wesentliches Sonderbetriebsvermögen aufgrund des Verkaufs des Mitunternehmeranteils zu steuerlichem Privatvermögen (z.B. Zurückhalten des Sonderbetriebsvermögens in Form eines vermieteten Grundstücks beim Veräußerer als Privatvermögen), führt dies dazu, dass **insgesamt die Aufgabe eines Mitunternehmeranteils** angenommen wird. Da aber auch dann sämtliche stille Reserven, auch die im Sonderbetriebsvermögen, in einem einheitlichen Vorgang aufgedeckt werden, ist dies nicht steuerschädlich, d.h. dann ist auf den entstehenden Gewinn - freilich als Aufgabegewinn - insgesamt der begünstigte Steuersatz anzuwenden.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

Praxishinweis:

Soll das Sonderbetriebsvermögen vom Verkäufer weitergeführt werden, aber steuerliches Betriebsvermögen bleiben, weil eine Realisierung der darin bestehenden stillen Reserven nicht gewollt ist, sind gestaltende Maßnahmen im Vorfeld des Verkaufs erforderlich.

- Das „Ausgliedern“ von Mitunternehmeranteilen, Teilbetrieben oder fiktiven Teilbetrieben i.S.d. § 16 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG aus dem zu verkaufenden Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil stellt dagegen auch bei engem zeitlichem Zusammenhang zur Veräußerung keine schädliche Maßnahme dar (da es sich hier um **selbständig begünstigte betriebliche Einheiten** handelt (BFH v. 25.02.2010, DStR 2010, 1025)).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Die **wesentlichen Betriebsgrundlagen** müssen an den Erwerber **veräußert** werden. Werden sie an ihn **nur zur Nutzung überlassen** (z.B. aufgrund von Miet- oder Pachtverträgen), liegt **keine Veräußerung im Ganzen** vor und kann damit die Tarifvergünstigung nach § 34 Abs. 3 EStG nicht erreicht werden.

Praxishinweis:

Insbesondere Sonderbetriebsvermögen in Form von Betriebsgrundstücken, die typischerweise wesentliche Betriebsgrundlagen darstellen, kann daher nicht einfach nach der Veräußerung des Einzelunternehmens/Mitunternehmeranteils vom Veräußerer im Betriebsvermögen zurückbehalten und dann pachtweise an den Erwerber weiterüberlassen werden. Hier sind vielmehr entsprechende Gestaltungen im Vorfeld der Veräußerung anzustreben; siehe dazu unten.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Werden **Wirtschaftsgüter, die nicht zu den wesentlichen Betriebsgrundlagen gehören**, zurückbehalten, schadet dies für die Anwendbarkeit des § 34 Abs. 3 EStG nicht. Solche Wirtschaftsgüter können sowohl zu Buchwerten vorab in ein anderes Betriebsvermögen des Veräußerers überführt werden (z.B. nach § 6 Abs. 5 EStG), sie können des Weiteren auch ins Privatvermögen überführt werden (was ohnehin nie schädlich ist, weil dann ggf. insgesamt eine Betriebsaufgabe vorliegt, siehe oben). Werden solche Wirtschaftsgüter ins Privatvermögen übernommen, ist ihr gemeiner Wert dem Veräußerungspreis hinzuzurechnen und der sich hieraus ergebende Teil des Gewinns ist Teil des begünstigten Veräußerungsgewinns.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Werden vom Veräußerer Wirtschaftsgüter, die ihrer Art nach grundsätzlich nur betrieblich genutzt werden können, zurückbehalten (z.B. Waren), handelt es sich dabei um sog. **Zwangs-Restbetriebsvermögen**; dieses Zwangs-Restbetriebsvermögen kann nicht als Privatvermögen überführt werden, sondern bleibt Betriebsvermögen. Eine spätere Veräußerung führt zu nachträglichen gewerblichen Einkünften nach § 24 Nr. 2 EStG. Wirtschaftsgüter, die dagegen auch privat genutzt werden können, kann der Steuerpflichtige auch im Zusammenhang mit der Betriebsveräußerung zum gemeinen Wert ins Privatvermögen überführen (§ 16 Abs. 3 Satz 7 EStG); auch insoweit ist der sich daraus ergebende Gewinn Teil des begünstigten Veräußerungsgewinns.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- **Zeitliche Vorgaben** für das Eintreten der Voraussetzungen des § 34 Abs. 3 EStG: In zeitlicher Hinsicht gilt, dass § 34 Abs. 3 EStG nach Auffassung der Finanzverwaltung nur dann erfüllt ist, wenn die Voraussetzungen „Vollendung des 55. Lebensjahres“ oder „dauernde Berufsunfähigkeit“ schon bei Betriebsveräußerung (und nicht erst mit Ablauf des Veranlagungszeitraums der Veräußerung) erfüllt sind (BMF v. 20.12.2005, DB 2006, 17).
- Aufgrund des Wortlauts der Vorschrift, verbunden mit dem allgemeinen Prinzip, dass die Einkommensteuer jährlich mit Ablauf des Kalenderjahres entsteht (§§ 2 Abs. 7, 36 Abs. 1 EStG), könnte man hier auch eine andere Meinung vertreten.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

Praxishinweis:

In solchen Fällen sollte in der Gestaltungspraxis daher entweder gewartet werden oder ein Verkauf als Termingeschäft gestaltet werden. In Fällen der Abwehrberatung sollte versucht werden, im Einspruchs- und Klagewege ggf. eine gerichtliche Klärung gegen die Auffassung der Finanzverwaltung zu erreichen.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 3 EStG ist die **Beendigung der bisherigen gewerblichen Tätigkeit**. Dies bedeutet, dass der Veräußerer *die* Tätigkeit, die er mit dem veräußerten Betrieb ausgeübt hat, endgültig einstellen muss. Dies bedeutet insbesondere, dass der Veräußerer nicht mit dem als Teil des Betriebs veräußerten Kundenstamm im wesentlichen Umfang auf eigene Rechnung Geschäfte machen darf, wobei in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 18 EStG hier nach h.M. ein Rückbehalt von 10 % der Kundenbeziehungen unschädlich ist (Blümich, § 16 EStG Rz. 175, FG Köln v. 15.11.2012, BB 2013, 85).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- Unschädlich ist eine anderweitige gewerbliche Tätigkeit. Auch die freie Mitarbeit im veräußerten Betrieb ist unschädlich. Generell stellt eine weitere Tätigkeit des Veräußerers für Rechnung des Erwerbers keine schädliche Weiterbetätigung dar.

Praxishinweis:

Häufig verlangt der Erwerber vom Veräußerer, dass dieser übergangsweise und mit dem Ziel der geordneten Überleitung des Unternehmens noch weiter tätig bleibt. Wird eine solche Tätigkeit als Beratervertrag oder als befristetes Anstellungsverhältnis (z.B. Weiterführung des alten Geschäftsführervertrags für eine Nachlauffrist von einem Jahr) ausgestaltet, so wird der Veräußerer jeweils für Rechnung des Erwerbers tätig; eine Gefährdung der Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 3 EStG droht grundsätzlich nicht.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(2) „Halber Steuersatz“ des § 34 Abs. 3 EStG

- In den folgenden Fällen kommt die Tarifiermäßigung nach **§ 34 Abs. 3 EStG** dagegen **nicht zur Anwendung** (vgl. Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, Teil B Rz. 98):
 - Veräußerung eines Teil-Mitunternehmeranteils (vgl. § 16 Abs. 1 Satz 2 EStG).
 - *Soweit* außerordentliche Einkünfte dem Teileinkünfteverfahren unterliegen (§ 34 Abs. 2 Nr. 1, § 3 Nr. 40 lit. b, § 3c Abs. 2 EStG).
 - *Soweit* auf der Seite des Veräußerers und auf der Seite des Erwerbers dieselbe Person Unternehmer oder Mitunternehmer ist, da der Veräußerungsgewinn insoweit nach § 16 Abs. 2 Satz 3 EStG laufender Gewinn ist und es sich damit nicht um außerordentliche Einkünfte handelt.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(3) Nichtanwendbarkeit des § 34 Abs. 3 EStG

- Aufnahme eines weiteren Gesellschafters in ein Einzelunternehmen gegen Zuzahlung in das Privatvermögen des bisherigen Einzelunternehmers, da die Teilveräußerung eines Einzelunternehmens nicht von §§ 34 Abs. 2 Nr. 1, 16 Abs. 1 Nr. 1 EStG erfasst ist.
- *Sofern* der Steuerpflichtige auf den Veräußerungsgewinn § 6b EStG (bzw. § 6c EStG für § 4 Abs. 3 EStG-Rechner) anwendet (§ 34 Abs. 1 Satz 4 und Abs. 3 Satz 6 EStG).
- *Sofern* die Veräußerung gegen Leib- bzw. Zeitrentenzahlung erfolgt und der Veräußerer *insgesamt* die Zuflussbesteuerung wählt.
- Der Veräußerer stellt die Tätigkeit, die er mit dem veräußerten Betrieb ausgeübt hat, nicht endgültig ein.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(4) Fünftel-Regelung des § 34 Abs. 1 EStG

- Kommt der halbe durchschnittliche Steuersatz z.B. wegen Unterschreiten der Altersgrenze nicht in Betracht, kann die **Fünftel-Regelung nach § 34 Abs. 1 EStG** zumindest eine Progressionsmilderung bewirken, relevant ist dies aber nur bei kleineren Transaktionen. Die Fünftel-Regelung fällt im Ergebnis nämlich nur dann ins Gewicht, wenn die übrigen Einkünfte des Verkäufers, zuzüglich eines Fünftels des Veräußerungsgewinns, unterhalb der oberen Proportionalzone des Steuertarifs („Spitzensteuersatz“) liegen.
- Zu Berechnungsbeispielen siehe EStH 34.2 sowie Wendt, FR 2000, 1199, 1204.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(4) Fünftel-Regelung des § 34 Abs. 1 EStG

Praxishinweis:

Der steuerliche Effekt der Fünftel-Regelung kann dadurch erhöht werden, dass in dem Jahr, in dem die außerordentlichen Einkünfte erzielt werden, die übrigen Einkünfte des Verkäufers möglichst reduziert werden (z.B. Verlustzuweisungen oder auch Wahl des Übertragungstichtags „01.01.“, wenn die aktive Tätigkeit des Veräußerers mit wesentlichen laufenden Einkünften im alten Jahr endet).

- Vorteil der Fünftel-Regelung ist es jedoch, dass sie auch mehrmals im Leben eines Steuerpflichtigen anwendbar ist, insoweit also kein „Verbrauch“ eintritt.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(5) Freibetrag des § 16 Abs. 4 EStG

- Neben der Begünstigung des „halben Steuersatzes“ nach § 34 Abs. 3 EStG oder der Fünftel-Regelung nach § 34 Abs. 1 EStG erhält der Veräußerer einen **Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG** in Höhe von bis zu EUR 45.000,00, der jedoch je nach Höhe des Veräußerungsgewinns eine wirtschaftlich kleine bzw. gar keine Rolle spielt, weil der Freibetrag bei Veräußerungsgewinnen von mehr als EUR 136.000,00 ratierlich abgeschmolzen wird (und damit im Ergebnis ab einem Veräußerungsgewinn von EUR 181.000,00 nicht mehr gewährt wird).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(5) Freibetrag des § 16 Abs. 4 EStG

Beispiel:

A ist 60 Jahre alt. Er veräußert seinen gesamten Gewerbebetrieb im VZ 2012 an Käufer K. Der Veräußerungsgewinn beträgt EUR 100.000,00. Der Freibetrag wird hier insgesamt gewährt, denn der Veräußerungsgewinn überschreitet nicht die Freigrenze. Auch eine ratieliche Kürzung des Freibetrags erfolgt hier nicht. Es wird der volle Freibetrag von EUR 45.000,00 gewährt.

- Auch der Freibetrag nach § 16 Abs. 4 EStG wird, wie der „halbe Steuersatz“ nach § 34 Abs. 3 EStG, nur einmal im Leben und auch nur für einen Veräußerungsvorgang gewährt (**Objektverbrauch**).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(6) Mitveräußerte Kapitalgesellschaftsanteile als Teil des veräußerten steuerlichen Betriebsvermögens

- Werden beim ertragsteuerlichen Asset Deal durch die veräußernde natürliche Person **als Teil des steuerlichen Betriebsvermögens Kapitalgesellschaftsanteile** veräußert (z.B. Anteile von Tochtergesellschaften), ist der Veräußerungsgewinn *insoweit* nach dem **Teileinkünfteverfahren** begünstigt.
- Das Teileinkünfteverfahren gilt nach § 3 Nr. 40 lit. a und b EStG nämlich auch für die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften aus einem steuerlichen Betriebsvermögen (Einzelunternehmer/Mitunternehmerschaft).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(6) Mitveräußerte Kapitalgesellschaftsanteile als Teil des veräußerten steuerlichen Betriebsvermögens

Beispiel:

U verkauft seinen als Einzelunternehmen geführten Kfz-Handelsbetrieb. Zum Unternehmen gehört eine als Anlagevermögen bilanzierte Beteiligung an einer Vertragshändler-Einkaufsgesellschaft in der Rechtsform einer GmbH. U hält - durch sein Einzelunternehmen - hieran eine Beteiligung von 0,8 %. U möchte sein Unternehmen mit allen Aktiva und Passiva an K veräußern. Insoweit als der vom Käufer K für das Unternehmen des U gezahlte Kaufpreis anteilig auf die Beteiligung entfällt, gilt das Teileinkünfteverfahren.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(6) Mitveräußerte Kapitalgesellschaftsanteile als Teil des veräußerten steuerlichen Betriebsvermögens

- Das Teileinkünfteverfahren gilt in solchen Fällen jedoch nicht, *soweit* frühere **steuerwirksame Teilwertabschreibungen** zu einer Gewinnminderung geführt haben und keine zwischenzeitliche Wertaufholung erfolgt ist (§ 3 Nr. 40 lit. a Satz 2 EStG).
- Werden Anteile an Kapitalgesellschaften im Rahmen der Veräußerung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils mitveräußert, ist der Kaufpreis entsprechend aufzuteilen (es gilt grundsätzlich die Teilwertmethode).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(6) Mitveräußerte Kapitalgesellschaftsanteile als Teil des veräußerten steuerlichen Betriebsvermögens

Praxishinweis:

Hier bietet es sich für den Verkäufer an, im Unternehmenskaufvertrag eine entsprechende Aufteilung des Gesamtkaufpreises festzulegen. Diese bindet das Finanzamt zwar rechtlich nicht, wird aber bei einer angemessenen Aufteilung in der Praxis regelmäßig anerkannt. Käufer und Verkäufer haben hier allerdings den Interessengegensatz, dass der Käufer grundsätzlich einen möglichst kleinen Anteil des Kaufpreises auf die erworbenen, für ihn nicht steuerlichen AfA-relevanten Kapitalgesellschaftsanteile angesetzt sehen will.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(6) Mitveräußerte Kapitalgesellschaftsanteile als Teil des veräußerten steuerlichen Betriebsvermögens

- *Insoweit* als der Veräußerungsgewinn nach angemessener Aufteilung auf als Teil des Betriebsvermögens veräußerte Kapitalgesellschaftsanteile entfällt und nach dem Teileinkünfteverfahren bereits begünstigt ist, greifen - auch bei Vorliegen der Voraussetzungen ansonsten - nicht die Tarifiermäßigungen nach § 34 EStG ein (§ 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(7) Re-Investition bzw. Re-Investitionsrücklage nach § 6b EStG

- Schließlich kann bei der Veräußerung eines Betriebs oder Teilbetriebs der Veräußerungsgewinn partiell durch steuerbegünstigte **Reinvestition nach § 6b EStG** „neutralisiert“ werden.
- Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass § 6b EStG die Versteuerung der durch den Veräußerungsvorgang im Grundsatz aufgedeckten stillen Reserven nur weiter hinausschiebt, aber nicht beseitigt.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(7) Re-Investition bzw. Re-Investitionsrücklage nach § 6b EStG

- § 6b EStG ist in **sachlicher Hinsicht** auf bestimmte Gewinne aus der Veräußerung von Grund und Boden und Gebäuden (Abs. 1) sowie auf Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen durch natürliche Personen als Veräußerer (Abs. 10) anwendbar. Die Vorschrift kommt also dann in Betracht, wenn der Verkäufer den Kaufpreis für das veräußerte Unternehmen jedenfalls zum Teil wieder in bestimmte Wirtschaftsgüter reinvestieren kann und will, und er im Rahmen der verkauften Wirtschaftsgüter auch Grund und Boden oder Gebäude oder (Tochter-)Kapitalgesellschaftsanteile mitveräußert. Die weiteren Voraussetzungen des § 6b Abs. 4 EStG sind zu beachten (insbesondere vorangehende **Haltefrist von sechs Jahren**).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(7) Re-Investition bzw. Re-Investitionsrücklage nach § 6b EStG

- Die Gewinnübertragungsmöglichkeit hinsichtlich des Veräußerungsgewinns aus der Veräußerung von **Kapitalgesellschaftsanteilen** nach § 6b Abs. 10 EStG ist zudem auf **EUR 500.000,00** begrenzt.

Praxishinweis:

Die Nutzung von § 6b EStG bei der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen ergibt sich meist nicht für den Fall der Veräußerung z.B. von sämtlichen GmbH-Anteilen durch einen Unternehmensinhaber, weil solche Kapitalgesellschaftsbeteiligungen typischerweise im steuerlichen Privatvermögen gehalten werden. Der von § 6b Abs. 10 EStG begünstigte Fall ist nur der, dass aus dem steuerlichen Betriebsvermögen heraus (Tochter-)Kapitalgesellschaftsbeteiligungen veräußert werden, z.B. im Rahmen der Veräußerung eines Teilbetriebs eines Einzelunternehmens oder einer Mitunternehmerschaft, in dem sich neben anderen Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens auch Kapitalgesellschaftsanteile befinden.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(7) Re-Investition bzw. Re-Investitionsrücklage nach § 6b EStG

- In **persönlicher Hinsicht** ist zu beachten, dass es sich bei § 6b EStG um eine **personenbezogene Steuervergünstigung** handelt. Veräußerer und reinvestierender Steuerpflichtiger müssen identisch sein.
- Tritt eine Personengesellschaft im Rahmen eines Asset Deals als Veräußerer auf und veräußert ihren gesamten Betrieb oder einen Teilbetrieb, in dem nach § 6b EStG begünstigte Wirtschaftsgüter enthalten sind, so gilt eine **gesellschafterbezogene Betrachtungsweise**, d.h. die Voraussetzungen des § 6b EStG sind für jeden Gesellschafter individuell und gesondert zu prüfen.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(8) Einkommensteuerliche Behandlung eines Veräußerungsverlusts bei der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Bei der natürlichen Person als Veräußerer von **Betrieben oder Teilbetrieben** kann ein entstehender **Veräußerungsverlust** aus Gewerbebetrieb im Rahmen der **allgemeinen Vorschriften zum Verlustabzug nach § 10d EStG** mit anderen Einkünften des Veräußerers verrechnet werden (horizontaler Verlustausgleich).
- Kann der Verlustausgleich mit anderen Einkünften des Steuerpflichtigen in dem VZ der Veräußerung nicht vollständig zum Ausgleich des Verlusts führen, wird der Verlust nach § 10d EStG entweder im Rahmen **Verlustrücktrags** oder im Rahmen des **Verlustvortrags** genutzt.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(8) Einkommensteuerliche Behandlung eines Veräußerungsverlusts bei der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Wird nicht ein Einzelunternehmen oder der Teilbetrieb eines Einzelunternehmens veräußert, sondern ein **Mitunternehmeranteil**, gelten die vorstehenden Grundsätze entsprechend für den veräußernden Mitunternehmer; der auf ihn entfallende Anteil am einkommensteuerlichen Verlust wird im Rahmen der einheitlichen und gesonderten Gewinnfeststellung bei der Personengesellschaft, deren Anteile veräußert wurden, festgestellt.
- Folgende **Besonderheiten** bestehen jedoch, wenn ein Mitunternehmer einer Personengesellschaft, deren Anteile veräußert werden, ein **negatives Kapitalkonto** hatte (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 469 ff.):

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(8) Einkommensteuerliche Behandlung eines Veräußerungsverlusts bei der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Scheidet der Gesellschafter aus, **ohne einen Ausgleich** für das negative Kapitalkonto leisten zu müssen, weil sein Anteil an den stillen Reserven höher oder gleich dem negativen Kapitalkonto ist, muss entweder dem Barkaufpreis das negative Kapitalkonto hinzugerechnet werden oder, was rechnerisch identisch ist, auch die übernommenen Betriebsschulden müssen als Veräußerungserlös, verbunden mit einer entsprechenden Erhöhung des Buchwerts des veräußerten Mitunternehmeranteils, erfasst werden. Dasselbe gilt, unabhängig ob und in welcher Höhe stille Reserven vorhanden sind, wenn ein **persönlich haftender Gesellschafter**, der zivilrechtlich für das negative Kapitalkonto haften würde, ohne Gegenleistung von den Schulden der Gesellschaft durch die in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter freigestellt wird.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(8) Einkommensteuerliche Behandlung eines Veräußerungsverlusts bei der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Muss der ausscheidende Gesellschafter eine **Ausgleichszahlung** leisten, die **geringer** als sein negatives Kapitalkonto ist, ist dem Barkaufpreis der um die Ausgleichszahlung verminderte Teil des negativen Kapitalkontos hinzuzurechnen. Die Ausgleichszahlung ist die erfolgsneutrale Tilgung einer betrieblichen Schuld.
- Leistet der Gesellschafter den **vollen**, dem negativen Kapitalkonto entsprechenden **Ausgleich**, entsteht insoweit weder ein Gewinn noch ein Verlust.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(8) Einkommensteuerliche Behandlung eines Veräußerungsverlusts bei der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Handelt es sich um einen **beschränkt haftenden Gesellschafter**, dem das negative Kapitalkonto zuzurechnen ist, ist zu unterscheiden, ob im insoweit eine Ausgleichspflicht trifft oder nicht. Trifft ihn zivilrechtlich eine **Ausgleichspflicht**, weil z.B. Überentnahmen der Grund dafür sind, dass das Kapitalkonto negativ ist, greifen entsprechende Wertungen wie für den unbeschränkt haftenden Gesellschafter ein. Ist das Kapitalkonto dagegen nur deshalb negativ, weil Verlustanteile darauf gebucht wurden, besteht für den ausscheidenden Gesellschafter zivilrechtlich grds. **keine Ausgleichspflicht**, denn nur im Falle zukünftiger Gewinnanteile wäre das negative Kapitalkonto wieder ausgeglichen worden, ohne dass insoweit eine Nachschusspflicht besteht.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(8) Einkommensteuerliche Behandlung eines Veräußerungsverlusts bei der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Steuerlich wird der veräußernde Gesellschafter bei zivilrechtlicher Haftungsbeschränkung aufgrund § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG die Verluste, soweit dadurch ein negatives Kapitalkonto entstanden ist oder sich erhöht hat, nicht mehr genutzt haben (wenn nicht z.B. einer der Ausnahmetatbestände nach § 15a Abs. 1 Sätze 2 oder 3 EStG vorliegt).
- Dessen ungeachtet führt der nicht ausgeglichene Wegfall des negativen Kapitalkontos auch insoweit nach der Sondervorschrift des **§ 52 Abs. 24 Satz 3 EStG** zu einer Erhöhung des Veräußerungsgewinns des Ausscheidenden.
- Auch ein nicht durch Verluste, sondern durch Entnahmen negativ gewordenes Kapitalkonto, das nicht ausgeglichen werden muss, führt zu einer Erhöhung des Veräußerungsgewinns (BFH v. 09.07.2015, DB 2015, 1874).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

➤ Der Gewinn aus der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und gesamten Mitunternehmeranteilen ist **für natürliche Personen** als Verkäufer **grundsätzlich nicht gewerbesteuerpflichtig** (§ 7 Satz 2 GewStG). Eine Gewerbesteuerbelastung ergibt sich abweichend von diesem Grundsatz jedoch in den folgenden Fällen (vgl. Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, Teil B Rz. 107):

- Nach Auffassung der Finanzverwaltung *insoweit*, als auf Seite des Erwerbers und des Verkäufers **dieselbe Person Unternehmer oder Mitunternehmer** ist. Dies ist durch die Rechtsprechung bestätigt.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- In Fällen, in denen ein Einzelunternehmen oder ein Teilbetrieb innerhalb der **letzten fünf Jahre** vor der Veräußerung **durch Umwandlung aus einer Kapitalgesellschaft** entstanden ist (§ 18 Abs. 3 UmwStG). Gleiches gilt für die Veräußerung von Mitunternehmeranteilen, wenn die Veräußerung innerhalb von fünf Jahren nach der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft erfolgt. Nach § 18 Abs. 3 Satz 3 UmwStG kommt in diesen Fällen die Gewerbesteueranrechnung nach § 35 EStG jeweils nicht zur Anwendung.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Gewerbesteuerpflicht greift auch ein für den Fall der Veräußerung nur eines **Teils eines Mitunternehmeranteils** durch eine natürliche Person, weil die Regelung in § 16 Abs. 1 Satz 2 EStG nach Auffassung der Finanzverwaltung wie der Rechtsprechung auch für Zwecke der Gewerbesteuer durchschlägt.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Speziell für den Fall der **Veräußerung eines Betriebs oder Teilbetriebs durch eine gewerbliche Personengesellschaft** ist nach § 7 Satz 2 GewStG zu beachten, dass Gewerbesteuerpflicht besteht, *soweit* der Veräußerungsgewinn nicht auf eine natürliche Person als unmittelbar beteiligter Mitunternehmer entfällt. Hier ist zu beachten, dass die Gewerbesteuer von der Personengesellschaft als Steuerschuldner und damit wirtschaftlich von allen Mitunternehmern getragen wird (§ 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG). Dies führt bei der Veräußerung von Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer zu Problemen, wenn andere mitverkaufende Gesellschafter nicht gewerbesteuerfrei verkaufen, weil es sich bei den Mitgesellschaftern um Kapitalgesellschaften handelt.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Hier sollte, wenn nicht schon im Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung besteht, im Anteilskaufvertrag eine entsprechende Regelung vorgesehen werden, die eine verursachungsgerechte Verteilung der entsprechenden Gewerbesteuer vorsieht.
- Spezialfall der **doppelstöckigen Personengesellschaften**: Veräußert die Obergesellschaft ihren Anteil an der Untergesellschaft, unterliegt der Veräußerungsgewinn auch insoweit der Gewerbesteuer, als an der Obergesellschaft natürliche Personen als Mitunternehmer beteiligt sind (BFH v. 22.07.2010, DB 2010, 2259, 2260).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Wird dagegen der Anteil an der Obergesellschaft selbst durch natürliche Personen veräußert, sollte der Veräußerungsgewinn nach einer nicht unbestrittenen Literaturmeinung auch insoweit nicht gewerbesteuerpflichtig sein, als er rechnerisch auf die Anteile an der Untergesellschaft entfällt; auch die Finanzverwaltung sieht hierin einen einheitlichen Vorgang und scheint sich daher dieser Auffassung anschließen zu wollen (R 7.1 Abs. 3 Satz 5 GewStR).

Praxishinweis:

Es sollte mangels BFH-Rechtsprechung zu dieser Frage im Einzelfall geprüft werden, vorab eine verbindliche Auskunft einzuholen.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Für den Fall, dass bei der Transaktion Gewerbesteuer anfällt, stellt sich die Frage nach der Anwendbarkeit der **einkommensteuerlichen Anrechnungsvorschrift des § 35 EStG**. Nach dieser Vorschrift ermäßigt sich die tarifliche Einkommensteuer, soweit sie anteilig auf im zu versteuernden Einkommen enthaltene gewerbliche Einkünfte entfällt, um das 3,8-fache des für den Veranlagungszeitraum entsprechenden Erhebungszeitraums festgesetzten Gewerbesteuermessbetrags, wobei die Einkommensteuerermäßigung auf die tatsächlich gezahlte Gewerbesteuer begrenzt ist (§ 35 Abs. 1 Satz 5 EStG).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

- (9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

Beachte:

Die Begrenzung der Gewerbesteueranrechnung auf die tatsächlich gezahlte Gewerbesteuer wurde durch die Unternehmenssteuerreform 2008 eingeführt. Vormals bestehende Modelle, die vorsahen, je nach geltendem Hebesatz unter Umständen „freiwillig“ eine Gewerbesteuerpflicht herbeizuführen, um dann von einem Anrechnungsüberhang profitieren zu können, sind daher nicht mehr sinnvoll.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Bei der Anwendbarkeit der Anrechnungsvorschrift ist zu unterscheiden, ob ein Betrieb (Einzelunternehmen) oder ein Mitunternehmeranteil veräußert wird: Wird ein **Einzelunternehmen** veräußert, ist die Anwendbarkeit des § 35 EStG unproblematisch, denn der Gewerbeertrag, soweit der Verkauf überhaupt gewerbesteuerpflichtig ist, fällt in die Sphäre des veräußernden Einzelunternehmers und es ergibt sich ein **personeller Gleichlauf** zwischen dem einkommensteuerpflichtigen Veräußerungsgewinn und der anrechenbaren Gewerbesteuer.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

- Problematischer ist dies dagegen bei der Veräußerung von **Mitunternehmeranteilen**: Wird **zum Jahreswechsel** und damit zum Ende eines vollen Erhebungszeitraums veräußert, können der oder die veräußernden Gesellschafter, auch wenn es zu einem vollständigen Gesellschafterwechsel und damit einem gewerbesteuerlichen Unternehmerwechsel kommt, die Gewerbesteuer ohne Weiteres auf ihre jeweilige Einkommensteuer anrechnen. Erfolgt eine **unterjährige** Veräußerung, so sollte die Anrechenbarkeit nach § 35 EStG in der Person eines Veräußerers dann unproblematisch sein, wenn insgesamt ein **vollständiger Gesellschafterwechsel** und damit ein gewerbesteuerlicher

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

- (9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

Unternehmerwechsel vorliegt, weil dann der Veräußerungszeitpunkt mit dem Ablauf eines im Sinne von § 14 Satz 3 GewStG abgekürzten Erhebungszeitraums zusammenfällt, der zum Veräußerungszeitpunkt endet. Die Entlastungswirkung des § 35 EStG wird hier für den gewerbesteuerlich als eingestellt geltenden Gewerbebetrieb gesondert ermittelt. **Veräußert dagegen z.B. nur ein Gesellschafter unterjährig**, während andere Gesellschafter in der Gesellschaft verbleiben, kommt es nur zu einem partiellen Gesellschafterwechsel und damit nicht zu einem gewerbesteuerlichen Unternehmerwechsel. Die Gewerbesteuer entsteht jedoch - weil in diesem Fall die Personengesellschaft als

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

- (9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

Gewerbesteuersubjekt als solche ja fortbesteht und mangels vollständigem Gesellschafterwechsel auch nicht als gewerbesteuerlich eingestellt gilt – am Ende des Kalenderjahres als regulären Erhebungszeitraums, und eine Anrechnung der Gewerbesteuer kann nur zu Gunsten der Gesellschafter erfolgen, die zu diesem Zeitpunkt noch Gesellschafter der Unternehmerschaft sind. Dies sind jedoch, aufgrund des unterjährigen Verkaufs nur eines oder mancher Gesellschafter, nicht dieselben Gesellschafter, wie vor der (teilweisen) Veräußerung von Anteilen. Dies hat zur Folge, dass ein unterjährig ausgeschiedener Gesellschafter keine Anrechnung einer Gewerbesteuer auf den Veräußerungsgewinn nach § 35 EStG auf seine

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

- (9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

persönliche Einkommensteuer erreichen kann (vgl. BFH vom 14.1.2016 DStR 2016, 1094). Ob statt dessen der Erwerber des veräußerten Anteils, oder weitere in der Gesellschaft verbliebene Mitunternehmer die Gewerbesteueranrechnung nutzen können, hängt von deren Rechtsform ab (natürliche Personen: ja, Kapitalgesellschaften: nein).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

- (9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

Praxishinweis:

Sowohl der Veräußerer wie auch der Erwerber wie auch etwaige in der Gesellschaft verbleibende Gesellschafter haben ein Interesse daran, anlässlich der Veräußerung die vorstehend beschriebenen, oft zufällig wirkenden Rechtsfolgen vertraglich zu regeln, sei es im Unternehmenskaufvertrag oder sei es gesellschaftsvertraglich oder sei es dadurch, dass etwaige nach Gesellschaftsvertrag oder Gesetz bestehende Zustimmungspflichten zur Anteilsveräußerung vom Abschluss einer entsprechenden Regelung abhängig gemacht werden. Entsprechende Vereinbarungen können auch direkte Auswirkung auf die Steuerermäßigung nach § 35 EStG haben. Denn es ist grundsätzlich der allgemeine Gewinnverteilungsschlüssel der Mitunternehmerschaft

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

zum Ablauf des Wirtschaftsjahres auch für § 35 EStG maßgeblich. Die Frage, ob zivilvertraglich Gewerbesteuermessbeträge z.B. bzgl. des Veräußerungsgewinns dem Veräußerer zugewiesen können, ist nach BFH vom 14.1.2016, DStR 2016, 1094 wohl eher zu verneinen.

- Ein **Veräußerungsverlust** hat folgende **gewerbesteuerliche Auswirkungen**: Kommt es zu einem gewerbesteuerlichen Unternehmerwechsel (z.B. der Einzelunternehmer verkauft sein gesamtes Einzelunternehmen), kann der Veräußerungsverlust mit einem etwaigen laufenden Gewerbeertrag verrechnet werden, der bis zur Veräußerung beim Veräußerer entstanden ist; insoweit gelten keine Besonderheiten. Erfolgt dagegen kein gewerbesteuerlicher Unternehmerwechsel (z.B. bei einer Personengesell-

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.1 Veräußerer ist eine natürliche Person

(9) Gewerbesteuerliche Behandlung der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch natürliche Personen als Veräußerer

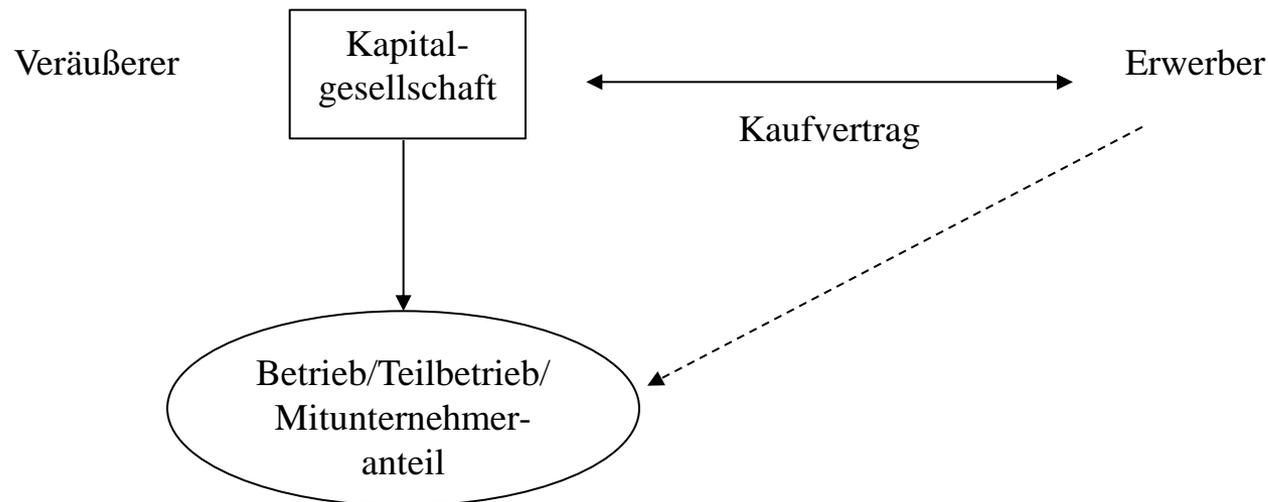
schaft verkaufen nicht alle Mitgesellschafter), muss unterschieden werden. Erfolgt die Veräußerung zum **Jahreswechsel**, ist der Veräußerungsverlust mit dem laufenden gewerbesteuerlichen Ergebnis verrechenbar. Erfolgt dagegen eine Veräußerung **während des Jahres**, wird der Veräußerungsverlust zum Ende des Kalenderjahres in den Gewerbeertrag des gesamten Erhebungszeitraums einbezogen, ohne dass aufgrund des Fortbestehens des gewerbesteuerlichen Unternehmers ein abgekürzter Erhebungszeitraum gebildet wird. In der Folge bedeutet dies, dass vor wie nach dem teilweisen Gesellschafterwechsel entstehende laufende gewerbesteuerliche Gewinne oder Verluste mit dem Veräußerungsverlust verrechnet werden.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

- Für den Fall des **Verkaufs von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen** durch **Kapitalgesellschaften als Verkäufer** ergibt sich die im nachfolgenden Schaubild skizzierte Ausgangskonstellation:



6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(1) Körperschaftsteuerliche Behandlung

- Die Vergünstigungen nach den §§ 16, 34 Abs. 1 und 3 EStG („halber“ durchschnittlicher Steuersatz bzw. Fünftel-Regelung bzw. Freibetrag) gelten für Kapitalgesellschaften als Verkäufer nicht. Es liegt **grundsätzlich ein laufender, voll körperschaftsteuerpflichtiger Ertrag**, erzielt durch die Veräußerung von Betriebsvermögen, vor.
- Dabei spielt es keine Rolle und „nützt“ steuerlich auch grundsätzlich nichts, wenn das verkaufte Betriebsvermögen die Begriffsvoraussetzungen eines steuerlichen Teilbetriebs erfüllen würde.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(1) Körperschaftsteuerliche Behandlung

- **Steuerbefreiungen bzw. Steuervergünstigungen** können sich **nur partiell** ergeben, nämlich über **§ 6b Abs. 1, 3 EStG** (Reinvestition oder Rücklagenbildung hinsichtlich des Teils des Veräußerungsgewinns, der auf Grund und Boden bzw. Gebäude entfällt).
- **§ 6b Abs. 10 EStG** (Reinvestition von Gewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften) gilt für Kapitalgesellschaften als Veräußerer dagegen nicht.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(1) Körperschaftsteuerliche Behandlung

- **Soweit** sich im veräußerten Betrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmeranteil, Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften (z.B. Tochtergesellschaften) befinden, gilt grundsätzlich **§ 8b Abs. 2 KStG**, d.h. im Ergebnis Steuerfreiheit des Veräußerungsgewinns in Höhe von 95 % (§§ 8b Abs. 2 und 3 KStG).
- Ausnahmsweise besteht dagegen volle Körperschaftsteuerpflicht auch für solche Veräußerungsgewinne (§ 8b Abs. 7 KStG, siehe dazu unten).
- Eine weitere Ausnahme wird künftig für Steuerbesitzanteile (unter 10% des Grund- bzw. Stammkapitals gelten (§ 8b Abs. 4 Satz 1 KStG-E i.d.F. des InvStRefG, siehe dazu unten).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(1) Körperschaftsteuerliche Behandlung

- Der bei der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen entstehende körperschaftsteuerliche **Ertrag** kann zu einer **Verlustnutzung bei der veräußernden Kapitalgesellschaft** verwendet werden, wobei aber die Auswirkungen der Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG zu beachten sind (d.h. unbegrenzte Verrechnung eines bestehenden Verlustvortrags nur bis zur Höhe von EUR 1 Mio. und darüber hinaus begrenzt auf maximal 60 % des Einkommens der Kapitalgesellschaft).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(1) Körperschaftsteuerliche Behandlung

- Ergibt sich dagegen ein **Veräußerungsverlust**, so kann dieser, wiederum im Rahmen der Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, mit etwaigen anderen, positiven Bestandteilen des körperschaftsteuerlichen Einkommens der veräußernden Kapitalgesellschaft verrechnet werden. Kann der entstehende Veräußerungsverlust danach im Veranlagungszeitraum, in dem die Veräußerung steuerlich realisiert wird, nicht vollständig verrechnet werden, ergibt sich im zukünftigen, der Veräußerung nachfolgenden Veranlagungszeiträumen nutzbarer Verlustvortrag. Dieser verbleibt bei der veräußernden Körperschaft. Die Beschränkungen des § 8c KStG gelten insoweit nicht.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(2) Gewerbesteuerliche Behandlung

- Gewinne, die Kapitalgesellschaften als Veräußerer aus der Veräußerung von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen erzielen, **unterliegen voll der Gewerbesteuer** (Gegenschluss zu § 7 Satz 2 GewStG).
- Gemäß § 7 Satz 1 GewStG i.V.m. § **8b Abs. 2 und 3 KStG** gilt jedoch zumindest die Freistellung von Veräußerungsgewinnen in Höhe von 95 % **insoweit**, als sich im veräußerten Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften befinden, auch für die Gewerbesteuer.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(2) Gewerbesteuerliche Behandlung

Beachte:

Das „Durchschlagen“ der Regelungen des § 8b Abs. 2 und 3 KStG auch für die Gewerbesteuer gilt unabhängig von der Höhe der Beteiligung, die veräußert wird. Anders als bei Ausschüttungen ist hier gerade kein „Schachtelprivileg“ zu erfüllen, sondern auch eine Beteiligung von beispielsweise 5 % einer Kapitalgesellschaft an einer anderen Kapitalgesellschaft kann zu 95 % körperschaft- und gewerbesteuerfrei veräußert werden (sofern nicht § 8b Abs. 7 KStG eingreift).

- Die aus der Veräußerung von **Betrieben und Teilbetrieben** resultierende Gewerbesteuer kann im Falle eines Veräußerungsgewinns - wiederum im Rahmen der Mindestbesteuerung nach § 10a Sätze 1 und 2 GewStG - **mit bestehenden gewerbesteuerlichen Verlustvorträgen** der veräußernden Kapitalgesellschaft **verrechnet** werden.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(2) Gewerbesteuerliche Behandlung

- Wird von einer Kapitalgesellschaft ein **Mitunternehmeranteil**, also ein Gesellschaftsanteil an der gewerblichen oder gewerblich geprägten Personengesellschaft veräußert, ist zu beachten, dass die Gewerbesteuer nach § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG **auf Ebene der Personengesellschaft** anfällt und von dieser geschuldet wird. Bei der veräußernden Kapitalgesellschaft unterliegt der Veräußerungsgewinn dagegen nicht mehr erneut der Gewerbesteuer (er wird vielmehr nach § 9 Nr. 2 GewStG gekürzt). Dadurch wird eine Doppelbelastung mit Gewerbesteuer auf Ebene der Personengesellschaft, deren Anteile veräußert werden, und der veräußernden Kapitalgesellschaft vermieden.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(2) Gewerbesteuerliche Behandlung

Praxishinweis:

Hat die Personengesellschaft mehrere Gesellschafter und veräußern nicht alle Gesellschafter oder veräußern natürliche Personen und Kapitalgesellschaften als Veräußerer, besteht ein Bedürfnis nach entsprechenden vertraglichen Regelungen zwischen den Parteien, um sicherzustellen, dass die Gewerbesteuerbelastung verursachungsgerecht von dem jeweiligen „Veranlasser“, also z.B. der veräußernden Kapitalgesellschaft, getragen wird. Enthält nicht bereits der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaft, deren Anteile veräußert werden, entsprechende Regelungen, können solche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag, ggf. als echter Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) vorgesehen werden. Nicht veräußernde Mitgesellschafter sollten ggf. ihre Zustimmung zu der Veräußerung, soweit diese nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag erforderlich ist, von einer solchen Regelung abhängig machen.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.1 Verkauf von Betrieben, Teilbetrieben, und Mitunternehmeranteilen

6.1.2 Verkauf durch Kapitalgesellschaften als Veräußerer

(2) Gewerbesteuerliche Behandlung

- Wird aus der Veräußerung dagegen ein **Verlust** erzielt, kann dieser für Gewerbesteuerzwecke mit etwaigen anderen, positiven Bestandteilen des Gewerbeertrags i.S.d. §§ 7 ff. GewStG verrechnet werden, wiederum im Rahmen der Mindestbesteuerung nach § 10a Sätze 1 und 2 GewStG.
- Ist der Veräußerungsverlust so groß, dass die übrigen Bestandteile des steuerpflichtigen Gewerbeertrags im Rahmen der Mindestbesteuerung zur Verrechnung nicht ausreichen, entsteht aus dem Veräußerungsvorgang ein vortragsfähiger **gewerbesteuerlicher Verlustvortrag**. Dieser bleibt von der Veräußerung des Betriebsvermögens durch die veräußernde Kapitalgesellschaft unberührt; § 10a Satz 10 GewStG i.V.m. § 8c KStG gilt hierfür nicht.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

- Der Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften ist der „**ertragsteuerliche Share Deal**“. Es muss unterschieden werden, ob der Verkäufer eine natürliche Person ist, oder ob eine Kapitalgesellschaft verkauft (z.B. weil der Unternehmer eine oder mehrere operative Kapitalgesellschaften durch eine Kapitalgesellschafts-Holding hält).

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

- Ist der **Veräußerer eine natürliche Person**, muss für die steuerliche Behandlung noch einmal danach unterschieden werden, ob der Veräußerer die Anteile an der verkauften Kapitalgesellschaft in einem **Betriebsvermögen** oder im steuerlichen **Privatvermögen** hält.

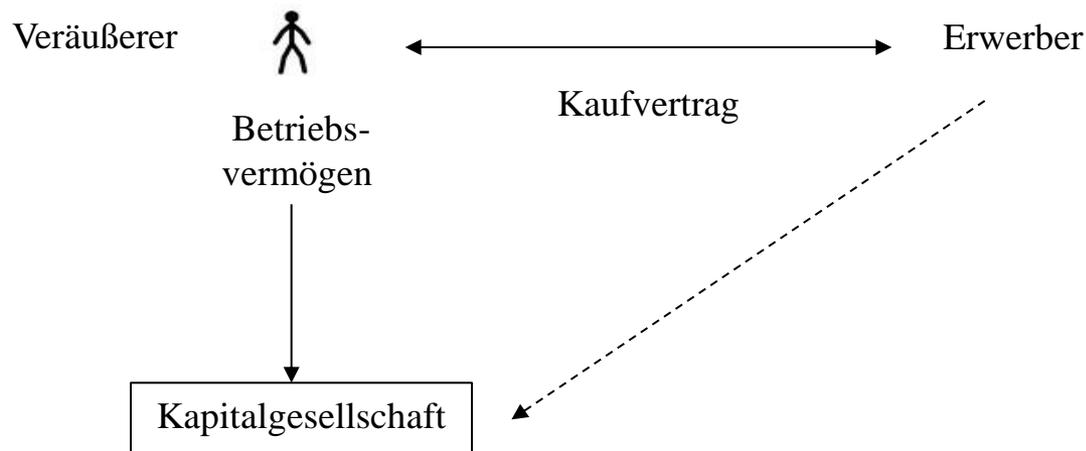
6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

- Veräußert eine **natürliche Person** aus dem **Betriebsvermögen** Anteile an einer Kapitalgesellschaft, dann liegt die in der nachfolgenden Übersicht skizzierte Ausgangskonstellation vor:



6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

- Werden Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die eine natürliche Person im Betriebsvermögen hält, veräußert, so unterliegt der Veräußerungsgewinn dem **Teileinkünfteverfahren** nach § 3 Nr. 40 lit. a EStG.
- Der Veräußerungspreis ist danach nur zu 60 % anzusetzen, während im Gegenzug Veräußerungskosten, einschließlich die bilanzierten Anschaffungskosten der Kapitalgesellschaftsbeteiligung, nach § 3c Abs. 2 EStG ebenfalls nur zu 60 % abgezogen werden dürfen.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

Beispiel:

X betreibt einen Automobilhandel in der Rechtsform eines Einzelunternehmens. Zum Betriebsvermögen gehört die Beteiligung an einer GmbH, die verschiedene Vertragshändler gemeinsam zur Bündelung ihrer Einkaufsinteressen in Bezug auf Öl und Schmierstoffe gegründet haben. X möchte seine Beteiligung an dieser Gesellschaft, die 3 % des Stammkapitals beträgt, veräußern. Er war Gründungsgesellschafter, und hat neben einem Stammkapital von EUR 300,00 einen Einschuss in die Rücklagen in Höhe von EUR 20.000,00 geleistet. Die Beteiligung soll für EUR 100.000,00 verkauft werden. Im Beispiel erzielt X einen Veräußerungsgewinn in Höhe von EUR 79.700,00, der nach dem Teileinkünfteverfahren zu 60 %, d.h. in Höhe von EUR 47.820,00 nach dem persönlichen Steuersatz des X bei diesem einkommensteuerpflichtig ist.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

- Dieselbe steuerliche Behandlung, nämlich Besteuerung des Veräußerungsgewinns nach dem Teileinkünfteverfahren, gilt auch, wenn eine **Mitunternehmerschaft** (steuerlich gewerbliche Personengesellschaft wie z.B. oHG, KG oder GmbH & Co. KG) aus dem Betriebsvermögen heraus eine Kapitalgesellschaftsbeteiligung veräußert.
- Die Regelungen des einkommensteuerlichen Teileinkünfteverfahrens schlagen über § 7 Satz 1 GewStG auch auf die **Gewerbsteuer** durch, d.h. der Veräußerungsgewinn unterliegt im Ergebnis nur zu 60 % der Gewerbesteuer. Nach § 35 Abs. 1 EStG erfolgt jedoch die Gewerbesteueranrechnung.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

- In Betracht kommt hier zu einer teilweisen Minderung des Veräußerungsgewinns die **Re-Investitionsmöglichkeit nach § 6b Abs. 10 EStG**. Veräußerungsgewinne aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen können **bis zu EUR 500.000,00** ganz oder anteilig von den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten anderer Anteile an Kapitalgesellschaften bzw. abnutzbarer beweglicher Wirtschaftsgüter bzw. Gebäude im gleichen Jahr abgezogen werden bzw. die Gewinne können durch die Bildung einer § 6b EStG-Rücklage zunächst neutralisiert werden. Die Grenze von EUR 500.000,00 bildet dabei einen Jahreshöchstbetrag für alle Anteilsveräußerungen in einem Veranlagungszeitraum, und zwar *vor* Anwendung des Teileinkünfteverfahrens. Wesentlich bei Mitunternehmerschaften als Veräußerer ist, dass im Rahmen des § 6b EStG

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

eine **gesellschafterbezogene Betrachtungsweise** gilt, woraus folgt, dass der Höchstbetrag von EUR 500.000,00 sich nach der Anzahl der Gesellschafter vervielfacht (OFD Frankfurt a.M. v. 11.04.2013, DB 2013, 1330). Aus der gesellschafterbezogenen Betrachtungsweise ergibt sich die Möglichkeit, dass die aufgedeckten stillen Reserven auch zwischen verschiedenen Betriebsvermögen übertragen werden können. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von § 6b Abs. 10 EStG ist allerdings, dass die Kapitalgesellschaftsanteile vor der Veräußerung mindestens **sechs Jahre** im Betriebsvermögen **gehalten** wurden.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

- Wird nicht im selben Wirtschaftsjahr, in dem die Anteile veräußert werden, eine Übertragung der stillen Reserven in eine Re-Investition vorgenommen, sondern wird eine **§ 6b EStG-Rücklage** gebildet, muss diese innerhalb der Re-Investitionsfrist auf ein begünstigtes Re-Investitionswirtschaftsgut übertragen werden; andernfalls ist die Rücklage aufzulösen, mit der Folge, dass der Auflösungsgewinn seinerseits mit dem Teileinkünfteverfahren besteuert wird, und noch mit 6 % p.a. zu verzinsen ist.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

- **Nachbesteuerung bei der Veräußerung von aus Einbringungsvorgängen herrührenden Anteilen:** Vor einer Anteilsveräußerung müssen sich die veräußerungswillige natürliche Person bzw. deren steuerliche Berater über die Entstehungshistorie der zu verkaufenden Kapitalgesellschaftsbeteiligung im Klaren werden. Sind die Anteile aus einem Einbringungsvorgang mit **Wertansätzen unter dem gemeinen Wert** (d.h. Buch- oder Zwischenwertansatz) entstanden (= Fälle des § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG, z.B. aus einem Einzelunternehmen wurde ein Teilbetrieb durch Sachgründung oder Ausgliederung in eine Tochter-GmbH überführt), wird bei einem Verkauf dieser Anteile nach § 22 Abs. 1 UmwStG rückwirkend auf den Einbringungszeitpunkt der sog. „**Einbringungsgewinn I**“ besteuert. Einbringungsgewinn I ist dabei die Differenz zwischen dem

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

gemeinen Wert des damals eingebrachten Betriebsvermögens und dem damals angesetzten (Buch- oder Zwischen-)Wert, vermindert um jeweils ein Siebtel pro vollem Zeitjahr, das seit dem Einbringungszeitpunkt abgelaufen ist. Wirtschaftlich wachsen also ratierlich über sieben Jahre die in einem Betriebsvermögen enthaltenen stillen Reserven aus dem Besteuerungsregime der Vollversteuerung in das des Teileinkünfteverfahrens. §§ 16 Abs. 4 und 34 EStG sind auf die Besteuerung des Einbringungsgewinns I nicht anzuwenden (§ 22 Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz UmwStG). Der Einbringungsgewinn I führt steuerlich zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung (§ 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG). Der Anteilsveräußerungsvorgang als solcher unterliegt „regulär“ dem Teileinkünfteverfahren.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

- Ergibt sich ein **Veräußerungsverlust**, so kommt es nach dem Teileinkünfteverfahren im Ergebnis nur zu einer 60%igen Berücksichtigung (§§ 3 Nr. 40 lit. a), 3c Abs. 2 EStG). Dies gilt für Veranlagungszeiträume ab einschließlich 2011 unabhängig davon, ob die veräußerte Beteiligung tatsächlich jemals positive, nach dem Teileinkünfteverfahren steuerpflichtige Einkünfte vermittelt hat, denn nach § 3c Abs. 2 Satz 2 EStG ist allein die Absicht zur Erzielung von Betriebsvermögensmehrungen nach § 3 Nr. 40 EStG ausreichend, damit § 3c Abs. 2 EStG Anwendung findet.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(1) Anteile des steuerlichen Betriebsvermögens

- § 3c Abs. 2 EStG gilt dabei bis einschl. VZ 2014 nicht für Wertminderungen/Verluste bzgl. **Gesellschafterdarlehen**, selbst wenn das Darlehen nicht zu fremdüblichen, sondern begünstigten Konditionen gewährt wurde (BFH v. 18.04.2012, DB 2012, 1542; BMF v. 23.10.2013, BStBl. I 2013, 1269).
- Ab VZ 2015 gilt § 3c Abs. 2 EStG nach den neueingefügten Sätzen 2 ff. (i.d.F. des Gesetzes zur Anpassung der AO an den EU-Zollkodex) für Wertminderungen/Verluste bzgl. Gesellschafterdarlehen eines **zu mehr als 25% beteiligten Gesellschafters**, außer wenn das Darlehen nachweislich zu fremdüblichen Konditionen gewährt wurde oder auch ein fremder Dritter es noch nicht zurückgefordert hätte.

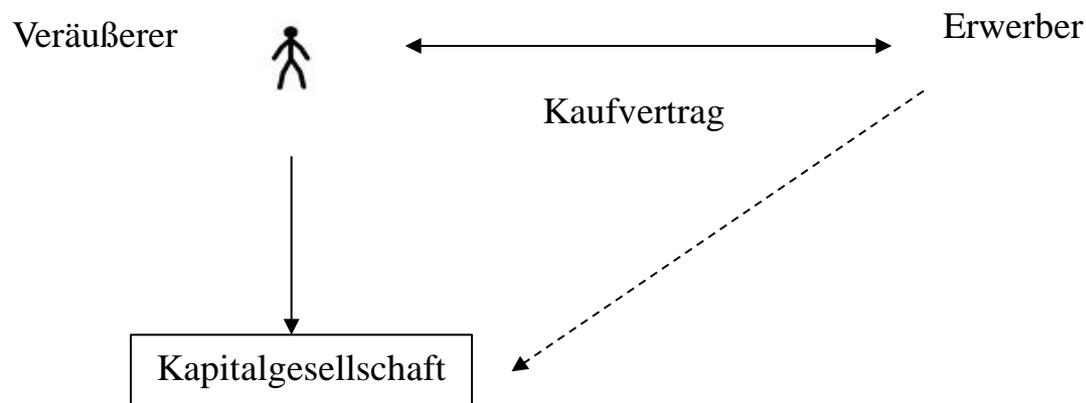
6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- Hält der Veräußerer als natürliche Person die Anteile an zu veräußernden Kapitalgesellschaftsunternehmen unmittelbar, stellen sie **grundsätzlich steuerliches Privatvermögen** dar. Es ergibt sich hier folgende Ausgangskonstellation:



6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- Die Veräußerung ist dann nach **§ 17 Abs. 1 Satz 1 EStG (Veräußerungen von „wesentlichen“ Beteiligungen an Kapitalgesellschaften)** steuerpflichtig, wenn innerhalb der letzten fünf Jahre eine mindestens **1-%ige Beteiligung** vorlag oder es sich um eine Beteiligung i.S.d. Sonderregel des § 17 Abs. 6 EStG handelt.
- Durch die **schrittweise Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle** seit dem 01.01.1999 sind jeweils zuvor nicht wesentliche Beteiligungen mit ihren historischen Anschaffungskosten in den steuerlich relevanten Bereich „hineingerutscht“, sodass auch in der Steuerfreiheit gebildete Reserven dadurch nachträglich steuerverstrickt wurden. Der BFH hatte mit Urteil vom 01.03.2005 die Auffassung angenommen, dass diese Behandlung nicht verfassungswidrig ist und trotz des „Hineinrutschens“ einer vormals nicht

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

steuerhafteten Beteiligung in die abgesenkten Wesentlichkeitsschwellen bei der Berechnung des Veräußerungsgewinns die historischen Anschaffungskosten maßgeblich seien (und nicht etwa der gemeine Wert im Zeitpunkt der Steuerverstrickung). Das **Bundesverfassungsgericht** hat dagegen mit Beschluss vom 07.07.2010 entschieden, dass die Absenkung der relevanten Beteiligungsquote von mehr als 25 % (bis Ende 1998) auf 10 % (ab dem Veranlagungszeitraum 1999) durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 insoweit verfassungswidrig ist, soweit in einem Veräußerungsgewinn Wertsteigerungen steuerlich erfasst werden, die bis zur Verkündung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 am 31.03.1999 entstanden sind und die entweder - bei einer Veräußerung bis zu diesem Zeitpunkt - nach der zuvor geltenden Rechtslage steuerfrei realisiert worden sind oder - bei einer Veräußerung nach Verkündung des Gesetzes – sowohl

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

zum Zeitpunkt der Verkündung als auch zum Zeitpunkt der Veräußerung nach der zuvor geltenden Rechtslage steuerfrei hätten veräußert werden können. In solchen Fällen gilt dann als „Ersatzwert“ anstelle der historischen Anschaffungskosten der **gemeine Wert der veräußerten Anteile per 31.03.1999** (vgl. dazu BMF v. 20.12.2010, BStBl. 2011, 14).

- Noch weitergehend als das BVerfG hat der BFH mit Urteil v. 11.12.2012, DB 2013, 375 schließlich eine **zeitraumbezogene Auslegung** der „Wesentlichkeitsschwelle“ als maßgeblich angesehen, und sah sich an dieser neuen Auslegung auch durch das BVerfG-Urteil (Gesetzeskraft!) nicht gehindert. Im Nachgang hat das FG Köln mit Urteil vom 28.08.2013, EFG 2013, 200, für die Absenkung der Wesentlichkeitsschwelle von 10% auf 1% ebenfalls im Sinne der **zeitraumbezogenen Auslegung** geurteilt.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- Ein nach den § 17 EStG entstehender steuerbarer **Veräußerungsgewinn** ist nach dem **Teileinkünfteverfahren** zu besteuern (§ 3 Nr. 40 lit. c EStG). Danach ist der Veräußerungspreis nur zu 60 % anzusetzen. Andererseits sind die mit der Veräußerung wirtschaftlich zusammenhängenden Aufwendungen und insbesondere auch die den Veräußerungserlös mindernden Anschaffungskosten der Anteile auch nur zu 60 % abziehbar (§ 3c Abs. 2 EStG).
- Maßgeblich für die Bestimmung des Veräußerungsgewinns nach § 17 EStG ist zum einen der **Veräußerungserlös**. Der Veräußerungspreis ist regelmäßig die im Unternehmenskaufvertrag festgelegte Geldzahlung. Unabhängig davon, wann der Veräußerungspreis nach Zuflussgesichtspunkten gezahlt wird, ist der Veräußerungsvorgang beim Veräußerer in dem Jahr

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

steuerpflichtig, in dem der Veräußerungsgewinn durch Übertragung des (zumindest) wirtschaftlichen Eigentums an den Anteilen vollzogen wird. Fällt der Veräußerer mit seiner Kaufpreisforderung später ganz oder teilweise aus oder wird diese z.B. wegen Gewährleistungsansprüchen des Erwerbers herabgesetzt, führt dies zu einer **rückwirkenden Änderung** des Veräußerungspreises, die verfahrensrechtlich nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO (rückwirkendes Ereignis) behandelt wird. Wird die Kaufpreisforderung gestundet und verzinst, sind die sich daraus ergebenden Zinsen, ebenso wie etwaige Verzugszinsen wegen verspäteter Kaufpreiszahlung, nicht Einkünfte nach § 17 EStG, sondern Einkünfte aus Kapitalvermögen. Ist die Kaufpreisforderung dagegen zinslos gestundet, ist Veräußerungspreis der nach § 12 Abs. 3 BewG abgezinste Wert.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- Abziehen von dem Veräußerungserlös sind die **Veräußerungskosten**. Dies sind Aufwendungen, die in unmittelbarer sachlicher Beziehung zu dem Veräußerungsgeschäft stehen. Veräußerungskosten sind z.B. Anwalts- und Notarkosten oder Provisionen für M&A Berater.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- **Nachträgliche Zinsen**, die vom Veräußerer noch nach der Veräußerung auf Finanzierungsverbindlichkeiten, die im Zusammenhang mit der veräußerten Beteiligung bestanden, zu zahlen sind, waren vor Einführung des Systems der Abgeltungssteuer als Werbungskosten nach § 20 EStG nach Wegfall der Beteiligung i.S.v. § 17 EStG abziehbar, soweit der Veräußerungserlös nicht zur Rückführung der im Zusammenhang mit dem Anteilserwerb stehenden Kredite ausreichte. Ab dem Veranlagungszeitraum 2009 gilt dies jedoch selbst für Beteiligungen i.S.v. § 17 EStG aufgrund des Abzugsverbots des § 20 Abs. 9 Satz 1 2. Halbsatz EStG nur noch dann, wenn die Voraussetzungen des § 32d Abs. 2 Nr. 3 Satz 1 EStG vorliegen (Option zur Regelbesteuerung), was für VZ nach einem kompletten Anteilsverkauf nicht mehr der Fall ist (vgl. OFD NRW v. 22.04.2015, DB 2014, 1014; BFH v. 01.07.2014, DB 2014, 2383 und v. 21.10.2014, DB 2015, M6). Anders m. E. bei Teilverkauf, wenn die Voraussetzungen den § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG noch erfüllt werden können.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- Den Veräußerungsgewinn mindern des Weiteren die **Anschaffungskosten** des Veräußerers. Zu den Anschaffungskosten gehört alles, was der Veräußerer als Erwerber seinerzeit aufgewendet hatte, um die Beteiligung zu erlangen, aber auch das, was er während seiner Gesellschafterstellung aufgewendet hat, um die Beteiligung zu erhalten. Zu den Anschaffungskosten gehören insbesondere die bei Gründung der Gesellschaft übernommene Einlageverpflichtung (Nennwert einer Bareinlage, gemeiner Wert von Sacheinlagen, etwaige Zuzahlungen in die Kapitalrücklagen), einschließlich vom Gesellschafter selbst getragene Beratungs- und Notarkosten; diese Kosten sind Anschaffungsnebenkosten.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- Des Weiteren gehören auch **nachträgliche Anschaffungskosten** zu den Anschaffungskosten, die den Veräußerungsgewinn mindern. Dazu zählen zum einen weitere Mittelzuführungen, wie z.B. bei Kapitalerhöhungen der Gesellschaft, deren Anteile später veräußert werden. Der Verzicht auf Gesellschafterforderungen führt in Höhe des gemeinen Werts bei Verzicht ebenfalls zu nachträglichen Anschaffungskosten. Auch Gesellschafterfinanzierungen wie insbesondere **Gesellschafterdarlehen** können, wenn sie im Zusammenhang mit der Veräußerung nicht vollständig, sondern nur gemindert zurückgeführt werden, zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung führen. Aufgrund der Abschaffung des gesellschaftsrechtlichen Eigenkapitalersatzrechts durch das MoMiG per 31.10.2008 (d.h. Insolvenzeröffnung nach dem 31.10.2008 = MoMiG) sowie

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

die Einbeziehung des Vermögensstamms in die Besteuerung nach § 20 EStG ist jedoch derzeit nicht mehr klar, nach welchen Grundsätzen **Wertverluste eines Gesellschafter aus der Finanzierung** einer Gesellschaft, an der er i.S.d. § 17 EStG beteiligt ist, als nachträgliche Anschaffungskosten steuerlich geltend gemacht werden können. Die Diskussion ist hier im Fluss, die Meinungen reichen von einer Fortführung der Grundsätze des Eigenkapitalersatzes für rein steuerliche Zwecke über den Lösungsvorschlag, Gesellschafterdarlehen bei Ausfall nur dann als nachträgliche Anschaffungskosten anzusehen, wenn sie innerhalb eines Jahres vor dem Insolvenzeröffnungsantrag gewährt wurden bis hin zur Auffassung, dass nunmehr sämtliche Gesellschafterdarlehen bei deren Ausfall steuerlich als nachträgliche Anschaffungskosten mit dem Nennwert zu berücksichtigen

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

sind (vgl. Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, Teil B Rz. 125; Schmidt, EStG, § 17 EStG, Rz. 174; offengelassen in der Entscheidung des FG Düsseldorf v. 10.03.2015, BeckRS 2015, 95014, Rev. anhängig unter dem Az. IX R 36/15). Nach BFH v. 06.05.2014, BeckRS 2014, 95579 kann auch das ausfallende Darlehen eines mit nicht mehr als 10 % beteiligten, nichtgeschäftsführenden Gesellschafters zu nachträglichen Anschaffungskosten führen, wenn das Darlehen nach den Vereinbarungen gesellschaftsrechtlich veranlassetes **funktionales Eigenkapital** darstellte (Entscheidung wohl übertragbar aufs neue Recht nach MoMiG mit dem Sanierungs- und Kleinanlegerprivileg nach § 39 Abs. 4 Satz 2, Abs. 5 InsO).

- Eine alternative/hilfsweise Berücksichtigung des Darlehensaufalls nach § 20 Abs. 2 EStG scheidet nach Finanzverwaltung und wohl h.L. aus (Blümich, § 20 EStG, Rz. 353a).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- Hat der Gesellschafter eine **Sicherheit** für „seine“ Gesellschaft gewährt, wie z.B. eine Bürgschaft, gelten dieselben Grundsätze wie für Darlehen; es führt aber erst die Inanspruchnahme aus der Bürgschaft ggf. zu nachträglichen Anschaffungskosten (Schmidt, EStG, § 17 EStG, Rz. 175). Zum neuen Recht nach MoMiG siehe FG Düsseldorf v. 10.03.2015, EFG 2015, 1271: Wenn Sicherheitenübernahme, im Streitfall eine Bürgschaft, gesellschaftsrechtlich veranlasst war, führt Inanspruchnahme zu nachträglichen Anschaffungskosten.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- Ergibt sich ein **Veräußerungsverlust**, so kommt es nach dem Teileinkünfteverfahren im Ergebnis nur zu einer 60%igen Berücksichtigung (§§ 3 Nr. 40 lit. c), 3c Abs. 2 EStG). Dies gilt ab dem VZ 2011 unabhängig davon, ob die veräußerte Beteiligung tatsächlich steuerpflichtige Einkünfte vermittelt hat, denn nach § 3c Abs. 2 Satz 2 EStG ist allein die Absicht zur Erzielung von Betriebsvermögensmehrungen ausreichend.
- Zusätzlich sind die **Verlustnutzungsbeschränkungen** des § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG zu berücksichtigen. Ein Verlustabzug ist danach u.a. ausgeschlossen, soweit nicht die veräußerten Anteile seit mindestens fünf Jahren zu einer wesentlichen Beteiligung gehört haben oder der Erwerb zur Begründung einer wesentlichen Beteiligung geführt hat oder eine solche auch durch die jetzt veräußerten Anteile aufgestockt wurde.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- **Nachbesteuerung bei der Veräußerung von aus Einbringungsvorgängen herrührenden Anteilen:** Vor einer Anteilsveräußerung müssen sich die veräußerungswillige natürliche Person bzw. deren steuerliche Berater über die Entstehungshistorie der zu verkaufenden Kapitalgesellschaftsbeteiligung im Klaren sein. Sind die **Anteile aus einem Einbringungsvorgang** mit Wertansätzen unter dem gemeinen Wert (d.h. Buch- oder Zwischenwertansatz) **entstanden** (= Fälle des § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG, z.B. ein Einzelunternehmen war in der Vergangenheit durch Sachgründung in eine GmbH überführt worden), wird bei einem Verkauf dieser Anteile nach § 22 Abs. 1 UmwStG rückwirkend auf den Einbringungszeitpunkt der sog. „**Einbringungsgewinn I**“ besteuert. Einbringungsgewinn I ist dabei die Differenz zwischen dem gemeinen Wert des damals eingebrachten

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

Betriebsvermögens und dem angesetzten (Buch- oder Zwischen-)Wert, vermindert um jeweils ein Siebtel pro vollem Zeitjahr, das seit dem Einbringungszeitpunkt abgelaufen ist. Wirtschaftlich wachsen also ratierlich über sieben Jahre die in einem Betriebsvermögen enthaltenen stillen Reserven aus dem Besteuerungsregime der Vollversteuerung in das des Teileinkünfteverfahrens. §§ 16 Abs. 4 und 34 EStG sind auf die Besteuerung des Einbringungsgewinns I nicht anzuwenden. Der Einbringungsgewinn I führt steuerlich zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung (§ 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG). Der Anteilsveräußerungsvorgang als solcher unterliegt „regulär“ dem Teileinkünfteverfahren.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- **Alt-einbringungsgeborene Anteile:** Für Anteile an Kapitalgesellschaften, die aus bis zum 12.12.2006 durchgeführten Betriebseinbringungen herrühren (sog. „alt-einbringungsgeborene Anteile“), gelten nach § 27 Abs. 3 Nr. 3 UmwStG die vor dem SEStEG geltenden Vorschriften fort. Einbringungsgeboren im Sinne der Altregelung sind Anteile, die aus der Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben oder Mitunternehmeranteilen in Kapitalgesellschaften herrühren, wenn eine Einbringung unter Teilwert erfolgte (z.B. steuerneutrale Einbringung eines Einzelunternehmens zu Buchwerten in eine GmbH nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG a.F.). Hier kommt es dann unabhängig von der Beteiligungshöhe und unabhängig von der Haltedauer ggf. zu einem steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn. Zu beachten ist, dass das Halbeinkünfteverfahren bei der Veräußerung alt-einbringungsgeborener Anteile grundsätzlich erst nach Verstreichen der

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

siebenjährigen Sperrfrist gilt (§ 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG a.F.). In teleologischer Reduktion des Wortlauts des § 3 Nr. 40 Satz 4 lit. a EStG a.F. kann dann, wenn sich in dem eingebrachten Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil wiederum eine Beteiligung an einer anderen Kapitalgesellschaft befand, die sich außerhalb der Sperrfrist befanden, insoweit trotzdem das Halbeinkünfteverfahren angewendet werden, wenn bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sind. Bei Veräußerungen innerhalb der Sieben-Jahres-Sperrfrist unterliegt der Veräußerungserlös in vollem Umfang der Besteuerung. Betriebsausgaben, Werbungs-, Veräußerungs- oder Anschaffungskosten können in diesem Fall gemäß § 3c Abs. 2 EStG dennoch nur zur Hälfte abgezogen werden. Auch innerhalb der Sperrfrist kann aber bei Erfüllung der weiteren Voraussetzungen ggf. die

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

Tarifiermäßigung des § 34 Abs. 3 EStG zur Anwendung kommen, da es sich auch bei der Veräußerung von einbringungsgeborenen Anteilen um Veräußerungsgewinne nach § 16 EStG und damit prinzipiell um außerordentliche Einkünfte nach § 34 EStG handeln kann (z.B. Veräußerung einer 100 %-Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, deren Anteile alt einbringungsgeboren sind, durch den 56-jährigen Alleingesellschafter).

- Als Steuervergünstigung kommt im Falle der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen durch natürliche Personen grundsätzlich die **Reinvestitionsmöglichkeit nach § 6b Abs. 10 EStG** in Frage. Veräußerungsgewinne aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

können bis zu EUR 500.000,00 ganz oder anteilig von den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten anderer Anteile an Kapitalgesellschaften bzw. abnutzbarer beweglicher Wirtschaftsgüter bzw. Gebäude im gleichen Jahr abgezogen werden bzw. die Gewinne können durch die Bildung einer § 6b EStG-Rücklage zunächst neutralisiert werden. Voraussetzung dafür ist allerdings, dass die Kapitalgesellschaftsanteile vor der Veräußerung mindestens sechs Jahre in einem steuerlichen Betriebsvermögen gehalten sein mussten. Für den Unternehmer, der sein Unternehmen in Form einer Kapitalgesellschaft betreibt, **scheidet diese Möglichkeit daher regelmäßig aus**, weil der Unternehmer die GmbH-Anteile grundsätzlich **im steuerlichen Privatvermögen** hält. § 6b Abs. 10 EStG kann dann eine Rolle spielen, wenn der Verkäufer sein Unternehmen als Einzelunternehmen geführt hat und im

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

Rahmen eines Asset Deals auch Kapitalgesellschaftsanteile mitverkauft, oder aber in dem Fall, dass Kapitalgesellschaftsanteile im Sonderbetriebsvermögen gehalten werden.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

- **Anteile an Kapitalgesellschaften unter 1 %:** Veräußert eine natürliche Person Anteile unter 1 % aus dem steuerlichen Privatvermögen heraus, gilt seit dem 01.01.2009 die Abgeltungsteuer, d.h. unabhängig von der Haltefrist wird der Gewinn aus einer solchen Veräußerung mit 25 % ESt zzgl. Soli und ggf. Kirchensteuer besteuert (§§ 20 Abs. 2 Nr. 1, 32d Abs. 1 EStG). Besteuert wird der **Gewinn** i.S.v. § 20 Abs. 4 EStG, d.h. der Unterschied zwischen den Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der Veräußerung stehen, und den historischen Anschaffungskosten; ein weitergehender Abzug von Werbungskosten ist ausgeschlossen (§ 20 Abs. 9 Satz 1 2. Halbsatz EStG). Werden derartige Anteile mit **Verlust** verkauft, greifen die Verlustverrechnungsbeschränkungen nach § 20 Abs. 6 Sätze 2 ff. EStG.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.1 Verkäufer ist eine natürliche Person

(2) Anteile des steuerlichen Privatvermögens

Praxishinweis:

Für vor dem 01.01.2009 angeschaffte Anteile gilt noch die alte Spekulationsfrist des § 23 EStG, so dass hier noch weiterhin steuerfrei veräußert werden kann.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(1) Grundsätzliche körperschaftsteuerliche Behandlung

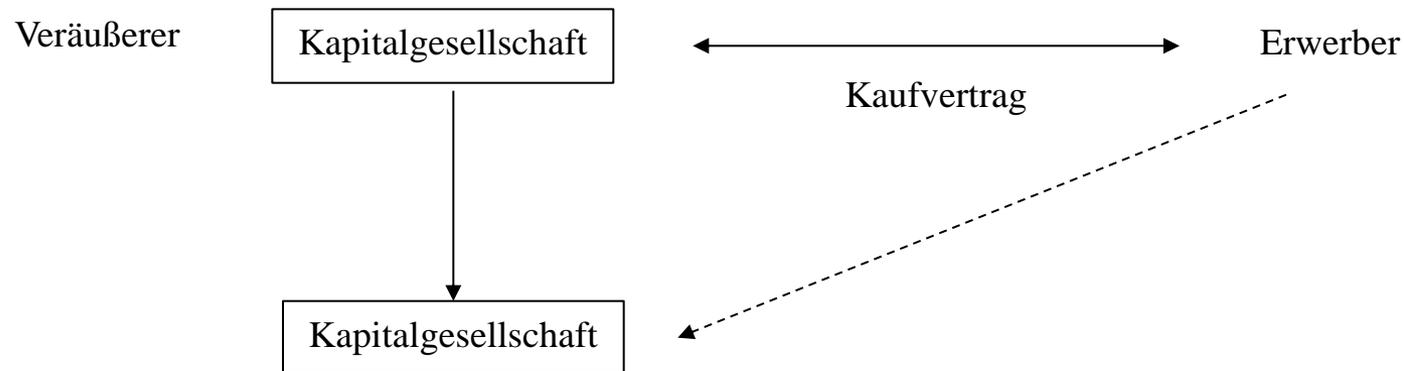
- Die steuerliche Behandlung der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen ist vollkommen anders, wenn nicht natürliche Personen, sondern **Kapitalgesellschaften als Verkäufer** auftreten. Dies kann z.B. dann der Fall sein, wenn der mittelständische Unternehmer eine oder mehrere Beteiligungen an operativen Gesellschaften über eine Zwischen-Holding in Form einer Kapitalgesellschaft gehalten hat und nun aus dieser Holding heraus Kapitalgesellschaftsbeteiligungen veräußert. Es ergibt sich folgende Ausgangskonstellation:

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(1) Grundsätzliche körperschaftsteuerliche Behandlung



6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(1) Grundsätzliche körperschaftsteuerliche Behandlung

- Der auf Ebene der veräußernden Kapitalgesellschaft entstehende Veräußerungsgewinn ist nach § 8b Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 KStG grundsätzlich **im Ergebnis zu 95 % körperschaftsteuerfrei**. Ob die von der Kapitalgesellschaft veräußerten Beteiligungsgesellschaften in- oder ausländische Kapitalgesellschaften sind oder welche Höhe die veräußerte Beteiligung hat, spielt dabei keine Rolle.
- Durch das **Gesetz zur Reform der Investmentbesteuerung** (InvStRefG) sollten künftig u.U. Veräußerungsgewinne in Bezug auf Streubesitzbeteiligungen (weniger als 10% des Grund- bzw. Stammkapitals zu Beginn des Kalenderjahres) steuerpflichtig werden (§ 8b Abs. 4 Sätze 1 und 6 KStG-E des ursprünglichen Diskussionsentwurfs).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(1) Grundsätzliche körperschaftsteuerliche Behandlung

- Das pauschale Betriebsausgabenabzugsverbot in Höhe von 5% soll bei Streubesitzbeteiligungen für die Ermittlung des Veräußerungsgewinns dann keine Anwendung mehr finden (§ 8b Abs. 4 Satz 7 KStG-E).
- Gewinnminderungen (Veräußerungsverlust oder Teilweiseabschreibungen) im Zusammenhang mit Steuerbesitzanteilen können künftig verrechnet werden, jedoch nur mit Gewinnen aus diesen Beteiligungen (ein zeitlich unbegrenzter Vortrag und Verrechnung mit etwaigen später erzielten Gewinnen aus Streubesitzbeteiligungen ist möglich., § 8b Abs. 4 Satz 8 KStG-E).
- Die Neuregelung soll erst für Veräußerungsgewinne bzw. Gewinnminderungen **nach dem 31.12.2017** gelten (§ 34 Abs. 5 Satz 2 KStG-E).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(1) Grundsätzliche körperschaftsteuerliche Behandlung

Praxishinweis:

Da die Neuregelung auch Altanteile umfasst, muss geprüft werden, stille Reserven rechtzeitig vor dem Greifen der Neuregelung noch quasi-steuerbefreit zu realisieren. Ggf. muss eine Übertragung auf zugründende in- oder ausländische Holding Gesellschaften geprüft werden.

Politisch gibt es aber auch starken Widerstand gegen die geplante Einführung der Streubesitzgewinnbesteuerung (Verbände, Arbeitsgruppe Finanzen der Union). Die noch im Diskussionsentwurf ursprünglich vorgesehenen Elemente der Einführung einer Steuerpflicht für Veräußerungsgewinne aus Streubesitzbeteiligungen an Kapitalgesellschaften sowie eine Steuerermäßigung für Veräußerungsgewinne im Bereich des Wagniskapitals wurden aus dem Referentenentwurf des InvStRefG vom 18.12.2015 eliminiert.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(1) Grundsätzliche körperschaftsteuerliche Behandlung

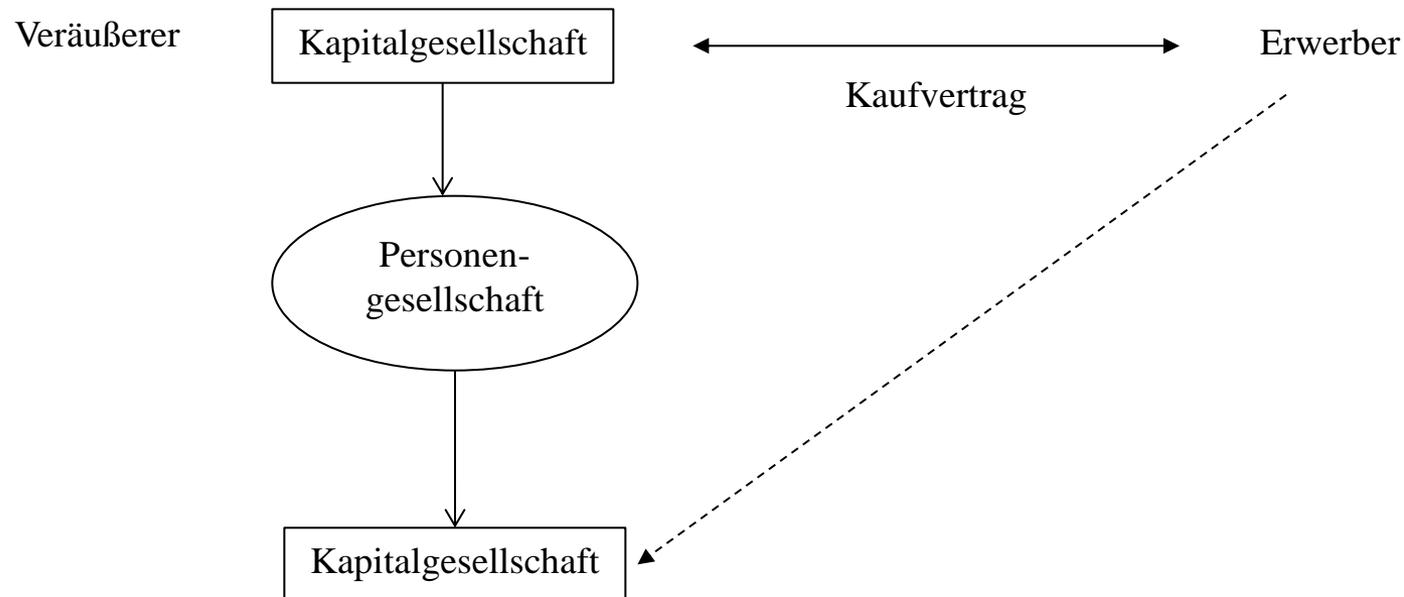
- **Zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft:** Nach § 8b Abs. 6 KStG gelten die Regelungen der § 8b Abs. 1 bis 5 KStG auch in den Fällen, in denen eine Kapitalgesellschaft über eine **zwischengeschaltete Personengesellschaft** an einer anderen Kapitalgesellschaft beteiligt ist. Gemeint ist folgende Konstellation:

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(1) Grundsätzliche körperschaftsteuerliche Behandlung



6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(1) Grundsätzliche körperschaftsteuerliche Behandlung

- Die im Ergebnis zu 95 % gegebene körperschaftsteuerfreie Veräußerung kann hier zum einen dadurch erfolgen, dass die zwischengeschaltete Personengesellschaft ihre Beteiligungen an der nachgeschalteten Kapitalgesellschaft veräußert, zum anderen aber auch dadurch, dass die Kapitalgesellschaft den Mitunternehmeranteil an der Personengesellschaft veräußert, so dass der Teil des Veräußerungsgewinns an der Mitunternehmerschaft, der rechnerisch auf die nachgeschaltete Kapitalgesellschaft entfällt, nach § 8b Abs. 2 KStG zu behandeln ist.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(1) Grundsätzliche körperschaftsteuerliche Behandlung

- Die **Steuerfreiheit** zu 95 % nach § 8b Abs. 2 KStG **entfällt aber, soweit** der Kapitalgesellschaftsanteil in früheren Jahren **steuerwirksam auf einen niedrigeren Teilwert abgeschrieben** worden ist und die Gewinnminderung nicht zwischenzeitlich durch den Ansatz eines höheren Teilwerts wieder ausgeglichen wurde (§ 8b Abs. 2 Satz 4 KStG).
- **Fällt** eine zunächst nach § 8b Abs. 2, 3 KStG behandelte **Kaufpreisforderung** später **aus**, wirkt dies auf den Veräußerungszeitpunkt, in dem der Veräußerungsgewinn zu ermitteln war, zurück; es ist § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO anzuwenden. Ebenfalls wirken Veräußerungskosten, die in eine anderen VZ als dem Veräußerungsjahr anfallen, auf den Veräußerungszeitpunkt zurück. Vgl. zum ganzen BFH v. 12.03.2014, DStR 2014, 1224; sowie BMF v. 24.07.2015, DStR 2015, 1756.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(2) Nachbesteuerung bei der Veräußerung von aus Einbringungsvorgängen herrührenden Anteilen

- Sind die **Anteile aus einem Einbringungsvorgang** bzgl. steuerlichem Betriebsvermögens mit Wertansätzen unter dem gemeinen Wert (d.h. Buch- oder Zwischenwertansatz) entstanden (= Fälle des § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG; z.B. der Teilbetrieb einer AG wurde steuerneutral in eine Tochter-GmbH ausgegliedert, deren Anteile nun verkauft werden sollen), wird bei einem Verkauf dieser Anteile nach § 22 Abs. 1 UmwStG rückwirkend auf den Einbringungszeitpunkt der Einbringungsgewinn I besteuert. Der **Einbringungsgewinn I** führt steuerlich zu nachträglichen Anschaffungskosten der veräußernden Kapitalgesellschaft auf die Beteiligung an der zu verkaufenden Kapitalgesellschaft (§ 22 Abs. 1 Satz 4 UmwStG). Der Anteilsveräußerungsvorgang als solcher unterliegt dessen ungeachtet „regulär“ dem Freistellungsverfahren (§ 8b Abs. 2 KStG).

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(2) Nachbesteuerung bei der Veräußerung von aus Einbringungsvorgängen herrührenden Anteilen

- Sind die Kapitalgesellschaftsanteile, die von der veräußernden Gesellschaft verkauft werden, durch Anteilstausch i.S.v. § 21 Abs. 1 UmwStG unter Übertragung von stillen Reserven auf die verkaufende Gesellschaft übergegangen (z.B. Fall, dass Familienmitglieder als Gesellschafter mehrerer Schwester-GmbHs ihre Geschäftsanteile steuerneutral in eine Familien-Holding-GmbH eingebracht haben, und später die Holding als Verkäuferin eine der eingebrachten Beteiligungen verkaufen will), führt die Veräußerung der eingebrachten Anteile durch die aufnehmende Gesellschaft innerhalb einer Frist von sieben Zeitjahren seit dem Einbringungszeitpunkt dazu, dass die Einbringenden wiederum rückwirkend auf den Einbringungszeitpunkt einen Einbringungsgewinn (sog. „**Einbringungsgewinn II**“) zu versteuern haben (§ 22 Abs. 2 UmwStG). Auch beim Anteilstausch erfolgt ein Übergang vom Teileinkünfteverfahren hin zum Freistellungsverfahren ratierlich über sieben Jahre.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(2) Nachbesteuerung bei der Veräußerung von aus Einbringungsvorgängen herrührenden Anteilen

- **Alt-einbringungsgeborene Anteile:** Auch für alt-einbringungsgeborene Anteile, die nach altem Recht in der Hand einer später verkaufenden Kapitalgesellschaft entstanden sind, gelten nach § 27 Abs. 3 Nr. 3 UmwStG die vor dem SEStEG geltenden Vorschriften des § 8b Abs. 4 KStG a.F. fort. Es gilt insoweit noch die alte siebenjährige „Alles oder Nichts“ Sperrfrist nach § 8b Abs. 4 KStG. Veräußerungen von bestimmten Kapitalgesellschaftsanteilen unterliegen danach der vollen Besteuerung. Dies betrifft zum einen alt-einbringungsgeborene Anteile nach § 21 UmwStG a.F. und zum anderen den Fall, dass die veräußernde Kapitalgesellschaft die veräußerten Anteile zu einem Wert unter Teilwert unmittelbar oder mittelbar von einem Einbringenden erworben hatte, der selbst nicht zu den von § 8 Abs. 2 KStG begünstigten Steuerpflichtigen (= Kapitalgesellschaften) gehört.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(2) Nachbesteuerung bei der Veräußerung von aus Einbringungsvorgängen herrührenden Anteilen

Dieser Fall war insbesondere gegeben, wenn eine natürliche Person zum Zwecke der späteren steuerfreien Veräußerung eine von ihr unmittelbar gehaltene Kapitalgesellschaft in eine von ihr gehaltene Holding-Kapitalgesellschaft eingebracht hatte, um dann durch diese später eine steuerfreie Veräußerung zu erreichen. Nach § 8b Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 KStG a.F. besteht eine Rückausnahme für den Fall, dass die Kapitalgesellschaft zwar alt-alteinbringungsgeborene Anteile veräußert, diese aber nicht unmittelbar oder mittelbar durch einen Einbringungsvorgang nach § 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG a.F., sondern durch einen Einbringungsvorgang nach § 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG a.F. (= Einbringung einer mehrheitsvermittelten Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft) entstanden waren. Grund: Diese Anteile hätten bereits vor der Einbringung nach § 8b Abs. 2 KStG zu 95 % steuerfrei veräußert werden können.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(3) Ausschlussvorschrift des § 8b Abs. 7 KStG (Eigenhandel bei „Finanzunternehmen“)

- Sodann ist schließlich die **Ausschlussvorschrift des § 8b Abs. 7 KStG** zu beachten, die auch sog. Finanzunternehmen i.S.v. § 1 Abs. 3 KWG erfasst. Darunter versteht man Unternehmen, die zwar keine Kredit- oder Finanzdienstleistungsinstitute sind, deren Haupttätigkeit aber darin besteht, Beteiligungen zu erwerben. Die Finanzverwaltung versteht diesen Begriff sehr weit (BMF v. 25.07.2002, BStBl I 2002, 712). Auch der Erwerb einer einzelnen Beteiligung kann in diesem Sinne zur Begründung eines Finanzunternehmens führen. Finanzberatungs-, Private-Equity- und **Holdings-Gesellschaften** sowie sonstige **vermögensverwaltende Kapitalgesellschaften** können danach ein solches Finanzunternehmen darstellen. Maßgeblich ist dabei, ob der Anteilserwerb im

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(3) Ausschlussvorschrift des § 8b Abs. 7 KStG (Eigenhandel bei „Finanzunternehmen“)

Einzelfall mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges erfolgt. Nach Auffassung der Finanzverwaltung und des BFH ist dieses Merkmal grundsätzlich dann erfüllt, wenn die Anteile dem **Umlaufvermögen** zuzurechnen sind. Dies bedeutet, dass - sofern man die Ausschlussvorschrift des § 8b Abs. 7 KStG vermeiden möchte - die Anteile an der Tochter-Kapitalgesellschaft jedenfalls als **Anlagevermögen** zu behandeln sind. Es kommt jedoch darauf an, dass die Anteile auch tatsächlich zum Anlagevermögen gehören, denn so, wie eine unzutreffende Deklaration als Umlaufvermögen irrelevant ist, kann auch eine fälschliche Bilanzierung als Anlagevermögen nicht ausreichen. Erfolgt die Verbuchung im Anlagevermögen aber nicht zeitnah mit dem Erwerb, sondern vielmehr erst in

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(3) Ausschlussvorschrift des § 8b Abs. 7 KStG (Eigenhandel bei „Finanzunternehmen“)

unmittelbarem Anschluss an einen späteren Verkauf der Anteile, kann die Erfassung als Anlagevermögen im Einzelfall doch keine Indizwirkung gegen die Anwendung von § 8b Abs. 7 KStG entfalten. Obwohl der BFH festgestellt hat, dass die Absicht, einen kurzfristigen Eigenhandelserfolg zu erzielen, sich auf den Zeitpunkt des Erwerbs der Anteile bezieht, und damit nicht entscheidend ist, ob später tatsächlich ein kurzfristiger Verkauf der Anteile erfolgt, werden in der Praxis im Ergebnis die Fälle, in denen de facto eine Veräußerung in kurzer Zeit nach der Anschaffung erfolgt, von der Finanzverwaltung kritisch hinterfragt werden. **Wie lange die Anteile gehalten werden müssen**, damit die Annahme, der Erwerb sei mit dem Ziel der kurzfristigen Erzielung eines Eigenhandelserfolges vorgenommen

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(3) Ausschlussvorschrift des § 8b Abs. 7 KStG (Eigenhandel bei „Finanzunternehmen“)

worden, widerlegt werden kann, ist derzeit **nicht geklärt**. Zum Teil wird im Ergebnis die Jahresfrist des § 23 EStG herangezogen. Im Sachverhalt der BFH-Entscheidung vom 14.01.2009 wurde § 8b Abs. 7 KStG auf die Veräußerung solcher Anteile angewendet, die sowohl im Umlaufvermögen bilanziert wurden, wie auch innerhalb einer Frist von unter zwei Monaten weiterveräußert wurden. Klar ist, dass die Rechtsprechung in jedem Fall eine Gesamtabwägung aller Umstände anstellen wird.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

- (3) Ausschlussvorschrift des § 8b Abs. 7 KStG (Eigenhandel bei „Finanzunternehmen“)

Praxishinweis:

M.E. sollten die Anteile, wenn das Eingreifen des § 8b Abs. 7 KStG sicher vermieden werden sollen, mindestens einen, besser mehrere Bilanzstichtage und mindestens ein bzw. besser mehrere Jahre vor einer etwaigen Veräußerung gehalten werden. Ab drei Jahren Haltedauer dürfte eine deutlich höhere Sicherheit erreicht sein.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(3) Ausschlussvorschrift des § 8b Abs. 7 KStG (Eigenhandel bei „Finanzunternehmen“)

- In Mittelstandsstrukturen wird man oft den Fall antreffen, dass die gesellschaftsrechtliche Struktur einer mittelständischen Unternehmensgruppe mit der Zeit „wächst“. Handelt es sich also etwa um eine Konstellation, bei der die Obergesellschaft einer mittelständischen Unternehmensgruppe eine Tochterkapitalgesellschaft nicht (z.B. im Rahmen einer M&A-Transaktion) erworben hat, sondern sie selbst gegründet hat, stellt sich die Frage, ob bei **eigener Gründung** ebenfalls die Problematik des § 8b Abs. 7 KStG eingreifen kann. Aus dem Urteil des BFH v. 03.05.2006, BStBl. II 2007, 60 muss man m.E. folgern, dass die Gründung einer Gesellschaft grundsätzlich nicht als Erwerb von Anteilen i.S.d. § 8b Abs. 7 KStG zu werten ist, und in der geschilderten Beispielskonstellation damit, unabhängig von der Haltedauer, die Beschränkungen des § 8b Abs. 7 KStG nicht eingreifen.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(4) Gewerbesteuerliche Behandlung

- Auch für die **Gewerbesteuer** gilt über § 7 Satz 1 GewStG die Steuerfreiheit des Gewinns aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen durch Kapitalgesellschaften in Höhe von 95 % (§ 8b Abs. 2 und 3 KStG).
- Und es gelten die körperschaftsteuerlichen Ausnahmen (z.B. § 8b Abs. 4 Satz 1 KStG-E i.d.F. des InvStRefG) auch für die Gewerbesteuer.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.2 Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften

6.2.2 Kapitalgesellschaften als Verkäufer

(5) Veräußerungsverlust

- Werden **Anteile an einer Kapitalgesellschaft** durch eine **andere Kapitalgesellschaft als Veräußerer** veräußert, bleibt nach § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG ein Veräußerungsverlust außer Ansatz. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz werden künftig Veräußerungsverluste im Bezug auf **Streubesitzanteile** bilden (§ 8b Abs. 4 Satz 8 KStG-E).
- Seit dem VZ 2009 sind auch **Wertverluste im Zusammenhang mit Gesellschafterdarlehen** oder aus der Inanspruchnahme aus Sicherheiten bei einer Beteiligung der Kapitalgesellschaft an einer anderen Kapitalgesellschaft von mehr als 25 % grundsätzlich steuerlich nicht zu berücksichtigen (§ 8b Abs. 3 Sätze 4 ff. KStG). Über § 7 Satz 1 GewStG schlägt die vorstehend beschriebene Behandlung auch auf die Gewerbesteuer durch.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.3 Behaltensfristen

- Hat der Veräußerer oder das Unternehmen, das veräußert wird, **Fördermittel, Zuschüsse oder andere Vergünstigungen** erhalten, sind deren jeweiligen gesetzlichen Grundlagen bzw. die entsprechenden Förderbescheide dahingehend zu prüfen, ob die Veräußerung zu einem Entfallen bzw. zu einer rückwirkenden Versagung der Fördermittel bzw. zu einer Nachversteuerung führt.
- Sodann sind ggf. die **erbschaftsteuerlichen Fristen** der §§ 13a Abs. 1 und 5 bzw. 7 und 8 sowie 19a Abs. 5 ErbStG zu beachten, wonach bei einer Veräußerung von innerhalb von fünf bzw. sieben Jahren nach einer unentgeltlichen Übertragung die erbschafts- bzw. schenkungssteuerlichen Vorteile einer Übertragung von Betriebsvermögen (Regelverschonung bzw. Optionsverschonung) anteilig entfallen.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.3 Behaltensfristen

- Schließlich ist bei einer Veräußerung von Einzelunternehmen und Mitunternehmeranteilen hinsichtlich der **Gewerbsteuerpflicht § 18 Abs. 3 UmwStG** zu beachten, wenn die Veräußerung innerhalb von einer Frist von fünf Jahren nach der Umwandlung aus einer Kapitalgesellschaft erfolgt.
- Des Weiteren sind die Fristen des § 6 Abs. 5 Sätze 4 und 5 EStG (sieben Jahre) zu beachten, wenn der Veräußerung **Umstrukturierungsvorgänge gestützt auf § 6 Abs. 5 EStG** vorangegangen sind.
- Sind der Veräußerung **Einbringungsvorgänge nach dem UmwStG** vorausgegangen, ist ggf. die ratierlich abschmelzende Siebenjahresfrist des § 22 UmwStG oder die Finanz-Jahresfrist des § 15 Abs. 2 Satz 4 UmwStG zu beachten.

6. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmensverkäufers

6.3 Behaltensfristen

Praxishinweis:

Auch vom Veräußerer bzw. dessen Beratern ist vor Abschluss des rechtsverbindlichen Unternehmenskaufvertrages zu prüfen, inwieweit (i) durch die Transaktion selbst und/oder (ii) durch etwaige Maßnahmen, die der Erwerber möglicherweise nach Übergang des Unternehmens auf ihn durchführen kann oder wird, Behaltensfristen der vorstehend beschriebenen Art verletzt werden. Drohen aus einer solchen Verletzung steuerliche oder sonstige Nachteile noch für den Veräußerer - sei es durch rückwirkende Belastung des Veräußerers z.B. nach § 22 UmwStG -, muss geprüft werden, inwieweit entsprechende Regelungen in der Steuerklausel aufzunehmen sind.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- Der Erwerb von Einzelwirtschaftsgütern bzw. der Erwerb von Personengesellschaftsanteilen führt für den Käufer grundsätzlich ohne weiteres zu entsprechendem Abschreibungsvolumen auf die Anschaffungskosten. Nach § 6 Abs. 1 Nr. 7 EStG und der entsprechenden Rechtsprechung des BFH wird ein für das Unternehmen gezahlter Kaufpreis, der über dem Buchwert des Eigenkapitals des erworbenen Betriebs/Betriebsteils/Mitunternehmeranteils liegt, nach der sog. **Stufentheorie** herkömmlicherweise wie folgt auf die erworbenen Wirtschaftsgüter verteilt (Schmidt, EStG, § 16 EStG, Rz. 487 ff.):

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- Zunächst werden die übernommenen, schon beim Verkäufer bilanzierten aktive Wirtschaftsgüter bis hin zu ihrem jeweiligen Teilwert aufgestockt (Stufe 1);
- Sodann werden immaterielle Wirtschaftsgüter, die der Verkäufer im Falle von selbst geschaffenen immateriellen Wirtschaftsgütern (steuerlich) nicht bilanziert hatte (§ 5 Abs. 2 EStG), als entgeltlich nunmehr erworbene immaterielle Wirtschaftsgüter bis hin zu ihrem Teilwert angesetzt (Stufe 2);
- Ein danach verbleibender Betrag ist grundsätzlich als Geschäfts- oder Firmenwert zu aktivieren (Stufe 3).

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- Eine Aktivierung in der zweiten Stufe als immaterielle Wirtschaftsgüter ist wegen den entsprechenden Nutzungsdauern solcher Wirtschaftsgüter aus Erwerbersicht meist günstiger als eine Aktivierung auf den Firmenwert, der nur über 15 Jahre abgeschrieben werden kann (§ 7 Abs. 1 Satz 3 EStG). Derartige immaterielle Wirtschaftsgüter der zweiten Stufe sind z.B. vom Verkäufer selbst geschaffene Patente und selbst erstellte EDV-Software, bestehende Auftragsbestände etc.

Praxishinweis:

Im Hinblick auf nachfolgende Betriebsprüfungen sollte bereits im Zuge des Kaufs oder ggf. im Kaufvertrag oder dessen Anlagen selbst eine Dokumentation der Bewertung der einzelnen Wirtschaftsgüter erfolgen.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- Die Bilanzierung des **Firmenwerts** auf der dritten Stufe ist eine **Residualgröße**, die sich rein rechnerisch ergibt. Nur soweit der Käufer nachweislich die Existenz eines Firmenwerts ausschließen kann, scheidet eine Aktivierung aus, und es ist weiter zu prüfen, wofür der Mehrpreis gezahlt wird und ob ggf. ein Sofortabzug zulässig ist. Ein Sofortabzug ist insbesondere dann zulässig, wenn ein Mehrkaufpreis aufgrund des **Ausscheidens eines lästigen Gesellschafters** gezahlt wird. Sodann ist der Fall denkbar, dass der Verkäufer das gekaufte Unternehmen nicht weiterführen, sondern zerschlagen und somit einen **Konkurrenten ausschalten** will. Wird hier ein über die Teilwerte der übernommenen Wirtschaftsgüter hinausgehender Mehrbetrag bezahlt, stellt dies letztlich einen Aufwand auf den eigenen Firmenwert des Käufers dar, sodass auch

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

hier ein Sofortabzug durch den Käufer möglich ist. Des Weiteren ist ein sofortiger Betriebsausgabenabzug grundsätzlich zulässig für Abfindungen für das vorzeitige Ausscheiden eines Geschäftsführers oder anderer Angestellter des übernommenen Unternehmens, oder für Zahlungen, die für die Entlassung aus einem nachteiligen Vertrag geleistet werden.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- Nach einer im Vordringen befindlichen Literatur-Meinung gilt statt der „einfachen“ Stufentheorie die „**modifizierte Stufentheorie**“ (Schmidt, EStG, § 16 EStG, Rz. 490). Bei der modifizierten Stufentheorie erfolgt die Verteilung der im Kaufpreis widergespiegelten stillen Reserven gleichmäßig und proportional auf sämtliche bilanzierte materielle und immaterielle Wirtschaftsgüter und nichtbilanzierte immaterielle Einzelwirtschaftsgüter durchzuführen (Stufe 1), sodann ist erst ein darüber hinaus ggf. noch verbleibender Betrag als Geschäfts- oder Firmenwert zu aktivieren (2. Stufe).
- Bei der modifizierten Stufentheorie werden also die Stufen 1 und 2 der „klassischen Stufentheorie“ zu einer Stufe zusammengefasst.
- Ganz anders die Finanzverwaltung im neuen UmwStE (Tz. 03.25): einheitliche und parallele Verteilung aller stillen Reserven auf alle Wirtschaftsgüter („Gießkannenprinzip“)

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- Von großer praktischer Bedeutung ist - egal welche Variante der Stufentheorie Anwendung findet - die Durchführung der **Wertermittlung der erworbenen Wirtschaftsgüter**. Es gilt insoweit der Grundsatz der Einzelbewertung mit dem Ziel einer Teilwertermittlung. Bei Wirtschaftsgütern des Sacheinlagevermögens wie Grundstücken oder größeren Maschinen bietet sich eine Wertermittlung durch Sachverständigengutachten an. Bei Wirtschaftsgütern des Umlaufvermögens wie insbesondere Vorräten, wird üblicherweise von dem erzielbaren Kaufpreis abzgl. der noch anfallenden Kosten (z.B. Vertriebskosten) ausgegangen. Bei den immateriellen Wirtschaftsgütern sind Auftragsbestände zu bewerten, weil sich auch hier stille Reserven befinden können. Des Weiteren sind Patente, Marken, sowie nicht-anmeldefähiges Know-How einer Einzelbewertung zugänglich. Die Abgrenzung solcher einzelnen

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

immateriellen, vom Veräußerer nicht bilanzierten Wirtschaftsgüter zu einem vom Veräußerer nicht bilanzierten, originären Geschäftswert/Firmenwert ist im Einzelfall fließend; es bestehen Gestaltungsspielräume. Ein **Wettbewerbsverbot**, wie es typischerweise in den meisten Unternehmenskaufverträgen zu Lasten des Veräußerers vereinbart wird, um eine ordnungsgemäße Überleitung des Unternehmens auf den Erwerber sicherzustellen, ist meist keiner gesonderten Bewertung zugänglich; nur im Einzelfall kann dies anders sein, wenn dem Wettbewerbsverbot ausnahmsweise eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zukommt.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- Liegt der Kaufpreis für das Unternehmen unter der Summe der Teilwerte der einzelnen Wirtschaftsgüter, liegt rechnerisch ein sog. **negativer Firmenwert** („bad will“) vor. Nach der Rechtsprechung des BFH ist die Bilanzierung eines negativen Firmenwerts als Passivum aber nicht möglich (BFH v. 12.12.1996, BStBl. II 1998, 180).
- Hier erfolgt vielmehr eine **Abstockung** der einzelnen erworbenen Wirtschaftsgüter in Höhe des anteilig darauf anfallenden Kaufpreises, sodass sich die Abschreibungsbasis für den Käufer verringert. Ein Abschlag ist jedoch dann nicht möglich, wenn es dadurch zu einer unzulässigen Unterbewertung einzelner Wirtschaftsgüter kommt (z.B. Cash).

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- Liegt der Gesamtkaufpreis unter der Summe dieser Werte, z.B. im Falle von Zuzahlungen des Verkäufers, bei denen sich rechnerisch „negative Anschaffungskosten“ des Erwerbers ergeben würden, sind die erworbenen Wirtschaftsgüter zu Erinnerungswerten anzusetzen; auf der Passivseite ist dann ein **passiver Ausgleichsposten** zu bilden, der dann mit zukünftigen Verlusten zu verrechnen ist.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- **„Mitgekaufte“ schuldrechtliche Verpflichtungen:** Betriebliche Verbindlichkeiten, die beim Verkäufer aufgrund von steuerlichen Ansatz- und Bewertungsvorbehalten (z.B. für Drohverluste aus schwebenden Geschäften nach § 5 Abs. 4a Satz 1 EStG) nicht (voll) passiviert werden durften, waren nach BFH beim Erwerber als ungewisse Verbindlichkeiten in voller Höhe zu passivieren (zuletzt BFH v. 12.12.2012, DB 2013, 611).
- Auch an den dem Erwerb nachfolgenden Bilanzstichtagen waren solche angeschaffte Verpflichtungen laut BFH mit ihren Anschaffungskosten oder ihrem höheren Teilwert zu bewerten; auch dann geht laut BFH das Prinzip der Neutralität von Anschaffungsvorgängen den steuerlichen Ansatz- und Bewertungsverboten vor.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- **Gesetzesänderung zu mitgekauften schuldrechtlichen Verpflichtungen:** Durch das AIFM-StAnpG wurden § 4f EStG und § 5 Abs. 7 EStG eingeführt (mit zeitlicher Wirkung ab dem VZ 2013).
- Beim **Veräußerer** ist nach § 4f EStG der nichtbilanzierte Teilbetrag der „stillen Last“ grds. nur verteilt über 15 Jahre steuerlich abzugsfähig; diese Beschränkung gilt jedoch nicht im Fall der Veräußerung oder Aufgabe eines gesamten Betriebs oder eines gesamten Mitunternehmeranteils (und nur eingeschränkt im Fall der Teilbetriebsveräußerung).

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(1) Allgemeine Grundsätze

- Der **Erwerber** hat die angeschafften Verpflichtungen im Übernahmezeitpunkt unverändert mit dem Verkehrswert zu passivieren.
- Nach § 5 Abs. 7 Satz 1 EStG hat der Erwerber sie jedoch in der ersten, nach der Übernahme aufzustellenden regulären Steuerbilanz unter Anwendung der steuerlichen Bewertungsvorbehalte zu bilanzieren.
- Ein sich daraus beim Erwerber ergebender **Erwerbsfolgegewinn** kann über die Bildung einer Rücklage auf 15 Jahre verteilt werden (§ 5 Abs. 7 Satz 5 EStG).

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(2) Besonderheiten bei Mitunternehmerschaften

- Der Erwerb von Personengesellschaftsanteilen wird für die Frage der **Kaufpreisverteilung nach denselben Grundsätzen** behandelt wie der Erwerb von Einzelwirtschaftsgütern, etwa im Wege des Erwerbs eines Einzelunternehmens oder eines Teilbetriebs (vgl. BFH 22.11.2014, DB 2015, 348). Es bestehen jedoch auch Besonderheiten:
- Bei dem Erwerb von Anteilen an einer bestehenden Mitunternehmerschaft (z.B. Übernahme eines 50-%-Kommanditanteils einer KG) ergibt sich die Besonderheit, dass die anteilige Aufstockung der Buchwerte durch die Verteilung der Anschaffungskosten des Erwerbs nicht in der Gesamthandbilanz, sondern in einer für den Erwerber zu erstellenden **Ergänzungsbilanz** erfolgt. Eine positive Ergänzungsbilanz ist dabei zur

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(2) Besonderheiten bei Mitunternehmerschaften

Bilanzierung zusätzlicher Anschaffungskosten (stiller Reserven), eine negative Ergänzungsbilanz zur Darstellung etwaiger Minderwerte gedacht. Auf- und Abstockungsbeträge sind dabei nicht nach den in der Hauptbilanz (Gesamthandsbilanz) angewandten plan- und außerplanmäßigen Bewertungsgrundsätzen fortzuführen, da sich Haupt- und Ergänzungsbilanzen zwar auf dieselben Wirtschaftsgüter beziehen, aber aus Sicht des Mitunternehmers steuerlich ein neuer Anschaffungsvorgang vorliegt. Es ist daher die AfA auf die im Zeitpunkt des Anteilerwerbs geltende Restnutzungsdauer vorzunehmen und dem neuen Gesellschafter stehen ggf. Abschreibungswahlrechte zu, die auch ein Einzelunternehmer in Anspruch nehmen könnte, wenn er ein entsprechendes gebrauchtes Wirtschaftsgut im Zeitpunkt des Anteilerwerbes angeschafft hätte (BFH vom 20.11.2014, DB 2015, 348).

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(2) Besonderheiten bei Mitunternehmerschaften

Praxishinweis:

Die Zusatzabschreibungen aus einer Ergänzungsbilanz mindern die Gewerbesteuer der Gesellschaft, da die Gesellschaft Gewerbesteuersubjekt ist. Insofern kommt es dann, wenn nicht 100 % der Anteile an einer Mitunternehmerschaft erworben werden, sondern z.B. nur ein 50-%-Kommanditanteil einer KG veräußert wird, für die verbleibenden Gesellschafter zu zufälligen Vorteilen. Der Erwerber sollte hier auf die Aufnahme entsprechender Ausgleichsregeln im Gesellschaftsvertrag drängen.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.1 Verteilung des Kaufpreises nach der Stufentheorie

(2) Besonderheiten bei Mitunternehmerschaften

- Bei Wirtschaftsgütern, die ein Mitunternehmer der Mitunternehmerschaft zur Nutzung überlässt, erfolgt der Ausweis in einer **Sonderbilanz** zu Gunsten des überlassenden Mitunternehmers. Handelt es sich um negatives Sonderbetriebsvermögen wie Verbindlichkeiten, die ein Mitunternehmer zur Finanzierung des Erwerbs des Anteils an der Mitunternehmerschaft aufgenommen hat, stellen diese notwendige Sonderbetriebsvermögen bei der Mitunternehmerschaft dar und sind ebenfalls in einer Sonderbilanz zu Gunsten dieses Mitunternehmers zu bilanzieren.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.2 Steuerwirksamkeit von Finanzierungsaufwendungen

- Beim steuerlichen Asset Deal, also dem Erwerb von Betriebsteilen, Einzelunternehmen oder Personengesellschaftsanteilen, sind die aus der Finanzierung des Erwerbs durch den Käufer resultierenden Aufwendungen **grundsätzlich ohne weiteres steuerlich abziehbare Betriebsausgaben** (für Zwecke der Einkommen- oder Körperschaftsteuer).
- Es gelten jedoch die allgemeinen Abzugsbeschränkungen für Finanzierungsaufwendungen nach der Zinsschranke nach § 4h EStG (i.V.m. § 8a KStG). Im Bereich mittelständischer Transaktionen hat die Bedeutung der Zinsschranke durch die Erhöhung der Freigrenze durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz auf EUR 3 Mio. jedoch stark an Bedeutung verloren (vgl. § 4h Abs. 2 Satz 1 lit. a) EStG).

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.1 Kauf von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen

7.1.2 Steuerwirksamkeit von Finanzierungsaufwendungen

- **Gewerbsteuerlich** liegt allerdings meist eine Dauerschuldzins-hinzurechnung vor (§ 8 Nr. 1 GewStG). Sodann gilt eine Einkommenserhöhung nach § 4h EStG durch ein etwaiges Eingreifen der Zinsschranke auch für die Gewerbesteuer.

7.2 Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen

7.2.1 Abschreibung des Kaufpreises

- Bis zur Unternehmenssteuerreform 2001 konnte der Käufer von Kapitalgesellschaftsanteilen die aufgewendeten Anschaffungskosten durch verschiedene Umstrukturierungsmodelle in steuerlich verwertbares Abschreibungsvolumen transformieren. In der Praxis wurde am häufigsten das sog. Umwandlungsmodell angewandt. Daneben wurde das sog.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.2 Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen

7.2.1 Abschreibung des Kaufpreises

Kombinationsmodell und das sog. Mitunternehmerschaftsmodell verwendet. Durch das StSenkG vom 23.10.2000 wurde diesen Modellen zur Schaffung von Abschreibungsvolumen die gesetzliche Grundlage entzogen. In der Folge wurden zwar verschiedene neue Modelle diskutiert, nämlich insbesondere das KGaA-Modell sowie das Organschaftsmodell. Im Ergebnis lässt sich jedoch festhalten, dass ein steuerlich wirksamer Step-up nur noch in seltenen Ausnahmefällen möglich ist und mit entsprechendem Zeit- und Kostenaufwand für entsprechend komplexe Umstrukturierungen verbunden ist. Auch die Unwägbarkeiten und Risiken solcher Konstruktionen liegen auf der Hand.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.2 Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen

7.2.1 Abschreibung des Kaufpreises

Praxishinweis:

Im mittelständischen Bereich jedenfalls muss regelmäßig davon abgeraten werden zu versuchen, derartige Modelle zu implementieren. Vielmehr ist davon auszugehen, dass postakquisitorische Maßnahmen zur Schaffung von AfA-Volumen für den Erwerber nach derzeitigem Rechtsstand nicht mehr gegeben sind, und dass ausschließlich Umstrukturierungsmaßnahmen auf Seiten des Veräußerers, im Vorfeld der Veräußerung, praktikabel sind.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.2 Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen

7.2.2 Kaufpreisfinanzierungsaufwendungen

(1) Erwerb durch natürliche Personen

- Ist der Käufer eine **natürliche Person**, gilt das Abzugsverbot des § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG auch für Finanzierungsaufwendungen, wenn die Beteiligung im **steuerlichen Privatvermögen** erworben wird.
- Anders dagegen, wenn die Beteiligung im **steuerlichen Betriebsvermögen**, insbesondere über eine gewerblich geprägte Personengesellschaft erworben wird, was sich jedoch nur im Einzelfall steuerlich rechnen wird, nämlich dann, wenn in hohem Maße fremdfinanziert wird. Denn die Besteuerung von Ausschüttungen erfolgt dann nach dem Teileinkünfteverfahren und damit leicht ungünstiger als im Rahmen der Abgeltungsteuer. Anders auch bei Antrag nach § 32d Abs. 2 Nr. 3 EStG (Option zum Teileinkünfteverfahren bei Beteiligung von mindestens 25 % oder mindestens 1 % und beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft); auch in diesen Fällen gilt § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG nicht.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.2 Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen

7.2.2 Kaufpreisfinanzierungsaufwendungen

(2) Erwerb durch Kapitalgesellschaften als Käufer

- Für **Kapitalgesellschaften** als Käufer sind Finanzierungsaufwendungen im vollem Maße abzugsfähig, da Dividendenausschüttungen von der erworbenen Kapitalgesellschaft an die erwerbende (Holding-)Kapitalgesellschaft nach § 8b Abs. 5 KStG nicht zu 100 % steuerfrei, sondern im Ergebnis zu 5 % steuerpflichtig sind (vgl. § 8b Abs. 5 S. 2 KStG, durch den die Anwendbarkeit von § 3c Abs. 1 EStG explizit ausgeschlossen wird).
- Problematisch sind aber die Fälle, in denen die erwerbende Kapitalgesellschaft **selbst keinen operativen Geschäftsbetrieb** unterhält, was insbesondere bei reinen Holdinggesellschaften oder speziell gegründeten Erwerber-Gesellschaften der Fall sein kann. Die grundsätzlich gegebene

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.2 Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen

7.2.2 Kaufpreisfinanzierungsaufwendungen

(2) Erwerb durch Kapitalgesellschaften als Käufer

steuerliche Abzugsfähigkeit des Finanzierungsaufwands würde dann – mangels positivem Einkommen, mit dem der Finanzierungsaufwand verrechnet werden kann – leerlaufen und es würden sich bei der Ober-Gesellschaft Verlustvorträge aufbauen. Hier hilft das Herstellen einer **Organschaft** zwischen der erwerbenden (Holding-)Kapitalgesellschaft und der erworbenen operativen Kapitalgesellschaft.

- Sodann erfolgt in der Praxis zur steuerlichen Konsolidierung nach Closing häufig auch die **Verschmelzung** der erworbenen Zielgesellschaft auf die Erwerber-Zweckgesellschaft, die die Fremdfinanzierung aufgenommen hat (handelsrechtliches Ansatzwahlrecht seit SEStEG unabhängig von steuerlicher Buchwertfortführung möglich).

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.2 Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen

7.2.2 Kaufpreisfinanzierungsaufwendungen

(2) Erwerb durch Kapitalgesellschaften als Käufer

- Beim Abzug von Finanzierungsaufwand ist die **Zinsschranke** zu beachten (§ 4h EStG i.V.m. § 8a KStG), die im mittelständischen Bereich aufgrund der durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz auf EUR 3 Mio. erhöhten Freigrenze an Bedeutung verloren hat.
- **Gewerbsteuerlich** führt die Akquisitionsfremdfinanzierung zur Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 lit. a) GewStG.

7. Grundsätzliche Besteuerung des Unternehmenskäufers

7.2 Kauf von Kapitalgesellschaftsanteilen

7.2.3 Steuerliche Behandlung von Due Diligence Kosten

- Erwirbt eine Kapitalgesellschaft eine Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, stellen die getätigten **Due Diligence Aufwendungen grds. Anschaffungskosten** dar. Ausnahmsweise können sie jedoch sofort abgezogen werden, nämlich wenn sie zu einem Zeitpunkt getätigt wurden, zu dem noch keine bestimmte Erwerbsentscheidung jedenfalls grundsätzlich getroffen wurde (BFH v. 27.03.2007, GmbHR 2007, 780).
- Bei einer **fehlgeschlagenen Transaktion** (d.h. es kommt am Ende nicht zur Durchführung der Transaktion) können die Due Diligence Kosten ebenfalls sofort abgezogen werden, ohne dass 8b Abs. 3 KStG dem entgegensteht (BFH v. 09.01.2013, BFH/NV 2013, 853).

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.1 Vollständiger oder teilweiser Verlust von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen nach § 8c KStG

- Werden Anteile an **Kapitalgesellschaften**, die über Verlustvorträge verfügen, verkauft, ist § 8c KStG einschlägig für die Frage, in welchem Umfang bis zum Beteiligungsübergang nicht ausgeglichene oder abgezogene negative Einkünfte, einschließlich laufende Verluste (verkürzt im Folgenden auch insgesamt als Verlustvorträge bezeichnet) übergehen oder inwieweit solche Verlustvorträge untergehen. Je nach Umfang des Übergangs von Anteilen gehen die vorhandenen **körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge** wie folgt anteilig oder ganz unter:

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.1 Vollständiger oder teilweiser Verlust von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen nach § 8c KStG

- Werden innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar **mehr als 25 Prozent** des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder Stimmrechte an der verkauften Kapitalgesellschaft an einen Erwerber oder diesem nahe stehende Personen übertragen oder liegt ein vergleichbarer Sachverhalt vor (= schädlicher Beteiligungserwerb), sind insoweit die bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht ausgeglichenen oder abgezogenen negativen Einkünfte (nicht genutzte Verluste) nicht mehr abziehbar, d.h. gehen **anteilig** unter.
- Darüber hinaus sind bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht genutzte Verluste **vollständig** nicht mehr abziehbar, wenn innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar **mehr als 50 %** des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder Stimmrechte der Kapitalgesellschaft an einen Erwerber oder diesem nahe stehende Personen übertragen werden oder ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt.

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.1 Vollständiger oder teilweiser Verlust von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen nach § 8c KStG

- In Bezug auf einen **unterjährig schädlichen Beteiligungserwerb** kann nach der Rechtsprechung des BFH (BFH v. 30.11.2011, DB 2012, 494) ein bis zu diesem Zeitpunkt in diesem Wirtschaftsjahr erzielter Gewinn noch mit bisher nicht genutzten Verlusten verrechnet werden. Dem hat sich nun auch die Finanzverwaltung angeschlossen (vgl. Entwurf neues BMF-Schreibens zu § 8c KStG v. 15.04.2014, Rz. 31a). Auch der Rücktrag eines unterjährig bis zum schädlichen Beteiligungserwerb entstandenen Verlusts ist möglich (Rz. 30 des Entwurfs). Das Ergebnis des Wirtschaftsjahres soll nunmehr nach wirtschaftlichen Kriterien aufgeteilt werden (Rz. 32 des Entwurfs).
- Als „**ein Erwerber**“ gilt für § 8c KStG auch eine Gruppe von Erwerbern mit gleichgerichteten Interessen.

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.1 Vollständiger oder teilweiser Verlust von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen nach § 8c KStG

- Neben der klassischen Anteilsübertragung, die im Rahmen von Unternehmenstransaktionen der typische Fall der Anwendung des § 8c KStG sein wird, erfasst die Vorschrift auch **Kapitalerhöhungen**, soweit es zu einer Veränderung der Beteiligungsquoten kommt (§ 8c Abs. 1 Satz 4 KStG).
- Wichtig für die Praxis sind die **Ausnahmevorschriften**, in denen der vollständige oder teilweise Untergang der Verlustvorträge unterbleibt:
 - Für Veranlagungszeiträume ab dem Veranlagungszeitraum 2010 gibt es mit dem § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG eine Ausnahmevorschrift für bestimmte **Konzernsachverhalte**. Im Rahmen des Steueränderungsgesetzes 2015 wurde diese in ihrem Anwendungsbereich erweitert. Für die hier interessierenden Fälle der **Veräußerung** mittelständischer Unternehmen oder Unternehmensgruppen **an Dritte** lässt sich diese Ausnahmeregelung jedoch regelmäßig nicht fruchtbar machen.

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.1 Vollständiger oder teilweiser Verlust von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen nach § 8c KStG

- Sodann wurde mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2008 mit § 8c Abs. 1 a KStG eine Ausnahmeregelung für **Sanierungsfälle** eingeführt, nach der ein Beteiligungserwerb zum Zwecke der Sanierung des Geschäftsbetriebs der Körperschaft, deren Anteile erworben werden, in Bezug auf die Verlustvorträge unschädlich ist. Als Sanierung wird nach dem Gesetzeswortlaut dabei eine Maßnahme verstanden, die darauf gerichtet ist, die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Zielgesellschaft zu verhindern oder zu beseitigen, bei Erhalt der wesentlichen Betriebsstrukturen. Diese Vorschrift wurde in der Literatur aufgrund ihres engen, zeitlich sehr spät einsetzenden Anwendungsbereichs vielfältig kritisiert, sie kann derzeit jedoch aufgrund Zweifeln an der Vereinbarkeit mit EU-Beihilferecht ohnehin nicht angewendet werden.

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.1 Vollständiger oder teilweiser Verlust von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen nach § 8c KStG

- Ein nicht abziehbarer nicht genutzter Verlust kann nach § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG jedoch weiterhin genutzt werden, soweit er bei einem schädlichen Beteiligungserwerb im Sinne des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG die anteiligen, bzw. bei einem schädlichen Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG die gesamten, zum Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs vorhandenen **stillen Reserven** des inländischen Betriebsvermögens der Körperschaft nicht übersteigt. Hiervon können z.B. junge Technologieunternehmen profitieren, die aufgrund einer hohen „Cash Burn Rate“ typischerweise hohe Verlustvorträge ansammeln, die aber planmäßig auch zu entsprechend hohen stillen Reserven (z.B. in Patenten) führen. Die Vorschrift ist jedoch hierauf nicht beschränkt; auch in allen sonstigen Fällen ist zu fragen, warum ein über die Buchwerte des Eigenkapitals hinausgehender Kaufpreis gezahlt

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.1 Vollständiger oder teilweiser Verlust von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen nach § 8c KStG

wird und auf welche Arten von stillen Reserven dieser entfällt. Stille Reserven i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG sind der Unterschiedsbetrag zwischen dem anteiligen bzw. dem gesamten in der steuerlichen Gewinnermittlung ausgewiesenen Eigenkapital und dem auf dieses Eigenkapital jeweils entfallenden gemeinen Wert der Anteile an der Körperschaft, soweit diese im Inland steuerpflichtig sind (§ 8c Abs. 1 Satz 7 KStG). Diese Ausnahmenvorschrift gilt für Beteiligungserwerbe ab dem Veranlagungszeitraum 2010 einschließlich.

Praxishinweis:

Die für den Bereich Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf für die Praxis bedeutsamste Regelung, nach der in vielen Fällen ein Untergang der Verlustvorträge jedenfalls teilweise verhindert werden kann, ist die Ausnahmenvorschrift bei Nachweis von stillen Reserven.

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.1 Vollständiger oder teilweiser Verlust von körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen nach § 8c KStG

Beachte:

Die Vorschrift des § 8c KStG hat im Ergebnis die Wirkung, dass der Fiskus tatsächlich erlittene, reale Verluste in bestimmten Situationen einseitig aberkennt, sich nicht im gleichen Umfang an der Verlusttragung beteiligt, wie er das im Gewinnfall tut oder gar bei ein und derselben Körperschaft in Gewinnjahren getan hat. Da die Regelung aufgrund ihrer schematischen, überschießenden Mechanik weit davon entfernt ist, nur den missbräuchlichen Handel mit Verlusten („Mantelkauf“) zu unterbinden, steht sie u.E. zu Recht im Verdacht der Verfassungswidrigkeit. Das FG Hamburg hat mit Beschluss vom 04.04.2011 (DStR 2011, DStR 2011, 1172 ff.) das Verfahren nach § 100 Abs. 1 Satz 1 GG ausgesetzt, um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Bis zum Ergehen dieser Entscheidung sollten derartige Fälle offengehalten werden.

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.2 Gewerbesteuerliche Verlustvorträge

- Für den **gewerbesteuerlichen Verlustvortrag (Fehlbetrag) einer Kapitalgesellschaft** gilt § 8c KStG über § 10a Satz 10 GewStG entsprechend. § 8c KStG gilt auch für den gewerbesteuerlichen Fehlbetrag einer Mitunternehmerschaft, wenn dieser einer Körperschaft unmittelbar oder über eine andere Mitunternehmerschaft zuzurechnen ist (§ 10a Satz 10 2. Halbsatz GewStG). Der zweite Halbsatz der Vorschrift wurde durch Gesetz vom 19.12.2008 eingeführt; vormals mögliche Strukturierungen mit dem Ziel, gewerbesteuerliche Fehlbeträge durch Ausgliederung von Betrieben aus einer Körperschaft auf eine Tochter-Mitunternehmerschaft im Vorfeld eines Unternehmensverkaufs vor dem (teilweisen) Untergang durch schädliche Anteilsübertragung hinsichtlich der Anteile der (Mutter-)Körperschaft zu bewahren, sind seitdem nicht mehr möglich.

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.1 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften

8.1.3 Zinsvorträge und EBITDA-Vorträge nach § 4h EStG i.V.m. § 8a KStG

- Werden Anteile an Kapitalgesellschaften veräußert, die über einen nicht verbrauchten Zinsvortrag sowie einen nicht genutzten EBITDA-Vortrag verfügen, findet § 8c KStG auf den **Zinsvortrag** der Gesellschaft entsprechende Anwendung (§ 8a Abs. 1 Satz 3 KStG).
- Eine entsprechende Anwendung des § 8c KStG auf den **EBITDA-Vortrag** ist jedoch nicht vorgesehen, sodass dieser vom Beteiligungserwerb, auch wenn der grundsätzlich nach § 8c KStG „schädlich“ wäre, unberührt bleibt und wirtschaftlich vom Erwerber weiterhin genutzt werden kann. Wesentlich ist, dass nach § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG auch für den Zinsvortrag die Ausnahmegvorschrift der „Stille-Reserven-Klausel“ des § 8c Abs. 1 Sätze 6 ff. KStG gilt, sodass in Höhe von übergehenden stillen Reserven auch der Zinsvortrag entsprechend aufrechterhalten werden kann. Dies gilt jedoch nach § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG mit der einschränkenden Maßgabe, dass stille Reserven insoweit nur zu berücksichtigen sind, als sie die nach § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG abziehbaren nicht genutzten Verluste übersteigen.

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.2 Veräußerung von Anteilen an Personengesellschaften

- Geht es dagegen um die Veräußerung von **Anteilen an einer Personengesellschaft**, ist zu differenzieren. Aufgrund der Transparenz einer Personengesellschaft für Zwecke der Einkommen- und Körperschaftsteuer verbleiben in der Vergangenheit aufgelaufene, aus der Beteiligung herrührende **einkommen- bzw. körperschaftsteuerliche** Verluste bzw. Verlustvorträge beim veräußernden Gesellschafter zurück, und können dort nach den allgemeinen Regeln mit positiven Einkünften bzw. Einkommensteilen verrechnet werden, ggf. im Wege des Verlustvor- und -rücktrags.
- **Gewerbsteuerliche** Verluste auf Ebene der Personengesellschaft gehen dagegen im Rahmen der Anteilsübertragung entsprechend der Übertragungsquote ganz oder anteilig verloren, da es dadurch zu einem Verlust der Unternehmeridentität (§ 10a Satz 8 i.V.m. § 2 Abs. 5 GewStG) kommt. Im Falle einer vollständigen Übertragung sämtlicher Anteile an einer Personengesellschaft auf einen neuen Gesellschafter gehen demnach 100 % der gewerbsteuerlichen Verlustvorträge verloren. Wird nur ein Teil der Gesellschaftsanteile veräußert, tritt nur insoweit, als ein neuer Gesellschafter eintritt, ein Verlust des Verlustvortrags ein.

8. Übergang von Verlustvorträgen u.ä. auf den Käufer

8.2 Veräußerung von Anteilen an Personengesellschaften

- Bestehen bei der Mitunternehmerschaft, deren Anteile veräußert werden, ein nicht genutzter **Zinsvortrag** oder ein nicht verbrauchter **EBITDA-Vortrag**, gehen auch diese nach § 4h Abs. 5 Satz 2 EStG in dem Umfang unter, in dem ein Gesellschafterwechsel bei der Personengesellschaft stattfindet.

9. Umsatzsteuer

9.1 Umsatzsteuer beim Asset Deal

9.1.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

- Werden Wirtschaftsgüter des umsatzsteuerlichen Unternehmensvermögens entgeltlich veräußert, unterliegt der entsprechende Vorgang grundsätzlich nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG als Lieferung der Umsatzsteuer.
- Der Verkauf eines **gesamten Unternehmens** oder eines in der Gliederung des Unternehmens **gesondert geführten Betriebs** im Ganzen als Asset Deal ist jedoch unter den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a UStG **nicht umsatzsteuerbar**. Rechtsfolge ist dann, dass der Veräußerer keine Rechnung mit Umsatzsteuerausweis stellen muss und dies auch nicht darf; aus einer fehlerhaft gestellten Rechnung hätte der Erwerber keinen Anspruch auf Vorsteuererstattung.

9. Umsatzsteuer

9.1 Umsatzsteuer beim Asset Deal

9.1.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

- Damit der Vorgang unter § 1 Abs. 1a UStG fällt, muss das ganze Unternehmen übergehen, das **Zurückbleiben wesentlicher Betriebsgrundlagen ist schädlich**, während es unschädlich ist, wenn nur einzelne, unwesentliche Wirtschaftsgüter ausgenommen sind (vgl. Abschnitt 1.5 Abs. 3 Satz 1 UStAE). Hier bestehen zum Teil Abgrenzungsschwierigkeiten und Unsicherheiten. Wesentlich für die Praxis ist, dass nach der Rechtsprechung des EuGH die Annahme einer nicht steuerbaren Geschäftsveräußerung im Ganzen nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass der Veräußerer die vom veräußerten Unternehmen genutzte Betriebsimmobilie nicht mitveräußert, sondern zurückbehält, vorausgesetzt, sie wird an den Erwerber weitervermietet, sodass dieser mit dem erworbenen Unternehmen eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit dauerhaft fortführen kann. Eine langfristige Vermietung auf einen festen Zeitraum, etwa von acht Jahren, ist nach der jüngeren EuGH-

9. Umsatzsteuer

9.1 Umsatzsteuer beim Asset Deal

9.1.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

Rechtsprechung, anders als nach der älteren BFH-Rechtsprechung, somit nicht mehr erforderlich. In Fällen, in denen der Erwerber selbst über eine geeignete Immobilie zur Fortführung des Geschäftsbetriebs verfügt, muss er Betriebsräumlichkeiten, die zum veräußerten Unternehmen gehörten, weder anmieten noch erwerben; es liegt dennoch ein nicht steuerbarer Vorgang i.S.d. § 1 Abs. 1a UStG vor. Ausreichend ist, wenn die übertragenden Gegenstände dazu ausreichen, dass der Erwerber eine im umsatzsteuerlichen Sinne unternehmerische Tätigkeit fortführen kann.

- Die **Begriffe** „Unternehmen“ und „gesondert geführter Betrieb“ entsprechen in der Praxis häufig, theoretisch aber nicht immer den ertragsteuerlichen Begriffen „Betrieb“ und „Teilbetrieb“. Abschnitt 1.5 Abs. 6 Satz 4 UStAE verweist bzgl. der Veräußerung eines gesondert geführten Betriebs jedoch auf Abschnitt 16 Abs. 3 EStR, sodass die Praxis auf die einkommensteuerliche Teilbetriebsdefinition zurückgreifen kann.

9. Umsatzsteuer

9.1 Umsatzsteuer beim Asset Deal

9.1.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

- Sodann setzt die Vorschrift des § 1 Abs.1a UStG voraus, dass **Erwerber** ein umsatzsteuerlicher **Unternehmer** ist. Hier reicht es, wenn der Erwerber mit dem Unternehmenskauf seine unternehmerische Tätigkeit beginnt (vgl. Abschnitt 1.5 Abs. 1 Satz 1 UStAE).

Praxishinweis:

Kritisch sind in der Praxis die Fälle, in denen aufgrund der Abgrenzungsschwierigkeiten fraglich ist, ob der Vorgang überhaupt als Geschäftsveräußerung im Ganzen i.S.v. § 1 Abs. 1a UStG qualifiziert oder nicht. In solchen Fällen sind entsprechende Regelungen im Unternehmensverkauf vorzusehen.

- Durch den Unternehmensverkauf im Wege des Asset Deals **tritt der Käufer in die umsatzsteuerliche Situation des Verkäufers ein** (§ 1 Abs. 1a Satz 3 UStG). Er übernimmt die laufenden **Berichtigungsfristen** des Verkäufers (§ 15a Abs. 10 UStG).

9. Umsatzsteuer

9.1 Umsatzsteuer beim Asset Deal

9.1.2 Vorsteuerabzug für Transaktionskosten

- Nach wohl überwiegender, auch von der Finanzverwaltung geteilter Auffassung richtet sich beim Asset Deal der **Vorsteuerabzug des Verkäufers** bzgl. seiner Transaktionskosten nach der der Veräußerung vorangehenden Nutzung der veräußerten Wirtschaftsgüter in Form des Verhältnisses „USt-pflichtig zu USt-frei“; maßgeblich sind nach dieser Auffassung also die von dem veräußernden Unternehmer mit dem veräußerten Unternehmensvermögen **regulär getätigten laufenden Ausgangsumsätze**.
- Nach der Gegenansicht besteht hier generell ein voller Vorsteuerabzug für den Unternehmensverkäufer (Argument: Wortlaut § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG, denn nach § 1 Abs. 1a UStG wird der Vorgang ja als nicht umsatzsteuerbar, nicht aber umsatzsteuerfrei behandelt).

9. Umsatzsteuer

9.1 Umsatzsteuer beim Asset Deal

9.1.2 Vorsteuerabzug für Transaktionskosten

- Aus Sicht des **Erwerbers** eines Unternehmens im Asset Deal gilt für die Frage, inwieweit er die Vorsteuer aus Transaktionskosten ziehen kann, der Maßstab des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 UStG. Der Erwerber kann daher die Vorsteuer in dem Umfang geltend machen, wie er im Rahmen des erworbenen Unternehmens generell steuerbare und nicht abzugsschädliche Umsätze ausführt.

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

- Für die Frage, wie ein Share Deal (Veräußerung von Anteilen an Personen- und Kapitalgesellschaften) umsatzsteuerlich zu behandeln ist, ist zunächst die Vorprüfung erforderlich, ob die verkauften Anteile umsatzsteuerlich im **unternehmerischen oder im nichtunternehmerischen Bereich** gehalten wurden. Das bloße Halten und Verwalten von Gesellschaftsbeteiligungen stellt nach Abschnitt 2.3 Abs. 2 Satz 1 UStAE sowie nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH keine unternehmerische Betätigung dar; selbst Kapitalgesellschaften als Gesellschafter können umsatzsteuerlich einen nichtunternehmerischen Bereich haben, dem solche Beteiligungen zuzuordnen sind. Eine reine Finanz-Holding – egal in welcher Rechtsform und unabhängig davon, ob die von ihr gehaltenen Beteiligungen ertragsteuerlich Betriebsvermögen sind – ist also kein umsatzsteuerlicher Unternehmer i.S.d. § 2 UStG.

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

- Anders verhält es sich dagegen, wenn eine **Führungs-Holding** vorliegt, die als umsatzsteuerlicher „**Eingriff-Gesellschafter**“ Beteiligungen zum Zweck des aktiven Eingreifens in die unternehmerische Verwaltung durch das entgeltliche Erbringen von administrativen, finanziellen, kaufmännischen und technischen Dienstleistungen hält, was eine unternehmerische Tätigkeit im Sinne der Umsatzsteuer darstellt.
- Wird eine Holding jedoch nur gegenüber einigen Tochtergesellschaften in diesem Sinne geschäftsleitend tätig, während sie Beteiligungen an anderen Tochtergesellschaften lediglich hält und verwaltet (sogenannte „**gemischte Holding**“), hat sie im umsatzsteuerlichen Sinn sowohl einen unternehmerischen als auch einen nicht-unternehmerischen Bereich.

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

- Wird eine Beteiligung **aus dem nichtunternehmerischen Bereich** veräußert, ist der Vorgang **nicht umsatzsteuerbar**.
- Wird dagegen eine Beteiligung **aus dem unternehmerischen Bereich** veräußert, ist der Vorgang umsatzsteuerbar. Die Veräußerung von Anteilen an Personen- und Kapitalgesellschaften ist jedoch **umsatzsteuerfrei** nach § 4 Nr. 8 lit. f) UStG. Zu einer Umsatzsteuerpflicht kann der Verkäufer hier jedoch grundsätzlich durch **Option** nach § 9 Abs. 1 UStG gelangen. Der Erwerber wird hieran naturgemäß kein Interesse haben, er ist daraus jedenfalls liquiditätsmäßig belastet. Auch würde sich der zivilrechtliche Kaufpreis ja um 19 % erhöhen, was aus Käufersicht eine spürbare Erhöhung des Finanzierungsbedarfs nach sich ziehen würde. Außerdem trägt der Erwerber das Risiko, dass die Finanzverwaltung den Vorgang später umsatzsteuerlich anders beurteilt und ihm den Vorsteuerabzug aus der Rechnung des Veräußerers aberkennt.

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

Praxishinweis:

Aus Sicht des Erwerbers empfiehlt es sich daher, in den Unternehmenskaufvertrag ein Verbot für den Veräußerer aufzunehmen, von der Optionsmöglichkeit Gebrauch zu machen bzw. klarzustellen, dass sich der Kaufpreis inklusive Umsatzsteuer versteht, sollte der Veräußerer dem Verbot der Optionsausübung zuwider handeln. Typischerweise ist es in der Praxis für einen Unternehmensveräußerer nicht möglich, eine Regelung durchzusetzen, die es ihm erlaubt, von der Optionsmöglichkeit Gebrauch zu machen.

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

- In bestimmten Fällen, in denen eigentlich zivilrechtlich ein Share Deal vorliegt, bei dem eine im umsatzsteuerlichen Unternehmensvermögen gehaltene Beteiligung veräußert wird, kann nach der Rspr. des EuGH (AB SKF sowie X BV) die **Veräußerung einer Beteiligung**, obwohl es sich um einen Share Deal handelt, bei wertender Betrachtung **als eine Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 1 Abs. 1a UStG** anzusehen sein, mit der Folge, dass schon gar keine Umsatzsteuerbarkeit eintritt.
- Die Finanzverwaltung hat in Reaktion auf die Entwicklung der EuGH-Rspr. mit Schreiben vom 11.12.2013, DB 2014, 24 in einem neugefassten Abschnitt 1.5 Abs. 9 UStAE überarbeitete Kriterien hierfür aufgestellt. Nach Auffassung der Finanzverwaltung gilt folgendes:

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.1 Grundsätzliche umsatzsteuerliche Behandlung

- Die Veräußerung eines Gesellschaftsanteils stellt nur dann einen Vorgang i.S.v. § 1 Abs. 1a UStG dar, wenn der Gesellschaftsanteil Teil einer eigenständigen Einheit ist, die eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ermöglicht, und diese Tätigkeit vom Erwerber fortgeführt wird; dies gilt laut Finanzverwaltung unabhängig von der Höhe der übertragenen Beteiligung.
- Eine bloße Veräußerung von Anteilen ohne gleichzeitige Übertragung von sonstigen Vermögenswerten reicht dafür nicht aus.

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.2 Vorsteuerabzug von Transaktionskosten

- Für den Vorsteuerabzug in Bezug auf die Transaktionskosten **beim Veräußerer** ist zunächst zu beachten, dass solche Transaktionskosten typischerweise in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit der Anteilsveräußerung stehen, da es sich hier typischerweise z.B. um Rechts- oder Steuerberatungskosten in Bezug auf die Transaktion als solche handelt. Für solche Kosten ergibt sich in Bezug auf den Vorsteuerabzug folgendes Bild:
 - Handelt es sich um eine Beteiligungsveräußerung aus dem **nichtunternehmerischen Bereich**, ist der Vorsteuerabzug aus den Transaktionskosten des Veräußerers auf der Grundlage neuerer Rechtsprechung des BFH wohl ausgeschlossen, und nach Auffassung des BFH verbietet sich in solchen Fällen ein direkter und unmittelbarer Zusammenhang der Eingangsleistungen mit einem Ausgangsumsatz, der

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.2 Vorsteuerabzug von Transaktionskosten

mangels wirtschaftlicher Tätigkeit nicht dem Anwendungsbereich der Umsatzsteuer unterliegt, auch der Rückgriff auf die wirtschaftliche Gesamttätigkeit des Veräußerers. Dies ist m.E. durchaus kritisch zu sehen, denn entsprechend der EuGH-Rechtsprechung in der Securenta-Entscheidung und den darin entwickelten Grundsätzen von der weiteren Verwendung des Veräußerungserlöses sollte m.E. der Vorsteuerabzug in solchen Fällen nicht von vorneherein ausgeschlossen sein; es sollte vielmehr der allgemeine Vorsteuerabzugsschlüssel auch für den Vorsteuerabzug in Bezug auf Transaktionskosten maßgeblich sein, wenn der Veräußerungserlös später entsprechend für allgemeine unternehmerische Zwecke des Veräußerers verwendet werden soll.

- Handelt es sich um eine Beteiligung aus dem umsatzsteuerlich **unternehmerischen Bereich**, und erfolgt für den Vorgang eine **Option zur Umsatzsteuerpflicht**, kann der Veräußerer den Vorsteuerabzug auf seine Transaktionskosten, die in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit der steuerpflichtigen Anteilsveräußerung stehen, geltend machen.

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.2 Vorsteuerabzug von Transaktionskosten

- Handelt es sich um eine Beteiligung aus dem **umsatzsteuerlich unternehmerischen Bereich**, und wird für diesen Vorgang **nicht zur Umsatzsteuerpflicht optiert**, führt dies grundsätzlich zu einem steuerbaren Vorgang, der steuerfrei ist, weshalb der Vorsteuerabzug des Veräußerers in Bezug auf seine Transaktionskosten insoweit ausgeschlossen ist, als Kosten in direktem und unmittelbarem Zusammenhang mit der steuerfreien Anteilsveräußerung stehen.
- Wurde eine Beteiligung aus dem **unternehmerischen Bereich** veräußert, die nach der neueren EuGH-Rechtsprechung - trotz zivilrechtlicher Strukturierung der Transaktion als Share Deal - ausnahmsweise als **Geschäftsveräußerung im Ganzen** anzusehen ist, müsste der Abzug der Transaktionskosten des Veräußerers nach der Abbey-National-Entscheidung des EuGH als allgemeine Kosten des veräußernden Unternehmers grundsätzlich möglich sein, und zwar nach dem allgemeinen Verhältnis der steuerpflichtigen zu den steuerfreien Umsätzen beim Veräußerer.

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.2 Vorsteuerabzug von Transaktionskosten

Praxishinweis:

Es wird deutlich, dass bezüglich des Vorsteuerabzugs des Veräußerers beim Share Deal je nach Sachverhaltskonstellation große Unterschiede in der umsatzsteuerlichen Behandlung bestehen. Kann die Veräußerung als Unternehmensveräußerung im Ganzen gestaltet werden, ergibt sich für einen Veräußerer, der nach seiner wirtschaftlichen Gesamttätigkeit umsatzsteuerpflichtige Umsätze erbringt, auch der Vorsteuerabzug in Bezug auf die Transaktionskosten, vorausgesetzt, die Beteiligung gehörte zum umsatzsteuerlichen Unternehmensvermögen.

Beachte: Die Entscheidung des EuGH vom 16.07.2015, Rs. Larentia + Minerva sowie Marenave (DB 2015, 1748) beschäftigt sich mit der Vorsteueraufteilung bei Holding-Gesellschaften. Die vorstehend skizzierten Grundsätze zum Vorsteuerabzug von Transaktionskosten dürften sich jedoch dadurch nicht ändern. Es bleibt insoweit jedoch die Reaktion insbesondere der Finanzverwaltung abzuwarten.

9. Umsatzsteuer

9.2 Umsatzsteuer beim Share Deal

9.2.2 Vorsteuerabzug von Transaktionskosten

- Der Vorsteuerabzug **für den Erwerber** richtet sich nach den Grundsätzen des Abschnitts 2.3 UStAE:
 - Vorsteuern sind nur abzugsfähig im Zusammenhang mit Beteiligungen, die für den umsatzsteuerlichen unternehmerischen Bereich erworben werden, nicht aber insoweit, als die Beteiligungen dem nichtunternehmerischen Bereich zugeordnet werden;
 - es kommt also insbesondere darauf an, ob der Erwerber die betreffende Beteiligung mit dem Ziel erwirbt, als Eingriffs-Gesellschafter administrative Dienstleistungen zu erbringen, weil dann ein Erwerb für das umsatzsteuerliche Unternehmensvermögen vorliegt. In diesem Fall kann der Erwerber nach den allgemeinen Voraussetzungen des § 15 UStG den Vorsteuerabzug aus den Transaktionskosten vornehmen.

10. Grunderwerbsteuer

10.1 Asset Deal

- Werden im Rahmen eines Asset Deals auch **inländische Grundstücke** verkauft, unterliegt der anteilige Kaufpreis der Grunderwerbsteuer (Grunderwerbsteuersatz grundsätzlich 3,5 %, abweichende Steuersatzfestlegungskompetenz der Bundesländer, z.B. Berlin 4,5 %, Baden-Württemberg 5 %, Nordrhein-Westfalen 5 %, vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1, § 11 Abs. 1 GrEStG). Wird ein Verlustunternehmen zu einem **symbolischen Kaufpreis** (EUR 1,00) verkauft, ist nach wohl überwiegender Auffassung ebenfalls von der tatsächlich bezahlten Gegenleistung (ggf. unter Einbeziehung übernommener Verbindlichkeiten) und nicht etwa von den Grundbesitzwerten auszugehen, denn das Wertverhältnis von Kaufpreis und Kaufgegenstand hat auf die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage, auch bei einem außergewöhnlich niedrigen Kaufpreis, keinen Einfluss. In diesen Fällen ist aber zu prüfen, inwieweit der Erwerber im Zusammenhang mit der Kaufpreisbemessung weitere Leistungen zu erbringen hat, die dann ggf. grunderwerbsteuerlich gesehen dem eigentlich ausgewiesenen Kaufpreis als Gegenleistung hinzugeschlagen werden.

10. Grunderwerbsteuer

10.1 Asset Deal

- Ist wie üblich im Unternehmenskaufvertrag ein einheitlicher Gesamtkaufpreis vereinbart, ist der Kaufpreis **nach Teilwerten aufzuteilen**, um den auf das mitverkaufte Grundstück entfallenden Kaufpreisteil zu ermitteln.

Praxishinweis:

Im Rahmen des Vertretbaren kann durch ausdrückliche Zuweisung von Einzelkaufpreisen gestaltet werden.

10.2 Share Deal

- Grunderwerbsteuerlich wird unter Share Deal sowohl die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften wie auch die Veräußerung von Anteilen an Personengesellschaften verstanden; im Rahmen der Grunderwerbsteuer gelten nämlich Personengesellschaften als selbständige Rechtspersonen.

10. Grunderwerbsteuer

10.2 Share Deal

- Die Fälle (i) Übertragung von mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Personengesellschaft an neue Gesellschafter innerhalb von fünf Jahren (§ 1 Abs. 2a GrEStG) und (ii) Anteilsvereinigung in Höhe von mindestens 95 % an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, die Grundstücke hält, in der Hand eines Erwerbers (§ 1 Abs. 3 GrEStG) und (iii) wirtschaftliche Anteilsvereinigung (§ 1 Abs. 3a GrEStG) unterliegen jeweils bzgl. inländischen Grundvermögens der Grunderwerbsteuer.
- Bemessungsgrundlage ist allerdings nicht der anteilig auf die inländischen Grundstücke entfallende Teil des Kaufpreises oder der gemeine Wert der Grundstücke, sondern insoweit sind (aufgrund des Steueränderungsgesetzes 2015 mit Rückwirkung ab dem 01.01.2009) die **erbschaftsteuerlichen Grundbesitzwerte** maßgeblich (§ 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GrEStG i.V.m. § 157 Abs. 1 bis 3 BewG).

10. Grunderwerbsteuer

10.2 Share Deal

Praxishinweis:

Grunderwerbsteuer kann vermieden werden, wenn weniger als 95 % übertragen werden, d.h. wenn der Veräußerer mehr als 5 % zurückbehält (z.B. 6 %, daher auch „94/6-Modell“ genannt). Dem Erwerber kann eine Kaufoption über die restlichen Anteile gewährt werden; die Einräumung einer solchen Call-Option löst noch keine GrESt aus. Auch die Vereinbarung **wechselseitiger Call- und Put-Optionen** ist unschädlich, solange dem Veräußerer dadurch nicht bereits nur noch eine bloße Treuhänderstellung zukommt oder die vertragliche Konstruktion schon vor Optionsausübung im Ergebnis zu einem Anteilsübertragungsanspruch des Erwerbers führt. Dem steht auch § 1 Abs. 3a GrEStG nicht entgegen.

Handelt es sich bei der grundbesitzenden Zielgesellschaft um eine **Personengesellschaft**, wird dann, wenn nach Ablauf der Fünf-Jahres-Frist des § 1 Abs. 2a GrEStG die restlichen Anteile durch Optionsausübung auf den Erwerber übergehen, im Rahmen der dann eintretenden Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 GrEStG zumindest nur Grunderwerbsteuer bezogen auf 6 % des Grundbesitzwertes fällig (§ 6 Abs. 2 GrEStG, vgl. Gleichlautender Erlass v. 6.3.2013 Tz. 3 (BStBl. I S. 773)).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.1 Allgemeines

- Die nachfolgend dargestellten Gestaltungsmöglichkeiten sind vom steuerlichen und rechtlichen Berater der jeweils betroffenen Partei im konkreten Einzelfall auf ihre Sinnhaftigkeit zu überprüfen. Selbstverständlich können hier **keine allgemeingültigen Aussagen** getroffen werden. Natürlich können im konkreten Fall auch verschiedene der nachfolgenden Gestaltungsmöglichkeiten miteinander kombiniert oder zeitlich hintereinandergeschaltet durchgeführt werden. Die nachfolgende Darstellung differenziert dabei nicht zwischen Gestaltungsmöglichkeiten des Veräußerers einerseits und Gestaltungsmöglichkeiten des Erwerbers andererseits; zum einen ist der Übergang hier oft fließend, und zum anderen ist Gestaltung beim Unternehmensverkauf auch gemeinsame Angelegenheit beider Parteien bzw. **muss sich jede Partei gedanklich „auf den Stuhl der jeweils anderen Partei setzen“**, was das Thema Steuerplanung angeht.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.2 Einbeziehung von Kindern und Familienangehörigen

- An die frühzeitige **Einbeziehung von Kindern, Ehegatten und sonstigen Angehörigen** des Unternehmers (= späteren Verkäufers) muss von Beraterseite rechtzeitig gedacht werden.

- Durch die Beteiligung von Familienmitgliedern am Unternehmen können zum einen die bekannten „laufenden“ steuerlichen Vorteile erzielt werden, die häufig Motivator für vorweggenommene Erbfolgen im unternehmerischen Bereich sind.
 - Durch die Einräumung einer Unternehmensbeteiligung wird regelmäßig auch eine Verlagerung von Einkunftsquellen erreicht.
 - Durch die Verlagerung von Einkunftsquellen vervielfältigen sich Freibeträge (Grundfreibetrag gemäß § 32a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, Sparerpauschbetrag gemäß § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG und Vorsorgeaufwendungen gemäß § 10 Abs. 3 EStG).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.2 Einbeziehung von Kindern und Familienangehörigen

- Die Verlagerung von Einkunftsquellen führt zu einer Progressionsminderung bezogen auf das Gesamtfamilieneinkommen, so dass faktisch eine Art „Familiensplitting“ erreicht werden kann.
- Schenkungsteuerlich können die bestehenden Freibeträge aufgrund des Zehn-Jahres-Konzeptes des § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG optimal genutzt werden.
- Schenkungsteuerlich erfolgt bei Schenkungen im Zehn-Jahres-Rhythmus wegen § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG auch eine Progressionsminderung.
- Betriebsvermögen gemäß § 13a, b ErbStG kann unter Ausnutzung der derzeit geltenden Begünstigungen ganz oder anteilig schenkungsteuerfrei übertragen werden.
- Weitere Wertsteigerungen, und damit einhergehend „neue“ steuerliche stille Reserven, entstehen nach erfolgter Übertragung von Beteiligungen an Familienangehörige insoweit direkt bei diesen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.2 Einbeziehung von Kindern und Familienangehörigen

- Wird das Unternehmen dann später veräußert, verteilt sich entsprechend auch der Veräußerungsgewinn steuerlich „auf mehrere Schultern“, was wiederum Progressionsvorteile sowie ggf. mehrfaches Ausnutzenkönnen von personenbezogenen Steuervorteilen möglich macht. So kann eine frühzeitige Einbindung von Familienmitgliedern **auch spezifische, auf die Transaktion selbst bezogene Steuervorteile** bewirken: Geht es etwa um die Veräußerung von Einzelunternehmen oder Mitunternehmeranteilen und würden bei Ehegatten beide nach ihrem Lebensalter die Voraussetzungen des „halben“ Steuersatzes nach § 34 Abs. 3 EStG erfüllen, beträgt der zu erwartende Gewinn jedoch mehr als EUR 5 Mio., so kann es sich anbieten, durch Vorabübertragung von Anteilen auf den anderen Ehegatten die EUR 5 Mio.-Grenze zu verdoppeln. Diese ist nämlich personen- und nicht unternehmensbezogen. Hierfür ist rechtzeitig vor der Veräußerung eine Beteiligung an dem Unternehmen unentgeltlich auf den Ehegatten zu übertragen. Dies ist ertragsteuerlich nach § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG zu

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.2 Einbeziehung von Kindern und Familienangehörigen

Buchwerten ohne Aufdeckung stiller Reserven möglich. Um nicht die fünfjährige Behaltensfrist nach § 6 Abs. 3 Satz 2 EStG auszulösen, muss bei einem Mitunternehmeranteil das dazugehörige Sonderbetriebsvermögen anteilmäßig mitübertragen werden (siehe aber BFH v. 2.8.2012, DB 2012, 2375, der die zeitgleiche Übertragung nach § 6 Abs. 5 EStG zuließ).

Praxishinweis:

Das Risiko solcher Konstruktionen besteht darin, dass die Finanzbehörden die Gestaltung nicht anerkennen und den Veräußerungsgewinn nach wie vor dem übertragenden Elternteil zurechnen (§ 42 AO; Grundsätze über die steuerliche Anerkennung von Rechtsgeschäften unter nahen Angehörigen). Es ist darauf zu achten, dass die Verträge zivilrechtlich wirksam sind und tatsächlich durchgeführt werden und die beschenkten Angehörigen auch tatsächlich als echte (Mit-)Gesellschafter behandelt werden, und dass die Anteile auch im steuerlichen Sinne (wirtschaftliches Eigentum nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) auf den erwerbenden Familienangehörigen übertragen werden; insbesondere bei Nießbrauchsvorbehalt kann dies je nach Ausgestaltung scheitern.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.2 Einbeziehung von Kindern und Familienangehörigen

- Bei jeder Maßnahme mit dem Ziel, rechtzeitig im Vorfeld einer Transaktion Familienmitglieder in das Unternehmen einzubeziehen, sind die **schenkungssteuerlichen Auswirkungen** zu prüfen. Hier sind insbesondere die geltenden Begünstigungen bei der Übertragung von Betriebsvermögen nach den §§ 13a, b ErbStG zu beachten (und künftig § 13c ErbStG für „Großerwerbe“):
- Verschonungsabschlag von 85 % (Regelverschonung) bzw. 100 % (Optionsverschonung) (künftig Schwellenwerte EUR 26 bzw. 52 Mio.);
 - Behaltensfrist von fünf Jahren bei der Regelverschonung bzw. sieben Jahren bei der Optionsverschonung;
 - Verwaltungsvermögensgrenze ≤ 50 % bei der Regelverschonung bzw. ≤ 10 % bei der Optionsverschonung (künftig „Hauptzwecktest“ / 20 %-Schwelle für Finanzmittel);
 - Lohnsummenregelung von 400 % über fünf Jahre bei der Regelverschonung bzw. 700 % über sieben Jahre bei der Optionsverschonung (künftig gestaffelt nach Betriebsgröße).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.2 Einbeziehung von Kindern und Familienangehörigen

- Begünstigtes Vermögen nach § 13b Abs. 1 ErbStG sind dabei Betriebe, Teilbetriebe und Mitunternehmeranteile, sowie unmittelbare Beteiligungen von mehr als 25 % an Kapitalgesellschaften, wobei jeweils nicht nur inländisches, sondern auch EU- und EWR-Unternehmensvermögen von der Begünstigung miterfasst ist. (Bleibt künftig unverändert.)
- Wesentlich ist, dass in den Fällen, in denen die Fünf- bzw. Sieben-Jahres-Frist zum Zeitpunkt der späteren Unternehmensveräußerungen nicht ganz abgelaufen ist, nach § 13a Abs. 5 Satz 2 ErbStG die schenkungsteuerlichen Vergünstigungen nicht im Sinne einer „Fallbeil-Lösung“ komplett entfallen, sondern dass der **Wegfall des Verschonungsabschlags** sich nur **zeitanteilig** auf den Teil beschränkt, der dem Verhältnis der im Zeitpunkt der schädlichen Verfügung (= Unternehmensverkauf) verbleibenden Behaltensfrist, einschließlich des Jahres, in dem die Verfügung erfolgt, zur gesamten Behaltensfrist entspricht. (Bleibt künftig unverändert.)

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.2 Einbeziehung von Kindern und Familienangehörigen

Praxishinweis:

Dies bedeutet, dass die Einbeziehung von Familienmitgliedern im Hinblick auf die erbschaftsteuerlichen Begünstigungen auch noch dann erwogen werden kann, wenn ein Unternehmensverkauf bereits mittelfristig, also z.B. auf einen Horizont von drei oder vier Jahren absehbar ist.

- Außerdem kommt insbesondere bei Unternehmensveräußerungen im Einzelfall eine **Re-Investition** des Veräußerungserlöses nach § 13a Abs. 5 Sätze 3 und 4 ErbStG in Betracht, um der Nachversteuerung zu entgehen. Der Anwendungsbereich der Re-Investitionsklausel ist eröffnet, wenn eine Veräußerung zu einer Nachversteuerung führt. Der Veräußerungserlös muss innerhalb der nach § 13b Abs. 1 ErbStG begünstigten Vermögensart verbleiben, zu der land- und forstwirtschaftliches Vermögen, Betriebsvermögen sowie Anteile an Kapitalgesellschaften mit einer Beteiligung von mehr als 25 % (unmittelbar) gehören. Der Erlös aus der

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.2 Einbeziehung von Kindern und Familienangehörigen

Veräußerung eines Betriebsvermögens kann dabei auch für eine Re-Investition in ein anderes Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen verwendet werden, und der Veräußerungserlös muss nicht in genau derselben Vermögensart investiert werden. Der Veräußerungserlös darf nur nicht in Verwaltungsvermögen investiert werden, und auch eine Verwendung zur Zahlung von Steuern stellt keine begünstigte Re-Investition dar. (Bleibt künftig inhaltlich unverändert.)

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.3 Behandlung von Sonderbetriebsvermögen

- Eine weitere vorbereitende Maßnahme betrifft das im Mittelstand häufig vorhandene Sonderbetriebsvermögen bei Mitunternehmerschaften (z.B. GmbH & Co. KG). Wie bereits dargestellt, ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vergünstigungen der §§ 16, 34 EStG, dass auch das zugehörige Sonderbetriebsvermögen mitverkauft wird, sofern es als **wesentliche Betriebsgrundlage** anzusehen ist. Die einfache Alternative zur Mitübertragung besteht darin, dieses Sonderbetriebsvermögen – ebenfalls unter Aufdeckung der darin enthaltenen stillen Reserven – ins Privatvermögen zu übernehmen. Auch dann bestehen insgesamt die genannten Steuervergünstigungen; die Transaktion wird dann aus Sicht des Verkäufers insgesamt als Aufgabe des Mitunternehmeranteils/Betriebsaufgabe gewertet. Unter Umständen kann dies aber nicht gewollt oder zu teuer sein. Will der Käufer das Sonderbetriebsvermögen (z.B. teure Immobilie) nicht erwerben und möchte der Veräußerer die darin ruhenden stillen Reserven nicht versteuern, muss eine Gestaltung gefunden werden, die es ermöglicht, das bisherige Sonderbetriebsvermögen auch nach der Veräußerung als Betriebsvermögen weiterzuführen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.3 Behandlung von Sonderbetriebsvermögen

- Um dies zu erreichen bietet sich an, das Sonderbetriebsvermögen vor der Veräußerung des Mitunternehmeranteils **nach § 6 Abs. 5 EStG in ein anderes Betriebsvermögen zu überführen** (z.B. in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG; die Überführung aus einem Sonderbetriebsvermögen in das Gesamthandvermögen einer anderen Mitunternehmerschaft ist - anders als etwa die Überführung zwischen Schwesterpersonengesellschaften - von § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG gedeckt).
- Es muss jedoch ein **ausreichender zeitlicher Vorlauf** zum Unternehmensverkauf gewahrt sein. Andernfalls besteht die Gefahr, dass ein einheitlicher Gesamtplan angenommen wird und die Finanzbehörden die Strukturierung nicht anerkennen. Die durch die Rechtsprechung des BFH entwickelte **Gesamtplanrechtsprechung** führt hier zu einer erheblichen Planungsunsicherheit. Wann ein derartiger enger zeitlicher Zusammenhang

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.3 Behandlung von Sonderbetriebsvermögen

vorliegt, ist nach wie vor nicht geklärt. Die Meinungen reichen hier von einigen Monaten bis hin zu mehreren Jahren. Zutreffender Weise wird wohl von der überwiegenden Mehrheit der Literatur befürwortet, dass ein Zeitraum von zwei oder drei Jahren jedenfalls ausreicht, damit ein schädlicher enger Zusammenhang nicht mehr angenommen werden kann. (vgl. BFH v. 30.08.2012, 2013, 376: „nur 17 Monate nicht ausreichend“; Hermann/Heuer/Raupach, § 16 Rz. 1464b). Die Gesamtplanrechtsprechung ist auch nach den Urteilen des BFH zu Fällen des § 6 Abs. 3 EStG v. 02.08.2012, DStR 2012, 2118, und v. 09.12.2014 – IV R 29/14, DB 2015, 708, für Veräußerungsvorgänge aufgrund der speziellen Ratio Legis der §§ 16, 34 EStG anwendbar (siehe z.B. Rz. 45 des Urteils v. 02.08.2012; dito BFH v. 09.12.2014 – IV R 36/13 zu § 34 EStG, BeckRS 2015, 94293, und v. 17.12.2014, DB 2015, 593).

Beachte:

Für die Schwester-KG, die dann das ehemalige Sonderbetriebsvermögen hält, ist jedenfalls die dreijährige Sperrfrist nach § 6 Abs. 5 Satz 4 EStG zu beachten.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.3 Behandlung von Sonderbetriebsvermögen

- Zu beachten ist, dass die Rechtsprechung einen schädlichen Gesamtplan nur dann annimmt, wenn in den hier relevanten Fällen im engen zeitlichen und wirtschaftlichen Zusammenhang mit einer späteren, nach §§ 16, 34 EStG tarifbegünstigten Veräußerung **wesentliche Betriebsgrundlagen** zu Buchwerten in ein anderes Betriebsvermögen „ausgegliedert“ werden. Es geht hier also um solche wesentlichen Betriebsgrundlagen, die bei wertender Betrachtung *einzelne Teile des veräußerten Betriebsvermögens* sind, d.h. die einen integralen Teil einer steuerlich begünstigten Einheit des Betriebsvermögens (hier: Mitunternehmeranteil) darstellen. Die Gesamtplanrechtsprechung will in diesem Zusammenhang vermeiden, dass begünstigte Einheiten des Betriebsvermögens künstlich separiert werden, weil Sinn und Zweck der Regelungen der §§ 16, 34 EStG gerade darin besteht, die zusammengeballte Realisierung *aller* stiller Reserven zu begünstigen. Dies bedeutet – folgerichtig –, dass es möglich ist, und zwar auch unmittelbar vor einer Transaktion, gesamte **Unternehmensteile** von dem zu veräußernden

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.3 Behandlung von Sonderbetriebsvermögen

Betriebsvermögen zu separieren, **die eigenständige Betriebsvermögen oder Mitunternehmeranteile** oder Teilbetriebe oder 100 % Beteiligungen an einer Kapitalgesellschaft darstellen, welche selbst bei einer Veräußerung (unter den Voraussetzungen der §§ 16, 34 EStG und unter der Annahme, dass noch kein Objektverbrauch eingetreten ist) begünstigungsfähig wären (vgl. BFH v. 25.02.2010, BStBl. II 2010, 726 und v. 28.05.2015, BStBl II 2015, 797, sowie Wacker, JbFSt 2011/2012, 445).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.1 Überblick

- Die im Mittelstand häufig anzutreffende Betriebsaufspaltung ergibt sich regelmäßig in der Form, dass das **Betriebsunternehmen als Kapitalgesellschaft** (z.B. GmbH) organisiert ist, während das Besitzunternehmen, das dem Betriebsunternehmen wesentliche Betriebsgrundlagen wie z.B. Erfindungen, Firmenwerte oder Gebäude überlässt, typischerweise als **Einzelunternehmen oder Personengesellschaft** (z.B. GbR) ausgestaltet ist. Zur Begründung einer Betriebsaufspaltung muss sowohl die **sachliche wie auch personelle Verflechtung** gegeben sein. Liegt eine Betriebsaufspaltung vor, betreibt nicht nur die eigentliche Betriebsgesellschaft, sondern auch das Besitzunternehmen einen Gewerbebetrieb, wobei es sich hier um grundsätzlich zwei selbständige Unternehmen, und zwar auch im steuerlichen Sinne, handelt. Die Anteile an der Betriebskapitalgesellschaft gehören jedoch zum notwendigen Betriebsvermögen des Besitzunternehmens.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.2 Beendigung einer Betriebsaufspaltung im Zuge der Transaktion

- Werden im Rahmen eines Unternehmensverkaufs **nur die Anteile an der Betriebskapitalgesellschaft** an Dritte verkauft, endet aufgrund Wegfalls der persönlichen Verflechtung die Betriebsaufspaltung; es folgt eine Betriebsaufgabe nach § 16 Abs. 3 EStG in Bezug auf das Besitzunternehmen, mit der Konsequenz einer vollen Gewinnrealisierung aller dort befindlicher stiller Reserven.
- Wird das **Besitzunternehmen dagegen mitverkauft**, weil z.B. der Unternehmenskäufer eine vom Besitzunternehmen gehaltene Immobilie miterwerben will, handelt es sich insoweit um eine Betriebsveräußerung in Bezug auf das Besitzunternehmen (§ 16 Abs. 1 EStG).
- **In gestalterischer Hinsicht** kann eine Betriebsaufgabe/Betriebsveräußerung beim Besitzunternehmen auf folgende Weise **steuerneutral** vermieden werden:

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.2 Beendigung einer Betriebsaufspaltung im Zuge der Transaktion

- Die Überlassung der wesentlichen Betriebsgrundlagen auch nach Veräußerung der Anteile an der Betriebsgesellschaft erfüllt die Voraussetzungen einer **Betriebsverpachtung**, sodass nach Wegfall des Tatbestands der Betriebsaufgabe weiterhin gewerbliche Einkünfte erzielt werden (Schmidt, EStG, § 15 Rz. 865).
- Das Besitzunternehmen hat vor Beendigung der Betriebsaufspaltung eine **eigene gewerbliche Tätigkeit** im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG aufgenommen.
- Das Besitzunternehmen ist kraft Rechtsform gewerblich im Sinne des Steuerrechts (insbesondere durch **gewerbliche Prägung nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG**).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.2 Beendigung einer Betriebsaufspaltung im Zuge der Transaktion

Praxishinweis:

Insbesondere die letztgenannte Möglichkeit der Herbeiführung einer gewerblichen Prägung nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ist eine praxistaugliche Gestaltung, da sie aufgrund der klaren gesetzlichen Anordnung (Fiktion der Gewerblichkeit) mehr Gestaltungssicherheit bringt. War das Besitzunternehmen vorher als Einzelunternehmen oder GbR, aber auch als oHG oder „normale“ KG organisiert, kann gesellschaftsrechtlich ohne Weiteres durch Beitritt einer Vorrats-GmbH als Komplementärin und Anmeldung einer KG nach §§ 105 Abs. 2, 161 Abs. 2 HGB eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG errichtet werden. Weiterer Vorteil: Gesellschaftsrechtlich sind auch sogenannte Einmann-GmbH & Co. KGs möglich; was bedeutet, dass auch aus einem Einzel-Besitzunternehmen eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG gemacht werden kann.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.3 Beendigung der Betriebsaufspaltung schon im Vorfeld einer Transaktion

- Soll dagegen schon mit zeitlichem Vorlauf im Hinblick auf eine später geplante Unternehmensveräußerung eine Betriebsaufspaltung beendet werden, bietet sich die Beendigung durch **Einbringung der Anteile an der Besitzgesellschaft** in die Betriebskapitalgesellschaft nach **§ 20 UmwStG** an.
- Die Anteile an der Besitzgesellschaft sind aufgrund von deren Qualifizierung als Betriebsvermögen ja Mitunternehmeranteile (oder, wenn Besitzunternehmen ein Einzelunternehmen ist, Betriebsvermögen eines Einzelunternehmens); während die Betriebskapitalgesellschaft tauglicher übernehmender Rechtsträger der Einbringung nach § 20 Abs. 1 UmwStG ist.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.3 Beendigung der Betriebsaufspaltung schon im Vorfeld einer Transaktion

- Diese Form der Beendigung der Betriebsaufspaltung stellt einen Fall des § 20 UmwStG dar, auch wenn die Anteile der aufnehmenden Kapitalgesellschaft, die steuerlich ja zum Betriebsvermögen des Besitzunternehmens gehören, gesellschaftsrechtlich gerade nicht in die aufnehmende Kapitalgesellschaft (weil nicht „in sich selbst“) eingebracht werden können. Diese Form der Beendigung der Betriebsaufspaltung ist durch Tz. 20.09 des Umwandlungssteuererlass abgedeckt; jedoch ist ein spezieller Antrag des Einbringenden erforderlich, dessen Rechtsfolge es nach Auffassung der Finanzverwaltung ist, dass auch die bereits bestehenden Anteile an der Übernehmerin als erhaltene Anteile i.S.d. § 22 Abs. 1 UmwStG gelten (und ggf. der Nachversteuerung unterliegen). (vgl. Ettinger/Schmitz, Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen, 3. Aufl., Rz. 388)

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.3 Beendigung der Betriebsaufspaltung schon im Vorfeld einer Transaktion

- Zivilrechtlich besteht sodann die **umgekehrte Möglichkeit**, die **Betriebskapitalgesellschaft auf das Besitzunternehmen** zu überführen. Ist das Besitzunternehmen eine GbR, ist diese jedoch als solche nicht verschmelzungsfähig (siehe § 3 Abs. 1 UmwG). Es ist also zunächst eine Eintragung der GbR nach § 105 Abs. 2 Satz 1 HGB als vermögensverwaltende eingetragene Handelsgesellschaft zu bewirken.
- Steuerlich wären hierbei die §§ 3 ff. UmwStG einschlägig. Sofern die Betriebsgesellschaft nicht über eigen Grundstücke verfügt, ist der Vorgang nicht grunderwerbsteuerbar.
- Sind in der Betriebsgesellschaft jedoch Verlustvorträge vorhanden, gehen diese durch die Verschmelzung auf das Besitzunternehmen unter, d.h. sie können nur noch ggf. im Rahmen eines Zwischenwertansatzes genutzt werden. Dies ist der wesentliche Unterschied zur auf der vorherigen Seite dargestellten umgekehrten Umstrukturierungsrichtung.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.4 Mitunternehmerische Betriebsaufspaltung

- Eine mitunternehmerische Betriebsaufspaltung liegt vor, wenn die **Betriebsgesellschaft eine Mitunternehmerschaft** und die Besitzgesellschaft ebenfalls eine Personengesellschaft ist, und wesentliche Betriebsgrundlagen von der Besitz-Personengesellschaft an die Betriebs-Personengesellschaft zur Nutzung überlassen werden, und zugleich personelle Verflechtung zwischen den Gesellschaftern beider Schwester-Personengesellschaften besteht. Es gilt in dieser Konstellation der **Vorrang** der Rechtsgrundsätze der mitunternehmerischen Betriebsaufspaltung **vor der Qualifikation als Sonderbetriebsvermögen** bei der Betriebsgesellschaft nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 2. Halbsatz EStG. Voraussetzung für das Vorliegen einer mitunternehmerischen Betriebsaufspaltung ist nach der Finanzverwaltung des Weiteren, dass die Besitz-Personengesellschaft mit Gewinnerzielungsabsicht tätig wird, was jedenfalls bei einer vollentgeltlichen Überlassung der wesentlichen Betriebsgrundlagen an die Betriebs-Personengesellschaft der Fall ist.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.4 Mitunternehmerische Betriebsaufspaltung

- Liegt nach den vorgenannten Grundsätzen eine mitunternehmerische Betriebsaufspaltung vor, ist wiederum vor einer Unternehmensveräußerung genau zu prüfen, welche steuerlichen Folgen eintreten. Wird an den Erwerber **sowohl die Betriebs-Personengesellschaft wie auch die Besitz-Personengesellschaft veräußert**, handelt es sich um die Veräußerung zweier selbständiger Mitunternehmeranteile, sodass auch zwei getrennte Veräußerungsgewinne zu ermitteln sind. Sodann würde eine **Veräußerung nur der Anteile an der Betriebs-Personengesellschaft** auch hier eine Betriebsaufgabe nach § 6 Abs. 3 EStG auslösen, wenn die Besitz-Personengesellschaft erst aufgrund der personellen und sachlichen Verflechtung mit der Betriebs-Personengesellschaft gewerblich war, sodass auch in diesem Fall an vorgeschaltete Maßnahmen (z.B. gewerbliche Prägung) gedacht werden muss.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.4 Mitunternehmerische Betriebsaufspaltung

Beachte:

Die mitunternehmerische Betriebsaufspaltung ist von der Überlassung von Sonderbetriebsvermögen genau zu unterscheiden. Überlässt nämlich nicht die Besitz-Personengesellschaft selbst die wesentliche Betriebsgrundlage an die Betriebs-Personengesellschaft, sondern überlassen die (beteiligungsidentlichen) *Gesellschafter* der Besitz-Personengesellschaft die wesentliche Betriebsgrundlage *direkt* an die Betriebs-Personengesellschaft, so führt dies zu Sonderbetriebsvermögen bei der Betriebs-Personengesellschaft nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 1 2. Halbsatz EStG. In diesem Fall muss vor einer Veräußerung der Anteile an der Betriebsgesellschaft überlegt werden, was mit dem Sonderbetriebsvermögen passieren soll (siehe dazu oben).

Ähnlich stellt sich die Situation dar, wenn die Besitz-GbR unentgeltlich überläßt (weil dann keine mitunternehmerische Betriebsaufspaltung vorliegt).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.4 Behandlung von Betriebsaufspaltungen

11.4.4 Mitunternehmerische Betriebsaufspaltung

- Die **Beendigung einer mitunternehmerischen Betriebsaufspaltung** kann **zivilrechtlich** zum einen durch Übertragung der Besitz- auf die Betriebsgesellschaft durch Verschmelzung, oder durch Einbringung der Anteile an der Besitzgesellschaft in die Betriebsgesellschaft erfolgen. **Steuerlich** kann dies unter den Voraussetzungen des § 24 UmwStG ertragsteuerneutral gestaltet werden. Der Vorgang ist – falls Grundstücke vorhanden sind - grds. grunderwerbsteuerpflichtig, § 1 Abs. 2a bzw. 3 GrEStG, kann aber nach § 6 Abs. 3 GrEStG bei Personenidentität beider Gesellschaften befreit sein.
- Auch hier kommt sodann **zivilrechtlich** die umgekehrte Umstrukturierung, nämlich Übertragung der **Betriebsgesellschaft auf die Besitzgesellschaft** durch Verschmelzung, oder Einbringung der Anteile an der Betriebsgesellschaft in die Besitzgesellschaft, in Betracht. **Steuerlich** kann dies ebenfalls ein Vorgang des § 24 UmwStG sein. GrESt in Bezug auf etwaige Grundstücke der Besitzgesellschaft wird nicht ausgelöst.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.1 Überblick

- Aus Sicht des Veräußerers ist es grundsätzlich günstiger, Anteile an einer Kapitalgesellschaft im Wege des Share Deals zu veräußern, weil dies für Kapitalgesellschaften als Veräußerer zur Quasi-Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 und 3 KStG führt, während natürliche Personen vom Teileinkünfteverfahren (bei Anteilen im Betriebsvermögen bzw. Anteilen nach § 17 EStG) bzw. der Abgeltungsteuer (bei Anteilen $< 1\%$ im steuerlichen Privatvermögen) profitieren können. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Veräußerer als natürliche Person wegen „Objektverbrauchs“ oder Nichterfüllens der Altersgrenze ohnehin nicht die Vergünstigungen des § 34 Abs. 3 EStG erwarten kann.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.1 Überblick

- Liegen dagegen für einen Veräußerer, der eine natürliche Person ist, die Voraussetzungen für die Tarifbegünstigung des §§ 34 Abs. 3 EStG vor, muss auch im Rahmen einer mehrjährigen, vorausschauenden Steuerplanung genau gerechnet werden: Ist ein Veräußerungsgewinn zu erwarten, der voraussichtlich zu einem **Veräußerungsgewinn von nicht viel mehr als EUR 5 Mio.** führt, macht es aus Sicht des Veräußerers tendenziell Sinn, keine Umwandlung/ Einbringung in die Kapitalgesellschaft vorzunehmen, und statt dessen mit der Tarifiermäßigung des § 34 Abs. 3 EStG zu arbeiten, um gleichzeitig zu versuchen, die dadurch beim Erwerber anfallende Vorteile aus der Abschreibbarkeit des Kaufpreises in einen erhöhten Kaufpreis umzumünzen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.1 Überblick

- Sodann kann es auch Konstellationen geben, in denen der Veräußerer - natürliche Person oder Kapitalgesellschaft - über entsprechende **Verlustvorträge** verfügt, sodass sich aus der Veräußerung eines Betriebs oder Teilbetriebs auch nach Berücksichtigung der Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG (i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG) kein substantieller Veräußerungsgewinn zu erwarten ist.

Beachte:

Vor Umwandlungsmaßnahmen mit dem Ziel, eine geplante Unternehmensveräußerung steuerlich zu optimieren, ist daher ein genauer Steuerbelastungsvergleich bezüglich der unterschiedlichen Gestaltungsalternativen durchzuführen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.2 Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft

- Die Ausgangskonstellation dieser Gestaltungsvariante ist die, dass eine natürliche Person oder eine Kapitalgesellschaft **Betriebsvermögen** (gesamter Betrieb oder Teilbetrieb im steuerlichen Sinne, sonstige Wirtschaftsgüter, die keinen Teilbetrieb im steuerlichen Sinne darstellen) veräußern möchten, und zur Optimierung der steuerlichen Behandlung des Veräußerungsvorgangs eine Einbringung in eine Kapitalgesellschaft erfolgen soll.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.2 Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft

- **Zivilrechtlich** bietet sich hier eine **Ausgliederung** nach § 123 Abs. 3 UmwG mit dem Vorteil der Gesamtrechtsnachfolge an, alternativ kommt eine **Sachgründung** bzw. **Sachkapitalerhöhung** mit der Folge der Einzelrechtsnachfolge in Betracht, und zwar jeweils in der Gestalt, dass das Betriebsvermögen, das eigentlich veräußert werden soll, zunächst auf eine Tochterkapitalgesellschaft übertragen wird. Ist die Ausgangskonstellation dagegen so, dass Anteile an einer Personengesellschaft (steuerliche Mitunternehmerschaft) mitveräußert werden sollen, und auch hier vorab eine Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft vorgenommen werden soll, bietet sich zivilrechtlich ein Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft nach den §§ 190 ff. UmwG an.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.2 Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft

- In **ertragsteuerlicher Hinsicht** stellt sich bei allen vorgenannten Maßnahmen jeweils die Frage, inwieweit diese steuerneutral durchgeführt werden können. Alle vorgenannten zivilrechtlichen Umstrukturierungsmaßnahmen können jeweils dann ertragsteuerneutral durchgeführt werden, wenn ein **Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil** übertragen wird und der Einbringende (also die übertragende Gesellschaft oder die übertragende Person) als Gegenleistung jedenfalls auch neue Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft erhält (§ 20 Abs. 1 UmwStG). Auch der Formwechsel wird nach § 25 UmwStG den Regelungen über die Einbringungen nach § 20 UmwStG unterstellt. Wenn das zu übertragende Betriebsvermögen als Betrieb, Teilbetrieb oder Mitunternehmeranteil einen tauglichen Einbringungsgegenstand im Sinne des § 20 Abs. 1 EStG darstellt, kann die Umwandlung im Inlandsfall

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.2 Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft

grundsätzlich ertragssteuerneutral erfolgen, weil damit die nötigen Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 UmwStG im Grundsatz erfüllt sind. Zu beachten ist, dass nach der Gesetzestechnik Buchwertneutralität auch bei Erfüllung der materiellen Voraussetzungen nur **auf Antrag** erreicht werden kann (§ 20 Abs. 2 Sätze 2 und 3 UmwStG) (vgl. Ettinger/Schmitz, Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen, 3. Aufl., Rz. 391 ff.).

- Für die im Rahmen der Steuerplanung aus Sicht des Veräußerers zu stellende Frage, in welchen Konstellationen sich eine solche Umwandlung im Vorfeld zur Veräußerung lohnt, sind folgende Überlegungen relevant:

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.2 Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft

- Zum einen gilt nach heutiger Rechtslage nicht mehr das „Alles-oder-Nichts“-Prinzip, welches vor dem SEStEG bestand, sondern nach der Regelung des § 22 Abs. 1 UmwStG wird **ratierlich** jedes Jahr ein Siebtel der stillen Reserven in das günstigere Besteuerungsregime überführt. Damit ergibt sich ein steuerlicher Vorteil bereits dann, wenn die Veräußerung der durch Umwandlung entstandenen Anteile an der aufnehmenden Kapitalgesellschaft nach Ablauf von mindestens einem Zeitjahr nach dem Einbringungsstichtag erfolgt.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.2 Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft

- Zum anderen besteht ein weiterer Vorteil des Konzepts der Nachbesteuerung des Einbringungsgewinns I darin, dass unabhängig davon, wie viele volle Zeitjahre nach der Umwandlungsmaßnahme „durchgehalten“ werden, jedenfalls maximal die im Einbringungszeitpunkt vorhandenen stillen Reserven des eingebrachten Betriebsvermögens im Rahmen der abschmelzenden Siebenjahresfrist steuerverhaftet bleiben. **Neue stille Reserven**, die ab dem steuerlichen Einbringungszeitpunkt entstehen, unterfallen steuerlich gesehen von Anfang an dem günstigeren Besteuerungsregime der Quasi-Freistellung (bei Kapitalgesellschaften als Einbringenden) bzw. dem Teileinkünfteverfahren/der Abgeltungssteuer (bei natürlichen Personen als Einbringenden).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.2 Einbringung von Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft

Praxishinweis:

Je früher eine solche Umwandlungsmaßnahme getroffen wird, desto höher sind die steuerlichen Vorteile, die dann im Veräußerungsfall ggf. erzielt werden können. Insbesondere dann, wenn das veräußerte Unternehmen bzw. der veräußerte Unternehmensteil stark wachsend ist und eine Steigerung des Unternehmenswerts anzunehmen ist, macht eine solche Umwandlungsmaßnahme selbst dann Sinn, wenn die Veräußerung bereits in einigen Jahren erfolgen soll. Gerade in solchen Fällen ist es wesentlich, den Unternehmenswert im Einbringungszeitpunkt durch eine Unternehmensbewertung zu dokumentieren, um festzuhalten, welche stillen Reserven im Einbringungszeitpunkt bereits vorhanden waren und der anteiligen Nachversteuerung unterliegen (vgl. Ettinger/Schmitz, Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen, 3. Aufl., Rz. 410).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.3 Abspaltung von Betriebsvermögen auf eine Kapitalgesellschaft

- Als Variante zur Einbringung in eine Kapitalgesellschaft kommt die Abspaltung in Betracht, nämlich dann, wenn der **Teilbetrieb einer Kapitalgesellschaft** veräußert werden soll und diese Veräußerung mit zeitlichem Vorlauf vorbereitet und steuerlich optimiert werden soll. Das wirtschaftliche Ergebnis einer solchen, zivilrechtlich nach § 123 Abs. 1 oder 2 UmwG möglichen Maßnahme besteht darin, dass die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft, deren Betriebsvermögen teilweise veräußert werden soll, aufgrund der an sie erfolgenden Anteilsgewährung im Rahmen der Abspaltung beim späteren Veräußerungsvorgang jeweils einen direkten Zufluss des auf sie entfallenden Teils des Veräußerungserlöses haben.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.3 Abspaltung von Betriebsvermögen auf eine Kapitalgesellschaft

- **Ertragssteuerneutral** kann die Spaltung auf eine Kapitalgesellschaft nur unter den restriktiven Voraussetzungen des § 15 UmwStG durchgeführt werden. Notwendig ist hier die Beachtung des **doppelten Teilbetriebserfordernisses**, d.h. es muss sich sowohl bei dem Unternehmensvermögen, das im Wege der Spaltung auf die Kapitalgesellschaft übertragen wird als auch bei dem Betriebsvermögen, das in der Ausgangsstruktur zurück bleibt, um mindestens jeweils einen Teilbetrieb i.S.d. Umwandlungssteuergesetzes handeln (vgl. Ettinger/Schmitz, Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen, 3. Aufl., Rz. 213 ff.). Daneben sind die weiteren Voraussetzungen des § 11 Abs. 2 UmwStG zu erfüllen, was bei Inlandsfällen wiederum grundsätzlich unproblematisch der Fall ist. Auch hier wird die Steuerneutralität nur **auf Antrag** gewährt (§ 15 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 11 Abs. 2 Satz 1 UmwStG) .

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.3 Abspaltung von Betriebsvermögen auf eine Kapitalgesellschaft

- Gerade in solchen Fällen, in denen die Abspaltung der Verbesserung der Veräußerungsstruktur dient, sind die **Missbrauchsvorschriften des § 15 Abs. 2 UmwStG** zu beachten. Nach § 15 Abs. 2 Satz 2 UmwStG ist die steuerneutrale Abspaltung vom Betriebsvermögen nicht möglich, wenn durch die Spaltung die Veräußerung an außenstehende Personen vollzogen wird oder die Voraussetzungen hierfür geschaffen werden. Davon ist nach § 15 Abs. 2 Satz 4 UmwStG auszugehen, wenn innerhalb von fünf Jahren nach dem steuerlichen Übertragungstichtag Anteile an einer der vor der Spaltung beteiligten Körperschaften, die mehr als 20 % der vor Wirksamwerden der Spaltung an der gespaltenen Körperschaft bestehenden Anteile ausmachen, veräußert werden. Die Vorschrift des § 15 Abs. 2 Satz 4 UmwStG ist dabei als eine abschließende und unwiderlegbare Vermutung ausgestaltet. Daraus folgt aber auch, dass in den Fällen, in denen die

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.3 Abspaltung von Betriebsvermögen auf eine Kapitalgesellschaft

Veräußerung nach Ablauf der Fünf-Jahres-Frist erfolgt, oder in den Fällen, in denen die veräußerten Anteile nicht mehr als 20 % der vor Wirksamwerden der Spaltung an der Körperschaft bestehenden Anteile ausmachen, die Veräußerung vollzogen werden kann, ohne die Steuerneutralität der vorausgehenden Abspaltung zu gefährden. In diesen Fällen eignet sich die vorausgehende Abspaltung daher grundsätzlich dazu, eine begünstigte Veräußerung des Betriebsvermögens umzusetzen. Während jedoch die Einhaltung der Fünf-Jahres-Frist grundsätzlich zweifelsfrei erreicht werden kann, ist die 20-%-Grenze des § 15 Abs. 2 Satz 4 UmwStG mit gewissen Unschärfen behaftet.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.5 Frühzeitige Umwandlung von zu veräußerndem Betriebsvermögen in Anteile an einer Kapitalgesellschaft

11.5.3 Abspaltung von Betriebsvermögen auf eine Kapitalgesellschaft

Praxishinweis:

Es muss in solchen Fällen eine Bewertung des Unternehmens vor der Spaltung sowie eine Bewertung des abgespaltenen Betriebsvermögens zum Übertragungstichtag vorgenommen werden, um die Werte später ggf. entsprechend dokumentieren zu können.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.6 Veräußerung von Teil-Mitunternehmeranteilen

- Die Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 3 EStG kommt bei der nur teilweisen Veräußerung von Mitunternehmeranteilen (im folgenden: Teil-Mitunternehmeranteilen) aufgrund § 16 Abs. 1 Satz 2 EStG nicht in Betracht. Hier könnte man im Einzelfall darüber nachdenken, den nicht zu veräußernden Teilanteil zunächst zu Buchwerten nach § 24 UmwStG in eine andere Personengesellschaft einzubringen. Denn auch ein Teil-Mitunternehmeranteil ist tauglicher Einbringungsgegenstand i.S.d. § 24 Abs. 1 UmwStG. Der vom Veräußerer zurückbehaltene Teil-Mitunternehmeranteil wird dann nach dieser Umstrukturierung durch eine Schwester-Personengesellschaft gehalten. Der beim Veräußerer direkt zurückbleibende, zu veräußernde Teilanteil stellt dann jedenfalls auf den ersten Blick den gesamten Mitunternehmeranteil des Veräußerers dar, den dieser direkt und persönlich hält.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.6 Veräußerung von Teil-Mitunternehmeranteilen

- Diese Gestaltung erscheint aber im Hinblick auf § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG riskant, da der Veräußerer auch nach dieser Umstrukturierung noch weiterhin als Mitunternehmer auch hinsichtlich des zurückbehaltenden Mitunternehmeranteils anzusehen ist. Auch wäre bei solchen Umstrukturierungen die Gesamtplanrechtsprechung zu beachten.
- **Alternativ** kann es sich im Einzelfall anbieten, den zurückzubehaltenden Teil-Mitunternehmeranteil **nach § 20 UmwStG** steuerneutral in eine Kapitalgesellschaft einzubringen. § 20 UmwStG erlaubt auch nach dem SEStEG die steuerneutrale Einbringung eines *Teil*-Mitunternehmeranteils in eine Kapitalgesellschaft (Tz. 20.11 UmwStE)

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.7 Veräußerung von mehreren Betrieben oder mehreren Mitunternehmeranteilen

- Die Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 3 EStG kann nur einmal im Leben, aber auch dabei nur für *einen Veräußerungsfall* in Anspruch genommen werden. Sollen, auch wenn dies im selben Veranlagungszeitraum oder sogar auf Grund eines einheitlichen Unternehmenskaufvertrags erfolgt, z.B. mehrere Betriebe oder z.B. mehrere Mitunternehmeranteile an parallel als Schwestergesellschaften gehaltene Kommanditgesellschaften verkauft werden, muss sich der Steuerpflichtige entscheiden, für welchen Veräußerungsvorgang er die Tarifiermäßigung erhalten will.
- Hier kann es sich anbieten, rechtzeitig vor der geplanten Veräußerung die Betriebe oder Mitunternehmeranteile so **zusammenzuführen**, dass danach steuerlich nur noch ein einheitlicher Betrieb oder Mitunternehmeranteil vorliegt. Dies kann z.B. durch Einbringung mehrerer Mitunternehmeranteile nach § 24 UmwStG in eine neu zu errichtende Personengesellschaft oder durch Verschmelzungsvorgänge erreicht werden. Die **Gesamtplanrecht-sprechung** des BFH ist auch hier zu beachten.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.8 Beraterverträge

- Dies ist ein Gestaltungsinstrument, das häufig **der Käufer** in die Verhandlungen einführen wird. Aus Käufersicht ist es steuerlich interessant, einen Teil des Kaufpreises möglichst als steuerlich sofort uneingeschränkt abziehbaren Aufwand darzustellen. Während Anschaffungskosten für Kapitalgesellschaftsanteile steuerlich überhaupt nicht abschreibbar sind und die Anschaffungskosten beim Asset Deal nur auf die einzelnen Gegenstände verteilt und entsprechend den AfA-Sätzen und Nutzungsdauern abgeschrieben werden können, können Zahlungen an den verkaufenden ehemaligen Geschäftsinhaber in Form von Beraterverträgen grundsätzlich als **laufender Aufwand** des Käufers behandelt werden.
- Aus **Verkäufersicht** ist dies dagegen **ungünstiger** als eine Zahlung als echter Kaufpreisteil (verbunden mit der nicht separat entgoltenen Verpflichtung, vorübergehend bei der Überleitung des Unternehmens beratend tätig zu werden), da Beratervergütungen voll versteuert werden

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.8 Beraterverträge

müssen (§§ 18, 19 EStG), während für den Kaufpreis ggf. Begünstigungen bestehen (Teileinkünfteverfahren bei Kapitalgesellschaftsanteilen; ggf. Vergünstigungen nach den §§ 16, 34 EStG bei Einzelunternehmen/Mitunternehmeranteilen).

Beachte:

Einer **steuerlichen Überprüfung** hält eine solche Gestaltung nur Stand, wenn auch tatsächlich entsprechende Beraterleistungen erbracht und im Rahmen des Vertretbaren wie unter fremden Dritten abgerechnet werden.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.1 Überblick

- In manchen Situationen möchten die Parteien die Kaufpreiszahlung über einen langfristigen Zeitraum strecken, und damit zwei Ziele erreichen: Der Veräußerer hat auch seine eigene **Versorgung** im Sinn, der Erwerber dagegen möchte den Kaufpreis letztlich **aus der mit dem erworbenen Unternehmen zu erwirtschaftenden Liquidität** bezahlen. Für den hier behandelten Fall eines Unternehmensverkaufs *unter Dritten*, der vollentgeltlich erfolgt, kann sich in solchen Situationen ein Unternehmensverkauf gegen wiederkehrende Bezüge anbieten. Zu diesem Themenkomplex haben der BFH und die Finanzverwaltung unter bestimmten Voraussetzungen ein **Wahlrecht** zwischen der **Sofortversteuerung** zum Zeitpunkt der Veräußerung oder einer **Versteuerung nachträglicher Einkünfte** im Zuflusszeitpunkt geschaffen, wobei eine klare gesetzliche Rechtsgrundlage hierfür letztlich fehlt (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 221 f.).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.1 Überblick

- **Abzugsgrenzen** ist der Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge in diesem Sinne von folgenden anderen Gestaltungen:
 - Stundung eines der Höhe nach feststehenden Kaufpreises in Kaufpreisraten (also Situation eines „**Verkäuferdarlehens**“). Hier hat der Veräußerer sowohl beim Verkauf von Betrieben und Teilbetrieben wie auch bei der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften i.S.d. § 17 EStG jeweils in dem Zeitpunkt, zu dem die Veräußerung steuerlich realisiert wurde, den vollen Kaufpreis zu versteuern (Schmidt, EStG, § 17 Rz. 131). Ein Wahlrecht auf „Zuflussbesteuerung“ besteht in solchen Fällen der Vereinbarung „normale Kaufpreisraten“ daher nicht.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.1 Überblick

- **Abzugsgrenzen** ist der Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge in diesem Sinne von folgenden anderen Gestaltungen:
 - Unternehmensübergaben im Rahmen der – typischerweise innerhalb der Familie erfolgenden – **Vermögensnachfolge gegen Versorgungsleistungen**. Für diesen Bereich gilt § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG (Nummerierung umgestellt durch das Zollkodexanpassungsgesetz); das vormals durch BFH-Rechtsprechung und Rentenerlasse der Finanzverwaltung geschaffene Sonderrecht der Besteuerung wiederkehrender Versorgungsleistungen wurde mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2008 auf einen so bezeichneten „betrieblichen Kernbereich“ beschränkt, nämlich die Übertragung von Mitunternehmeranteilen, Betrieben oder Teilbetrieben sowie Kapitalgesellschaftsanteilen (bei einer Übertragung von mindestens 50 % des Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft, und unter der weiteren Voraussetzung, dass der Übergeber als Geschäftsführer der Kapitalgesellschaft tätig war und der Übernehmer diese Tätigkeit übernimmt) (näher Risthaus, DB 2010, 744 und 803).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.1 Überblick

- **Abzugsgrenzen** ist der Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge in diesem Sinne von folgenden anderen Gestaltungen:
 - Vereinbarung **gewinn- und umsatzabhängiger** variabler Kaufpreise (bzw. Kaufpreisteile). Mangels feststehender Gewinnrealisation im Veräußerungszeitpunkt ist das Entgelt hier – jedenfalls insoweit – zwingend nachträglich zu erfassen (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 229). Ob die Begünstigungen der §§ 16, 34 EStG dann zumindest für einen von Anfang an feststehenden Kaufpreisteil gelten, ist nicht geklärt (siehe dazu unten).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.2 Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs gegen wiederkehrende Bezüge

(1) Voraussetzungen für das Bestehen des Wahlrechts

- Das **Wahlrecht** zwischen Sofortversteuerung und Zuflussbesteuerung besteht nach Rechtsprechung und Verwaltungspraxis **in den folgenden Fallgruppen** (H 16 Abs. 11 EStR):
 - Der Betrieb wird gegen eine **Leibrente** veräußert, d.h. eine auf Lebenszeit des Veräußerers vereinbarte laufende Rentenzahlung.
 - Kaufpreisraten über einen Zeitraum von **mehr als zehn Jahren** sind vereinbart, die eindeutig der **Versorgung des Veräußerers** dienen sollen.
 - Betriebsveräußerung erfolgt gegen Zeitrente mit **nicht mehr überschaubarer Laufzeit** (z.B. 25 Jahre), und hat zumindest den **Nebenzweck der Versorgung** des Veräußerers.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.2 Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs gegen wiederkehrende Bezüge

(1) Voraussetzungen für das Bestehen des Wahlrechts

- Wird nicht der gesamte Betrieb eines Einzelunternehmers, sondern der **gesamte Gewerbebetrieb einer Personengesellschaft** veräußert, hat jeder Mitunternehmer für seinen Anteil am Veräußerungspreis ein individuell ausübbares Wahlrecht auf Zufluss- oder Sofortbesteuerung (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 227).
- In formaler Hinsicht ist zu beachten, dass das Wahlrecht zur Zuflussbesteuerung **ausdrücklich** und nach wohl herrschender Meinung **spätestens mit Abgabe Einkommensteuererklärung** für den Veranlagungszeitraum, in dem die Veräußerung realisiert wird, ausgeübt werden muss (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 226).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.2 Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs gegen wiederkehrende Bezüge

(1) Voraussetzungen für das Bestehen des Wahlrechts

- **Wahlrecht bei Kombination aus festem Kaufpreis und wiederkehrenden Leistungen:** Wird der ganze Gewerbebetrieb gegen wiederkehrende Bezüge *und* ein festes Entgelt veräußert, besteht ein Wahlrecht nur hinsichtlich der wiederkehrenden Bezüge, und zwar unabhängig vom betragsmäßigen Verhältnis zwischen Einmalbetrag und Barwert der Bezüge (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 248). Bezüglich des festen Kaufpreisteils können die Vergünstigungen des §§ 16, 34 EStG angewendet werden.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.2 Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs gegen wiederkehrende Bezüge

(2) Rechtsfolgen der Wahlrechtsausübung beim Veräußerer

- Entscheidet sich der Unternehmensveräußerer für eine **Sofortbesteuerung** im Zeitpunkt der Veräußerung, besteht der Veräußerungspreis im ggf. zu schätzenden **Kapitalwert des Stammrechts** auf die wiederkehrenden Bezüge; es erfolgt hier eine Abzinsung mit dem Regelzinssatz von 5,5 %. Dieser Veräußerungspreis ergibt nach Abzug des Buchwerts des veräußerten Betriebsvermögens und der Veräußerungskosten den Gewinn des Unternehmensverkäufers, der unter den Voraussetzungen der §§ 16, 34 EStG ggf. steuerlich tarifbegünstigt ist. Daneben sind die wiederkehrenden Bezüge dann nur noch in Bezug auf die darin enthaltenen, ggf. zu schätzenden Zins- bzw. Ertragsanteile einkommensteuerpflichtig, und zwar, je nachdem, ob das Stammrecht als fortbestehendes Betriebsvermögen oder

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.2 Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs gegen wiederkehrende Bezüge

(2) Rechtsfolgen der Wahlrechtsausübung beim Veräußerer

als Privatvermögen zu bewerten ist, nach § 24 Nr. 2 EStG oder nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG bzw. § 22 Nr. 1 EStG. Wird später z.B. aufgrund Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenz des Unternehmenserwerbers ein Teil der Bezüge **uneinbringlich**, stellt dies ein rückwirkendes Ereignis nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO dar, das auf den Zeitpunkt der Veräußerung zurückwirkt.

- Entscheidet sich der Unternehmensveräußerer dagegen für eine **nachgelagerte Besteuerung** bei Zufluss, entsteht ein als nachträgliche gewerbliche Einkünfte zu versteuernder Gewinn, *sobald und soweit* die Summe der zugeflossenen Jahresbeträge den Buchwert des

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.2 Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs gegen wiederkehrende Bezüge

(2) Rechtsfolgen der Wahlrechtsausübung beim Veräußerer

Betriebsvermögens bei Veräußerung nebst Veräußerungskosten übersteigt; dieser sich mit den laufenden Zahlungen schrittweise erhöhende Gewinn des Veräußerers ist im jeweiligen Zuflussjahr in voller Höhe nach § 24 Nr. 2 EStG zu erfassen, **ohne Anwendbarkeit von Tarifbegünstigungen**. Der sukzessive zu versteuernde Gewinn unterliegt jedoch grundsätzlich nicht der Gewerbesteuer. Die Zinsanteile stellen im Jahr des Zuflusses in Höhe der Zinsen nachträgliche Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach den §§ 15, 24 Nr. 2 EStG dar, während die Tilgungsanteile, wie beschrieben, erst dann zu entsprechenden Gewinnen führen, wenn die Summe der Tilgungsanteile den Buchwert des veräußerten Betriebsvermögens zuzüglich der Veräußerungskosten übersteigt.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.2 Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs gegen wiederkehrende Bezüge

(2) Rechtsfolgen der Wahlrechtsausübung beim Veräußerer

Dabei sind die Rentenzahlungen bei der Zuflussbesteuerung für **Veräußerungsvorgänge nach dem 31.12.2003** nach Auffassung der Finanzverwaltung (offengelassen von der Rspr., z.B. BFH v. 18.11.2014, DB 2015, 898) von Anfang an in einen Zins- und Tilgungsanteil aufzuteilen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.2 Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs gegen wiederkehrende Bezüge

(3) Rechtsfolgen beim Erwerber

- Der Unternehmenskäufer, der den Betrieb erwirbt, hat den versicherungsmathematischen **Barwert** der gegenüber dem Veräußerer übernommenen Verpflichtung zur Zahlung der wiederkehrenden Bezüge zum Erwerbszeitpunkt und den folgenden Bilanzstichtagen **zu passivieren**; die durch die sukzessiven Zahlungen erfolgende Barwertminderung ist Ertrag, die laufenden Zahlungen sind Aufwand (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 230). Diese Behandlung beim Erwerber ist unabhängig davon, wie der Veräußerer sein Wahlrecht ausübt. In Höhe des Barwerts der Zahlungsverpflichtung hat der Erwerber **Anschaffungskosten** für das erworbene Betriebsvermögen (die sich nach der Stufentheorie auf die einzelnen Wirtschaftsgüter verteilen).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.3 Veräußerung eines Teilbetriebs gegen wiederkehrende Bezüge

- Bei Veräußerung eines **Teilbetriebs gegen wiederkehrende Bezüge** sollte ebenso wie bei der Veräußerung des ganzen Gewerbebetriebs unter denselben Voraussetzungen ein Wahlrecht zwischen begünstigter Sofortversteuerung und nicht begünstigter nachträglicher Zuflussbesteuerung bestehen (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 250). Insofern wird nach oben verwiesen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.4 Veräußerung eines Mitunternehmeranteils gegen wiederkehrende Bezüge

- Bei Veräußerung eines **Mitunternehmeranteils** – einschließlich eines **Teil-Mitunternehmeranteils** – **gegen wiederkehrende Bezüge** sollte ebenso wie bei der Veräußerung des ganzen Gewerbebetriebs, unter denselben Voraussetzungen, ein Wahlrecht zwischen begünstigter Sofortversteuerung und nicht begünstigter nachträglicher Zuflussbesteuerung bestehen (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 454). Insofern wird ebenfalls nach oben verwiesen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.5 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gegen wiederkehrende Bezüge

(1) Voraussetzungen für das Bestehen eines Wahlrechts

- Werden Anteile i.S.v. § 17 EStG vollentgeltlich gegen wiederkehrende Bezüge veräußert, besteht **ebenfalls ein Wahlrecht zwischen Sofortbesteuerung und nachgelagerter Besteuerung** (R 17 Abs. 7 Satz 2 EStR). In diesem Fall ist Veräußerungspreis, in gleicher Weise wie bei § 16 EStG, der ggf. zu schätzende gemeine Wert (Barwert) des Rechts auf die wiederkehrenden Bezüge im Zeitpunkt der Veräußerung.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.5 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gegen wiederkehrende Bezüge

(2) Rechtsfolgen der Wahlrechtsausübung beim Veräußerer

- Wählt der Veräußerer die **Sofortbesteuerung**, ergibt sich bei ihm ein nach den Teileinkünfteverfahren zubesteuernder Gewinn nach § 17 EStG (Anteile im Privatvermögen) bzw. § 15 EStG in Höhe des Barwerts der Zusage auf die wiederkehrenden Bezüge, vermindert um die Veräußerungskosten und den Buchwert der Anteile/deren historische Anschaffungskosten.
- Daneben sind die laufenden Bezüge im Jahr des Zuflusses mit dem Ertragsanteil nach § 22 Nr. 1 Satz 3 lit. a lit. bb oder mit dem darin enthaltenen Zinsanteil nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG einkommensteuerpflichtig. (Vgl. Schmidt, EStG, § 17 Rz. 205).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.5 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gegen wiederkehrende Bezüge

(2) Rechtsfolgen der Wahlrechtsausübung beim Veräußerer

- Wählt der Veräußerer dagegen die **Zuflussbesteuerung**, sind die Rentenzahlungen in einen Zins- und einen Tilgungsanteil aufzuteilen. Der Zinsanteil unterfällt § 22 Nr. 1 Satz 3 lit. a EStG, der Tilgungsanteil ist nach Verrechnung mit dem Buchwert bzw. den historischen Anschaffungskosten und den Veräußerungskosten gemäß § 17 i.V.m. § 24 Nr. 2 EStG steuerpflichtig; wobei zu beachten ist, dass das Teileinkünfteverfahren nur auf den Tilgungsanteil anzuwenden ist. (Vgl. Schmidt, EStG, § 17 Rz. 206).
- Es gilt für die Besteuerung der Zuflüsse das **im Zuflusszeitpunkt geltende Recht** (= heute Teileinkünfteverfahren), auch wenn die Veräußerung vor Einführung des Teileinkünfteverfahrens erfolgte (BFH v. 18.11.2014, DB 2015, 898).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.9 Verkauf gegen wiederkehrende Bezüge bzw. Leibrenten

11.9.5 Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gegen wiederkehrende Bezüge

(3) Rechtsfolgen beim Erwerber

- Der Erwerber der Kapitalgesellschaftsanteile hat **Anschaffungskosten** in Höhe des Barwerts der Bezüge.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.10 Vereinbarung von variablen Kaufpreisteilen wie insbesondere Earn-Out-Gestaltungen

11.10.1 Überblick

- Earn-Out-Gestaltungen und ähnliche zu einem variablen Kaufpreis führende Gestaltungsüberlegungen werden häufig dann gewählt, wenn zwischen den Parteien **unterschiedliche Vorstellungen über den Wert des Unternehmens** bestehen, die im Verhandlungswege nicht abschließend geklärt werden können. Über variable, an Kenngrößen wie Umsatz, EBITDA, EBIT oder ähnlichem anknüpfende Kaufpreisbestandteile kann jede Vertragspartei, unter der Annahme, dass die von ihr jeweils angenommene Bewertung des Unternehmens und dessen zukünftige Entwicklung zutreffend ist, für sich die Chance auf das Erzielen eines dem Wert des Unternehmens angemessenen Kaufpreis (Veräußerer) bzw. auf das Bezahlenmüssen nur eines dem nachhaltigen Wert des Unternehmens adäquaten Kaufpreises (Erwerber) sichern .

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.10 Vereinbarung von variablen Kaufpreisteilen wie insbesondere Earn-Out-Gestaltungen

11.10.1 Überblick

- Bei Earn-Out-Gestaltungen wird typischerweise ein **fester Grundkaufpreis** vereinbart, zu dem ein **variabler Kaufpreisteil hinzukommt**. Typischerweise steht die konkrete Höhe dieses variablen Kaufpreisteiles im Zeitpunkt der steuerlichen Realisation des Veräußerungsvorgangs (= Übergang des rechtlichen oder wirtschaftlichen Eigentums) noch nicht fest.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.10 Vereinbarung von variablen Kaufpreisteilen wie insbesondere Earn-Out-Gestaltungen

11.10.2 Steuerliche Behandlung beim Veräußerer

- Veräußert der Unternehmensverkäufer einen **Betrieb, Teilbetrieb** oder **Mitunternehmeranteil** gegen einen variablen Kaufpreis (bzw. variablen Kaufpreisteil), wird der variable Teil nur dann, wenn und soweit er auch tatsächlich realisiert wird, versteuert (Gröger in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.99; Werner, DStR 2012, 1662, 1667; BFH vom 14. 5. 2002 – VIII R 8/01, BStBl. II 2002, S. 532).
- Ein so aus dem Earn-Out realisierter **Mehrbetrag steuerlich nach § 24 Nr. 2 EStG** erst in dem VZ zu erfassen, in dem er entsteht.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.10 Vereinbarung von variablen Kaufpreisteilen wie insbesondere Earn-Out-Gestaltungen

11.10.2 Steuerliche Behandlung beim Veräußerer

- Als laufende nachträgliche Betriebseinnahmen nach § 24 Nr. 2 EStG entfällt für natürliche Personen als Veräußerer bei Earn-Out-Gestaltungen, jedenfalls *insoweit* die Anwendbarkeit des Freibetrags nach § 16 Abs. 4 EStG und der Tarifiermäßigungen nach § 34 EStG.
- Ungeklärt ist, ob hierbei der **Freibetrag und die Tarifbegünstigungen nach §§ 16 und 34 EStG**

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.10 Vereinbarung von variablen Kaufpreisteilen wie insbesondere Earn-Out-Gestaltungen

11.10.2 Steuerliche Behandlung beim Veräußerer

wenigstens auf den bereits feststehenden Gewinnanteil, der bereits im Zeitpunkt der Veräußerung realisiert wurde, anzuwenden sind. Dafür spricht m.E., dass dieser Fall mit der Situation vergleichbar ist, dass gegen einen Festkaufpreis und gegen wiederkehrende Bezüge veräußert wird, wo hinsichtlich des Festkaufpreises die Begünstigungen gewährt werden. Dagegen könnte jedoch angeführt werden, dass die variablen, künftigen Kaufpreisteile – anders als versprochene Leibrentenzahlungen – nicht im Zeitpunkt des Veräußerungsvorgangs der Höhe nach feststehen und berechnet werden könnten. Vgl. Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, Teil B Rn. 206.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.10 Vereinbarung von variablen Kaufpreisteilen wie insbesondere Earn-Out-Gestaltungen

11.10.2 Steuerliche Behandlung beim Veräußerer

Praxishinweis:

Es kann in solchen Fällen überlegt werden, statt einer Earn-Out-Gestaltung einen Festkaufpreis zu vereinbaren, der sich dann z.B. aufgrund von vereinbarten Garantien verringert, wenn bestimmte operative Ziele (z.B. laut beigefügtem Businessplan der Zielgesellschaft) nicht erreicht werden. Eine solche, nachträgliche Minderung eines von Anfang an feststehenden Festkaufpreises hindert die Anwendung der §§ 16, 34 EStG grundsätzlich nicht.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.10 Vereinbarung von variablen Kaufpreisteilen wie insbesondere Earn-Out-Gestaltungen

11.10.2 Steuerliche Behandlung beim Veräußerer

- Im Falle der Veräußerung von **Anteilen an Kapitalgesellschaften** wird der variable Teil ebenfalls nur dann, wenn und soweit er auch tatsächlich realisiert wird, versteuert.
- Kommt es zu Zahlungen aus dem Earn-Out entstehen, **wirkt dies steuerlich auf den VZ, in dem das wirtschaftliche Eigentum am veräußerten Unternehmen übertragen wurde, zurück** (BFH vom 12.3.2014 – I R 55/13, BStBl. II 2015 658; Gröger in Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.100).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.10 Vereinbarung von variablen Kaufpreisteilen wie insbesondere Earn-Out-Gestaltungen

11.10.3 Steuerliche Behandlung beim Erwerber

- Beim Erwerber von **Betriebsvermögen** ergeben sich aus etwaigen Earn-Out-Zahlungen nachträgliche Anschaffungskosten, die ebenfalls nach der Stufentheorie zu aktivieren sind.
- Beim Erwerber von **Kapitalgesellschaftsbeteiligungen** ergeben sich aus etwaigen Earn-Out-Zahlungen ebenfalls nachträgliche Anschaffungskosten auf die erworbene Beteiligung.
- Offen ist derzeit jeweils, ob die nachträgliche Kaufpreisänderung aus Erwerbersicht i. S. v. § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO auf den VZ, in dem er das wirtschaftliche Eigentum am gekauften Betriebsvermögen / den Kapitalgesellschaftsanteilen erworben hat, zurückwirkt oder – m.E. zutreffend – erst im Entstehens-VZ zu erfassen ist (vgl. Hülsmann, DStR 2015, 397, 399; Gröger in Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.99 und 4.100).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.11 Verkauf auf Termin

- Ein Terminkauf kann als Gestaltungsinstrument dazu dienen, **Halte- und andere Fristen zu überbrücken**, aber schon vorab eine rechtliche Bindung zwischen Veräußerer und Erwerber in Bezug auf den Unternehmensverkauf zu erzielen. Derartige Fristen, deren Nichteinhaltung negative steuerliche oder außersteuerliche Folgen hätte, können sich etwa aus der in der Vergangenheit erfolgten Gewährung von Fördermitteln, Zuschüssen oder ähnlichem, aus den erbschaftsteuerlichen Fristen der §§ 13a Abs. 1 und 5 bzw. 7 und 8 sowie 19a Abs. 5 ErbStG oder auch aus umwandlungssteuerrechtlichen Vorschriften wie z. B. den § 18 Abs. 3 oder § 15 Abs. 4 oder § 22 UmwStG ergeben.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.11 Verkauf auf Termin

- Eine andere Fallgruppe, in der ein Terminverkauf überlegt werden muss, sind Konstellationen, in denen positive steuerliche oder außersteuerliche Effekte bei sofortiger Übertragung des Unternehmens noch nicht erzielt werden könnten, weil **zeitbezogene Voraussetzungen noch nicht erfüllt sind**. Sollen etwa die Vergünstigungen der §§ 16, 34 Abs. 3 EStG in einer Situation in Anspruch genommen werden, in der die Vollendung des 55. Lebensjahres des Veräußerers kurzfristig bevorsteht, kann es sich ebenfalls anbieten, die Zwischenphase durch einen Terminverkauf zu überbrücken.
- Eine dritte Fallgruppe, in der mit Terminverkäufen gestaltet werden kann, ist der Umgang mit den **zeitlichen Anwendungs- und Übergangsvorschriften zu gesetzlichen, häufig steuerlichen Neuregelungen**.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.11 Verkauf auf Termin

- Nach der Rechtsprechung des BFH ist steuerlich dann vom Vollzug der Veräußerung auszugehen, wenn das **wirtschaftliche Eigentum** nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO an den Gesellschaftsanteilen oder an dem Unternehmen auf den Erwerber übergeht, was dann der Fall ist, wenn der Käufer auf Grund des bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr einseitig entzogen werden kann, und die mit den Anteilen/dem Unternehmen verbundenen wesentlichen Rechte sowie dem Risiko einer Wertminderung und der Chance einer Wertsteigerung auch schon auf ihn übergegangen sind (z.B. BFH v. 25.05.2011, DStR 2011, 1895; Heuermann, DB 2011, 551, 556; FG Hamburg v. 02.02.2015, BeckRS 2015, 94700).
- Diese Kriterien gelten dabei sowohl für die Veräußerung von **Kapitalgesellschaftsbeteiligungen** wie auch für die Veräußerung von **Personengesellschaftsbeteiligungen** (Kleinheisterkamp/Schell, DStR 2010, 833, 834).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.11 Verkauf auf Termin

- Ist also z.B. im Unternehmenskaufvertrag vorgesehen, dass der Veräußerer nach Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags seine Stimmrechte bereits nach Weisung des Erwerbers wahrnehmen muss, dass der Veräußerer keinerlei Gewinnausschüttungen mehr vornehmen darf, dass sämtliche Gewinne für die Zeit zwischen Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags und späterem dinglichen Übergang der Anteile/des Unternehmens bereits dem Erwerber zustehen und im Unternehmenskaufvertrag bereits die dinglichen Abtretungserklärungen, aufschiebend bedingt bzw. befristet, nach den §§ 158 Abs. 1, 163 BGB enthalten sind, so wäre das wirtschaftliche Eigentum bereits durch Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags auf den Erwerber übergegangen und die Gestaltung als Terminverkauf wäre gescheitert.
- Soll ein Terminverkauf dagegen steuerlich anerkannt werden, sind **je nach Einzelfall** und dessen Besonderheiten möglichst folgende Regelungen zu treffen:

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.11 Verkauf auf Termin

- Verzicht auf eine aufschiebend bedingte oder befristete dingliche Abtretung/Übereignung im Unternehmenskaufvertrag, sodass § 161 BGB nicht gilt;
- ausdrückliche Regelung im Unternehmenskaufvertrag, wonach dem Verkäufer bis zum Eintritt des Termins seine Stimmrechte uneingeschränkt und weisungsfrei zur Verfügung stehen;
- zeitgerechte Abgrenzung des Gewinns/Verlusts auf den festgelegten Termin;
- Verzicht auf jegliche Zahlungen des Erwerbers an den Veräußerer in der Zeit bis zum Termineintritt wie Darlehen etc., die als Kaufpreiszahlung interpretiert werden könnten.

(vgl. Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 1. Aufl. 2012, Teil B Rn. 212)

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.11 Verkauf auf Termin

Beachte:

Die Absicherung der Parteien gegen Maßnahmen und Ereignisse in der Zeit bis zum Eintritt des Termins, die das wirtschaftlich Gewollte in Frage stellen könnten, kann durch Kaufpreisanpassungsklauseln, Vereinbarung von Covenants oder Rücktrittsklauseln erfolgen. Es muss aber allen Beteiligten klar sein, dass derartige Gestaltungen immer Kompromisscharakter haben, weil nämlich meist ein Zielkonflikt zwischen dem wirtschaftlich/zivilrechtlich Gewollten einerseits und den steuerlichen Anforderungen andererseits bestehen wird.

11.12 Optionsvereinbarungen

- Ähnlichen Zielen wie die Vereinbarung eines Verkaufs auf Termin kann es dienen, wenn die Parteien Optionsvereinbarungen treffen (vgl. Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, 2. Aufl. 2010, S. 530 f.).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.12 Optionsvereinbarungen

- Die **isolierte** Vereinbarung einer **Put-Option** des Veräußerers oder einer **Call-Option** des Erwerbers führt regelmäßig noch nicht zum Übergang des wirtschaftlichen Eigentums. Hier stellt sich aber das Problem der zivilrechtlichen/wirtschaftlichen Absicherung der Parteien. Faktische Maßnahmen, die einen wirtschaftlichen Druck im Hinblick auf die Ausübung der Option bewirken, können z.B. die Vereinbarungen einer Optionsprämie sein, die ansonsten verfallen würde, sein. Ein anderes Mittel kann sein, dass der Erwerber dem späteren Veräußerer ein Darlehen gewährt und zugleich festgelegt wird, dass der Veräußerer das Darlehen nach Ablauf eines bestimmten Termins nach seiner Wahl in bar zurückführen kann, oder an Erfüllung statt die Anteile an dem Unternehmen übertragen kann.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.12 Optionsvereinbarungen

- Problematischer aus steuerlicher Sicht, aber praktikabler im Hinblick auf die Absicherung der Parteien, kann der Abschluss von **kombinierten Put- und Call-Optionen** (auch „Cross Options“ genannt) bezogen auf die Gesellschaftsanteile/das Unternehmen sein. Auch hier muss vermieden werden, dass ein sofortiger Übergang des wirtschaftlichen Eigentums angenommen wird. Für die beiden Optionen sollten hierzu unterschiedliche Zeitfenster vereinbart werden, die möglichst weit auseinander liegen; ferner sollten auch die Optionspreise für Käufer und Verkäufer unterschiedlich sein oder zum Teil von in der Zukunft liegenden Variablen abhängen. Sodann kann es sich, z.B. wenn Erwerber ein größerer Konzern mit Auslandsgesellschaften ist, anbieten, dass die Optionsvereinbarungen zwischen verschiedenen Parteien getroffen werden.

(vgl. Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, Teil B Rn. 215; Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, 2. Aufl. 2010, S. 531.)

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.12 Optionsvereinbarungen

Beachte:

Ähnlich vorstehend in 11.11 für den Fall des Terminverkaufs beschrieben, muss auch hier vermieden werden, dass die mit dem Unternehmen/den Anteilen verbundenen Rechte wie Stimmrecht und Gewinnbezugsrecht bereits im Zeitpunkt des Abschlusses der Optionsvereinbarungen auf den Erwerber übergehen.

11.13 Gestalterischer Umgang mit den Vorschriften zum Verlust von Verlustvorträgen, Zinsvorträgen und EBITDA-Vorträgen

- Wie bereits dargestellt, droht in der typischen Unternehmensverkaufssituation, soweit Verlustvorträge etc. nicht ohnehin personenbezogen beim Unternehmensverkäufer verbleiben, ein **Wegfall derartiger latenter Steuervorteile** als Folge des Veräußerungsvorgangs. Aus gestalterischer Perspektive stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten es gibt, die in Verlustvorträgen, Zinsvorträgen und EBITDA-Vorträgen liegenden latenten Steuervorteile entweder letztmalig beim Veräußerer zu nutzen oder, in welcher Form auch immer, auf den Unternehmenskäufer zu übertragen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.13 Gestalterischer Umgang mit den Vorschriften zum Verlust von Verlustvorträgen, Zinsvorträgen und EBITDA-Vorträgen

- Die klassische Form der Übertragung dieser Steuervorteile in wirtschaftlicher Hinsicht, trotz ihres formalen Wegfalls, ist der **Transfer in Abschreibungsvolumen** im Rahmen von der Unternehmensveräußerung vorgelagerten Umstrukturierungen bzw. internen Veräußerungsvorgängen, um die stillen Reserven in abschreibungsfähigen Wirtschaftsgütern zu heben. Für den Veräußerer ist dies mit der Überlegung verbunden, sich entsprechende Steuervorteile durch einen höheren Kaufpreis vom Erwerber vergüten zu lassen. Nachteil solcher Gestaltungsvorgänge ist jedoch die den Veräußerer treffende **Mindestbesteuerung** nach § 10d Abs. 2 EStG (i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG). Im Rahmen kleinerer Transaktionen kann unter Umständen jedoch die unbeschränkte Verrechnung von nicht genutzten Verlustvorträgen, laufenden Verlusten, Zinsvorträgen und EBITDA-Vorträgen in Höhe von bis zu EUR 1 Mio. im Veranlagungszeitraum ausreichend sein; andernfalls ergibt sich jedoch durch die Beschränkung des

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.13 Gestalterischer Umgang mit den Vorschriften zum Verlust von Verlustvorträgen, Zinsvorträgen und EBITDA-Vorträgen

darüber hinausgehenden Abzugs auf 60 % des EUR 1 Mio. übersteigenden Gesamtbetrags der Einkünfte (bzw. des körperschaftsteuerlichen Einkommens) grundsätzlich eine Steuerbelastung beim Veräußerer, die im Allgemeinen nicht durch entsprechende, vom Erwerber tatsächlich vergütete Steuervorteile aufgrund zukünftiger Abschreibungen ausgeglichen werden wird.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.13 Gestalterischer Umgang mit den Vorschriften zum Verlust von Verlustvorträgen, Zinsvorträgen und EBITDA-Vorträgen

Beachte:

Möglicherweise ändert sich die vorstehend beschriebene Bestandsaufnahme künftig bei einer Rückführung des Anwendungsbereichs der Mindestbesteuerung auf ein verfassungsrechtlich gebotenes Maß. Der BFH hat am 26.08.2010, BStBl. II 2 2011, 826 entschieden, dass es ernstlich zweifelhaft ist, ob die Mindestbesteuerung verfassungsrechtlichen Anforderungen auch dann Stand hält, wenn eine Verlustverrechnung in späteren Veranlagungszeiträumen endgültig ausgeschlossen ist; der BFH-Fall betraf den Untergang von Verlustvorträgen nach § 8c KStG.

Die Vorschrift des § 8c KStG steht andererseits selbst im Verdacht der Verfassungswidrigkeit. Das FG Hamburg hat mit Beschluss vom 04.04.2011 das Verfahren nach § 100 Abs. 1 Satz 1 GG ausgesetzt, um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Bis zum Ergehen dieser Entscheidung sollten derartige Fälle offengehalten werden.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.13 Gestalterischer Umgang mit den Vorschriften zum Verlust von Verlustvorträgen, Zinsvorträgen und EBITDA-Vorträgen

- Zu berücksichtigen ist jedoch, dass seit der Einführung der **Stille-Reserven-Klausel** in § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG in geeigneten Fällen eine präakquisitorische Umstrukturierung zur Transformierung stiller Reserven in AfA-Volumen nicht mehr erforderlich ist; die Stille-Reserven-Klausel enthält auch keine betragsmäßige Begrenzung.

Praxishinweis:

In Fällen, in denen stille Reserven, die im Inland steuerpflichtig sind, nachgewiesen werden können, erscheint es im Grundsatz angezeigt, tendenziell eher mit der Stille-Reserven-Klausel des § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG zu arbeiten als zu versuchen, wirtschaftlich vergleichbare Ergebnisse durch präakquisitorische Umstrukturierungen herbeizuführen. Daneben sind die Entwicklung der Mindestbesteuerung und deren Anwendungsbereichs in Fällen des Unternehmenskaufs und die Entwicklung des § 8c KStG genau zu beobachten.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.14 Verlustzuweisungen im Veräußerungsjahr

- Da die Veräußerung des Unternehmens im Jahr ihrer steuerlichen Wirksamkeit beim Veräußerer häufig eine Spitzenprogressions-Steuerbelastung bewirkt, ist an deren Minderung durch Verlustzuweisung z.B. aus Immobilienbeteiligungen oder Schiffs- oder Windanlagen-Fondsbeteiligungen etc. zu denken. Es sind für vorgefertigte Modelle (Konzepte) jedoch die Beschränkungen des § 15b EStG zu beachten, welche die steuerlichen Vorteile stark beschnitten haben.

Praxishinweis:

Wirklich empfehlenswert erscheinen solche Gestaltungen nur nach genauer Prüfung auch der wirtschaftlichen Sinnhaftigkeit sowie der damit verbundenen „weichen“ Kosten.

- Immer wieder finden sich am Markt aber neue Ideen und Modelle in dieser Richtung.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.15 Kaufpreisaufteilung

- Sowohl für die Besteuerung des Verkäufers wie auch für die des Käufers ist in verschiedenen Punkten der auf einen bestimmten verkauften Gegenstand entfallende Kaufpreisanteil maßgeblich. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn Veräußerer eine Kapitalgesellschaft ist, die einen Betrieb oder Teilbetrieb veräußert, der neben sonstigen Aktiva und Passiva auch Beteiligungen an anderen Kapitalgesellschaften enthält. Aus **Sicht des Veräußerers** sollte hier ein tendenziell möglichst großer Kaufpreisanteil auf die nach § 8b Abs. 2 KStG begünstigten Anteile an Kapitalgesellschaften entfallen sowie ein tendenziell geringerer Kaufpreisanteil auf die übrigen Wirtschaftsgüter, die zu einem laufenden Veräußerungsgewinn führen. Ein anderes Beispiel ist die Veräußerung eines Einzelunternehmens durch einen Veräußerer, der die Voraussetzung der Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 3 EStG erfüllt, der aber einen über EUR 5 Mio. hinausgehenden Gewinn erwartet. Da nach § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG der Teil des Veräußerungsgewinns, der dem Teileinkünfteverfahren unterfällt, nicht unter die außerordentlichen Einkünfte fällt, wird der Veräußerer auch hier daran interessiert sein,

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.15 Kaufpreisaufteilung

Veräußerungsgewinnanteile über EUR 5 Mio. auf solche Anteile entfallen zu lassen. Ein weiteres Beispiel wäre die Veräußerung von mehreren Schwester-Kommanditgesellschaften durch einen Veräußerer, der die Voraussetzungen des halben durchschnittlichen Steuersatzes erfüllt. Können nicht ausreichend vor der Veräußerung Maßnahmen zur Zusammenführung der Gesellschaften ergriffen werden, kann die Tarifiermäßigung nach § 34 Abs. 3 EStG auch bei mehreren Veräußerungen in einem Veranlagungszeitraum oder auch auf Grund eines Unternehmenskaufvertrags nur einmal beansprucht werden, d.h. für einen Mitunternehmeranteil. Auch hier hat der Veräußerer ein Interesse daran, wenigstens einen möglichst hohen Anteil des Gewinns auf einer der Kommanditgesellschaftsanteile entfallen zu lassen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.15 Kaufpreisaufteilung

- Die vorstehenden Beispiele zeigen eine bestimmte Interessenlage des Veräußerers, die mit der **Interessenlage des Erwerbers**, der den Kaufpreis möglichst auf abschreibbare Wirtschaftsgüter angesetzt sehen will, **konträr** sein kann.

Praxishinweis:

Man darf sich nicht der Illusion hingeben, dass eine im Unternehmenskaufvertrag willkürlich vorgenommene Kaufpreisaufteilung am Ende hilfreich ist. Gestalterisch kann es sich hier nur anbieten, das bestehende Ermessen bei der angemessenen Verteilung des Kaufpreises zu einer **nachvollziehbaren und vernünftigen Aufteilung**, die dann auch im Kaufvertrag niedergelegt ist, zu nutzen und dieses zu **dokumentieren**. Ist die von den Parteien angenommene Aufteilung plausibel, ist die Finanzverwaltung zwar nicht rechtlich daran gebunden, wird sie in der Praxis aber regelmäßig akzeptieren. Soweit **Interessensgegensätze** zwischen Verkäufer und Käufer bestehen, sollte eine zwischen den Parteien im Kaufvertrag vorgenommene Aufteilung grundsätzlich auch für die Finanzverwaltung bindend sein, es sei denn, es liegt ein Scheingeschäft oder eine Form des Gestaltungsmissbrauchs vor.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.1 Ausgangssituation

- Typische Ausgangssituation ist bei dieser Gestaltung der **Erwerb einer Kapitalgesellschaft** durch einen Erwerber, der selbst unternehmerische Aktivitäten entfaltet (im Gegensatz zu einem Investor, der die erworbene Beteiligung vermögensverwaltend im Privatvermögen hält). In Betracht kommt z.B. der Fall, dass eine mittelständische Unternehmensgruppe einen kleineren Wettbewerber übernimmt, der bisher in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft strukturiert war. In steuerlicher Hinsicht ist immer dann, wenn nicht auszuschließen ist, dass eine von mehreren Kapitalgesellschaften der Unternehmensgruppe einen steuerlichen Gewinn erzielt, während andere einen steuerlichen Verlust erzielen, die Frage nach der steuerlichen Ergebnisverrechnung (**steuerliche Ergebniskonsolidierung**) zu stellen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.1 Ausgangssituation

- Beim **Erwerb von Betriebsvermögen** (z.B. Kauf eines Einzelunternehmens durch einen unternehmerisch tätigen Erwerber, der z.B. selbst in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisiert ist) stellt sich diese Frage dagegen nicht in dieser Intensität, weil automatisch eine steuerliche Ergebnisverrechnung ab dem Zeitpunkt des Übergangs des wirtschaftlichen Eigentums an dem erworbenen Betriebsvermögen erfolgt. Gleiches gilt für den Erwerb einer mitunternehmerischen Beteiligung jedenfalls für Zwecke der Ertragsteuer, während für Zwecke der Gewerbesteuer die Personengesellschaft jedoch eigenständiges Steuersubjekt bleibt (§§ 2 Abs. 1, 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.2 Begründung einer Organschaft zwischen der Zielgesellschaft und der Erwerbergesellschaft

- Die klassische Möglichkeit der steuerlichen Konsolidierung einer erworbenen Zielgesellschaft durch den Erwerber ist die Begründung einer ertragsteuerlichen Organschaft. Hierfür sind nach § 14 KStG (i.V.m. § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG) die **finanzielle Eingliederung** der Zielgesellschaft und der Abschluss eines **Ergebnisabführungsvertrages** mit der Mindestlaufzeit von fünf Zeitjahren erforderlich. Organträger kann nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 KStG jede nicht steuerbefreite Körperschaft, aber auch jede unbeschränkt steuerpflichtige natürliche Person sein. Die Herstellung einer Organschaft zu einer natürlichen Person (Einzelunternehmer) als Organträger ist in der Praxis jedoch sehr selten anzutreffen, was an der auch für die steuerliche Anerkennung zwingenden Vereinbarung einer

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.2 Begründung einer Organschaft zwischen der Zielgesellschaft und der Erwerbergesellschaft

Verlustübernahmeverpflichtung entsprechend § 302 AktG liegt. Eine Personengesellschaft kann nur dann Organträger sein, wenn sie selbst eine originäre gewerbliche Tätigkeit nach § 15 Abs. 1 Nr. 1 EStG ausübt.

- **Rechtsfolge der steuerlichen Organschaft** ist nach § 14 Abs. 1 KStG eine Zurechnung des Einkommens der Organgesellschaft zum Organträger, sodass Gewinne und Verluste beider Gesellschaften verrechnet werden können. Für die Zwecke der Anwendung der **Zinsschranke** werden der Organträger und die Organgesellschaft als ein Betrieb behandelt, sodass das verrechenbare EBITDA des gesamten Organkreises für die Begrenzung des abzugsfähigen Nettozinsaufwandes maßgeblich ist (§ 15 Nr. 3 KStG). Dies

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.2 Begründung einer Organschaft zwischen der Zielgesellschaft und der Erwerbergesellschaft

bedeutet, dass durch die Herstellung einer Organschaft sich grundsätzlich auch die steuerliche Abzugsfähigkeit der Finanzierungsaufwendungen der den Unternehmenskauf tätigen Akquisitionsgesellschaft verbessert.

- **Vororganschaftliche Verlustvorträge** sind aber für die Dauer der Organschaft nicht für den Organträger nutzbar; gleiches gilt für vororganschaftliche Zinsvorträge und EBITDA-Vorträge.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.2 Begründung einer Organschaft zwischen der Zielgesellschaft und der Erwerbergesellschaft

- In Unternehmenstransaktionen ist regelmäßig die **zeitliche Komponente der finanziellen Eingliederung** besonders zu prüfen und ggf. durch Gestaltung zu optimieren. Die zur Begründung der Organschaft notwendige finanzielle Eingliederung der Zielgesellschaft in den Organträger erfordert, dass die Erwerbergesellschaft, die später Organträger werden soll, an der Zielgesellschaft, die Organgesellschaft werden soll, vom Beginn des Wirtschaftsjahres der Zielgesellschaft an ununterbrochen mehrheitlich beteiligt ist. Wird im Rahmen eines **Mitternachtsgeschäfts** auf den Bilanzstichtag der Zielgesellschaft erworben, ist dies ohne weitere Gestaltung erfüllt.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.2 Begründung einer Organschaft zwischen der Zielgesellschaft und der Erwerbengesellschaft

Beispiel:

V verkauft 100 % der Anteile an der V-GmbH an die E-GmbH, Obergesellschaft der mittelständischen E-Gruppe. Der notarielle Anteilskaufvertrag wird Ende November 2015 beurkundet; es wird festgelegt, dass das rechtliche und wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen zum 31.12.2015, 24:00 Uhr/01.01.2016, 00:00 Uhr übergehen soll. Mit dieser Formulierung ist sichergestellt, dass der Erwerber ab dem Veranlagungszeitraum 2016 eine Organschaft mit der V-GmbH als Organgesellschaft darstellen kann.

- In den meisten Fällen, in denen unterjährig erworben werden soll, muss das Wirtschaftsjahr der Zielgesellschaft **auf ein abweichendes Wirtschaftsjahr umgestellt** werden. Dies bedarf nach § 7 Abs. 4 Satz 3 KStG der Zustimmung des Finanzamts, die jedoch in solchen Situationen gewährt wird.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.2 Begründung einer Organschaft zwischen der Zielgesellschaft und der Erwerbergesellschaft

Beispiel:

Im vorstehenden Beispiel wird die Veräußerung Anfang Mai 2015 beurkundet, und es wird festgelegt, dass der dingliche und wirtschaftliche Übergang der Anteile zum Ablauf des 30.06.2015 erfolgen soll. Im Kaufvertrag wird geregelt, dass V verpflichtet ist, das Wirtschaftsjahr der V-GmbH unverzüglich auf ein am 30.06.2015 endendes Rumpfwirtschaftsjahr umzustellen. Erforderlich ist, dass diese Satzungsänderung vor dem 30.06.2015 im Handelsregister eingetragen ist. Die erwerbende E-Gruppe kann daher, mit der erwerbenden E-GmbH als Organträgerin, mit Wirkung ab dem 01.07.2015 die Voraussetzungen der finanziellen Eingliederung erfüllen und mit gleicher Wirkung einen Ergebnisabführungsvertrag abschließen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.2 Begründung einer Organschaft zwischen der Zielgesellschaft und der Erwerbengesellschaft

- Zur weiteren Optimierung der Ergebnisverrechnung zwischen Organträger und Organgesellschaft wird in der Praxis dann meist das Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft wieder **auf das Kalenderjahr rückumgestellt**, was erneut der Zustimmung des Finanzamts bedarf, wobei auch in diesem Fall die Zustimmung grundsätzlich erteilt werden wird.

Beispiel:

Im vorstehenden Beispiel würde die E-GmbH als neue Gesellschafterin dann z.B. im September 2015 mit notariellem Gesellschafterbeschluss eine Rückumstellung des Wirtschaftsjahres der V-GmbH auf das Kalenderjahr beschließen und dafür sorgen, dass die Satzungsänderung bis spätestens zum 31.12.2015 im Handelsregister eingetragen ist.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.2 Begründung einer Organschaft zwischen der Zielgesellschaft und der Erwerbengesellschaft

- **Beendigung eines EAVs vor Veräußerung:** Wird eine Organgesellschaft aus einer bestehenden Organschaft heraus vom Organträger veräußert, und erfolgt dies vor Ablauf der fünfjährigen Mindestlaufzeit der Organschaft, stellt diese Veräußerung an einen Dritten einen wichtigen Grund im Sinne des Steuerrechts dar, sodass die Organschaft steuerunschädlich beendet werden kann (R 60 Abs. 6 KStR).
- Dies sollte auch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung gelten, dass bei reinen konzerninternen Veräußerungen im Einzelfall festzumachen ist, ob auch steuerlich ein echter wichtiger Grund vorliegt, oder eine Umgehung der Fünf-Jahres-Frist (vgl. FG Hessen v. 28.05.2015 DB 2015, 2783; BFH v. 13.11.2013, DB 2014, 812).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.3 Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaften und Erwerbergesellschaft

(1) Verschmelzung von Zielgesellschaft und Erwerbergesellschaft

- Wesentlichstes Instrument der gesellschaftsrechtlichen Zusammenführung von Zielgesellschaft und Erwerbergesellschaft ist die **Verschmelzung**. Gesellschaftsrechtlich wird dies typischerweise durch einen sog. **Up-Stream-Merger** strukturiert, also als Verschmelzung der von der Erwerbergesellschaft übernommenen Zielgesellschaft „nach oben“ auf diese. Grundsätzlich kann eine solche Verschmelzung in Bezug auf die Wirtschaftsgüter der Zielgesellschaft als dem übertragenden Rechtsträger **buchwertneutral** durchgeführt werden (vgl. § 11 Abs. 1 und 2 UmwStG).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.3 Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaften und Erwerbergesellschaft

(1) Verschmelzung von Zielgesellschaft und Erwerbergesellschaft

Ein bei der Erwerbergesellschaft als übernehmender Rechtsträger ggf. entstehender Übernahmegewinn ist im Ergebnis zu 95 % steuerfrei, wenn sowohl die Zielgesellschaft wie auch das Erwerber-Vehikel Kapitalgesellschaften sind (§ 12 Abs. 2 Sätze 1 und 2 UmwStG). Meist wird in solchen Konstellationen aber ein **Übernahmeverlust** entstehen, weil typischerweise mit dem Kaufpreis stille Reserven oder künftig erwartete Gewinn- und Ertragspotentiale der Zielgesellschaft gekauft werden, so dass der Kaufpreis typischerweise höher als das buchmäßige Eigenkapital der Zielgesellschaft ist. Ein solcher Verschmelzungsverlust bleibt nach § 12

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.3 Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaften und Erwerbergesellschaft

(1) Verschmelzung von Zielgesellschaft und Erwerbergesellschaft

Abs. 2 Satz 1 UmwStG steuerlich außer Ansatz, d.h. ist steuerlich irrelevant. Eine solche Verschmelzung führt daher steuerlich zur Vernichtung von Anschaffungskosten, was aber dann, wenn ein späterer Veräußerungsvorgang dem Regime des § 8b Abs. 2, 3 KStG unterliegt, von wirtschaftlich geringerer Bedeutung ist.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.3 Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaften und Erwerbergesellschaft

(1) Verschmelzung von Zielgesellschaft und Erwerbergesellschaft

- Nachteilig ist jedoch, dass etwaige **Verlustvorträge** der Zielgesellschaft, ebenso wie etwaige Zins- und EBITDA-Vorträge, bei einer solchen Verschmelzung **verloren gehen** (§ 12 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG). Sodann ist zu beachten, dass in den Fällen, in denen die Zielgesellschaft über Grundbesitz verfügt, der Up-Stream-Merger nach § 1 Abs. 3 GrEStG **Grunderwerbsteuer** auslöst.

Praxishinweis:

In solchen Fällen sollte ein Down-Stream-Merger in Betracht gezogen werden, weil die Erwerbergesellschaft nicht über Grundbesitz verfügt, und so vermieden wird, den Grundbesitz steuerlich „zu bewegen“.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.3 Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaften und Erwerbergesellschaft

(1) Verschmelzung von Zielgesellschaft und Erwerbergesellschaft

- Zu beachten ist, dass beim Up-Stream-Merger **für handelsrechtliche Zwecke** der **Verkehrswertansatz** gewählt werden kann, und in einer abweichenden Steuerbilanz die Verschmelzung zu Buchwerten durchgeführt werden kann. Gerade dann, wenn die Akquisition zu einem substantiellen Teil fremdfinanziert ist und mit dem Kaufpreis erhebliche stille Reserven der Zielgesellschaft bezahlt worden sind, kann durch den handelsrechtlichen Ansatz der Verkehrswerte der Vermögensgegenstände der Zielgesellschaft als übertragendem Rechtsträger, einschließlich der nicht bilanzierten Vermögensgegenstände und des Firmenwerts, ein „schöneres“ Bilanzbild bei der Erwerbergesellschaft gezeigt werden, da sich das handelsbilanzielle Eigenkapital entsprechend erhöht.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.3 Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaften und Erwerbergesellschaft

(1) Verschmelzung von Zielgesellschaft und Erwerbergesellschaft

Beachte:

Zu beachten ist jedoch, dass dieser positive „Einmaleffekt“ auf das Eigenkapital der Bilanz der Erwerbergesellschaft sich in den Folgejahren umkehrt, weil Abschreibungen auf immaterielle Vermögensgegenstände sowie Abschreibungen auf den Firmenwert das handelsrechtliche Ergebnis beeinträchtigen. Es ist daher der Vorteil, bilanziell ein hohes Eigenkapital zeigen zu können, gegen den Nachteil einer Belastung der GuV in den Folgejahren abzuwägen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.3 Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaften und Erwerbergesellschaft

(2) Anwachsung der Zielgesellschaft auf die Erwerbergesellschaft

- Handelt es sich bei der Zielgesellschaft um eine **Personenhandelsgesellschaft**, kommt auch eine **Anwachsung** nach § 738 BGB in Betracht.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.3 Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaften und Erwerbergesellschaft

(2) Anwachsung der Zielgesellschaft auf die Erwerbergesellschaft

Beispiel:

Die X-Holding-GmbH, Obergesellschaft der mittelständischen X-Handelsgruppe, erwirbt von dem Veräußerer V 100 % der Kommanditanteile an der Y GmbH & Co. KG sowie 100 % an der der Y-Verwaltungs-GmbH, der zugehörigen Komplementär-GmbH, die, wie üblich, am Vermögen und Ertrag der Kommanditgesellschaft nicht beteiligt ist. Veranlasst die X-Holding nach Vollzug des Erwerbs, dass die Komplementär-GmbH aus der Kommanditgesellschaft als Gesellschafterin austritt, wächst deren Vermögen automatisch auf die X-Holding-GmbH an.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.16 Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

11.16.3 Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaften und Erwerbergesellschaft

(2) Anwachsung der Zielgesellschaft auf die Erwerbergesellschaft

- Es handelt sich im vorstehenden Beispielfall um eine Anwachsung im einfachsten Fall der sog. klassischen (= einfachen) Anwachsung ohne Abfindungszahlung. Diese Form der Anwachsung führt im vorstehenden Beispiel dazu, dass die X-Holding-GmbH nach der Anwachsung - zwingend - die Buchwerte der Zielgesellschaft fortführt (Ettinger/Schmitz, Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen, 3. Aufl., Rz. 566; Rechtsgrundlage ist das Transparenzprinzip bzw. der Rechtsgedanke von § 6 Abs. 3 EStG).
- Hält die Zielgesellschaft in diesem Fall Grundbesitz, fällt hier dennoch **keine Grunderwerbsteuer** an (§ 6 Abs. 2 GrEStG).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.17 Veräußererumwandlungsmodell

- Das Veräußererumwandlungsmodell ist eine in eng umgrenzten Einzelfällen sinnvolle Gestaltung zur **Transformation von Anschaffungskosten in Abschreibungsvolumen** bei Zielgesellschaften in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, jedoch verbunden mit Vor- und Nachteilen, die im Einzelfall genau abgewogen werden müssen (Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf, § 28 Rz. 17).

Beachte:

Das Veräußererumwandlungsmodell ist nicht mit dem sog. „Erwerberumwandlungsmodell“ zu verwechseln, dem durch die Regelung des § 4 Abs. 6 UmwStG in der Fassung des Gesetzes vom 23.10.2000, BGBl. I 2000, 1433, der Boden entzogen wurde.

- Das Veräußererumwandlungsmodell basiert auf der Überlegung, dass der Veräußerer von Kapitalgesellschafts-Anteilen vor der Veräußerung die zum Verkauf vorgesehene **Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umwandelt** (z.B. in eine GmbH & Co. KG), und zwar gesellschaftsrechtlich durch einen Formwechsel nach § 190 UmwG.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.17 Veräußererumwandlungsmodell

- Steuerlich führt der **auf Ebene der Gesellschaft steuerneutral** mögliche Formwechsel auf Gesellschafterebene nach den § 4 Abs. 4 bis 7 UmwStG zu einem **Übernahmegewinn** oder einem **Übernahmeverlust** und zu einer fingierten **Ausschüttung der offenen Rücklagen** nach § 7 UmwStG. Ein Übernahmeverlust bleibt nach § 4 Abs. 6 UmwStG außer Betracht bzw. darf maximal mit den Ausschüttungen nach § 7 UmwStG verrechnet werden. Ein Übernahmegewinn wird bei einer natürlichen Person als Gesellschafter nach dem Teileinkünfteverfahren besteuert und führt daher insoweit zu einer Steuerbelastung des Veräußerers. Die Nichtberücksichtigung eines entstehenden Übernahmeverlustes hat zu Folge, dass es durch die Umwandlung zu einer **Vernichtung von Anschaffungskosten** kommen kann. Dies führt dann bei der späteren Veräußerung von Mitunternehmeranteilen (anstelle von Kapitalgesellschafts-Anteilen) zu einem erhöhten Veräußerungsgewinn beim Veräußerer. Der Veräußerer hat daneben auch die steuerlichen Nachteile des Anfalls **definitiver Gewerbesteuer** zu beachten (vgl. § 18 Abs. 3 UmwStG).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.17 Veräußererumwandlungsmodell

- Der **Erwerber** hat nach Durchführung des Formwechsels dann allerdings den steuerlichen Vorteil, dass er die Personengesellschaftsanteile **steuerlich im Wege eines Asset Deals** erwirbt und daher eine steuerliche optimale Transformation seines Kaufpreises in Abschreibungsvolumen erzielt.
- Generell kommt das Veräußererumwandlungsmodell **nur im Einzelfall in Betracht**, nämlich wenn der Veräußerer für den „halben“ durchschnittlichen Steuersatz nach § 34 Abs. 3 EStG in Frage kommt und der Gewinn EUR 5 Mio. nicht (wesentlich) übersteigt, und wenn der Aspekt „Vernichtung von Anschaffungskosten“ nach den Verhältnissen des Einzelfalls, insbesondere bei Gründungsgesellschaftern, keine Rolle spielt. In jedem Fall ist eine Berechnung der steuerlichen Nachteile für den Veräußerer anzustellen. Sodann sind überschlägig die Steuervorteile des Erwerbers (Steuerminderung durch AfA-Effekte) zu ermitteln und zu diskontieren. Der Veräußerer wird den Schritt einer solchen Umwandlung nur vornehmen, wenn er an den positiven steuerlichen Effekten durch eine Kaufpreiserhöhung angemessen beteiligt wird.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.18 Kirchensteuer

- Ein Steuerberater kann sich u.U. gegenüber seinem Mandanten haftbar machen, wenn er den Mandanten nicht ungefragt auf die steuerlichen Möglichkeiten eines Kirchenaustritts hinweist (BGH v. 18.05.2006, DB 2006, 2004. Diese zur **Hinweispflicht des Steuerberaters** vor Durchführung einer größeren Gewinnausschüttung ergangene Rechtsprechung lässt sich ohne Weiteres auf die Situation eines Unternehmensverkaufs übertragen.

Beachte:

Der Mandant ist daher rechtzeitig vor Durchführung des Unternehmensverkaufs auf die Möglichkeit eines Kirchenaustritts hinzuweisen; der steuerliche Berater ist somit von Rechts wegen verpflichtet, die „Gretchenfrage“ zu stellen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.18 Kirchensteuer

- Die Kirchensteuerpflicht endet beim Austritt mit Beginn bzw. Ablauf des Monats, in dem der Steuerpflichtige den Austritt erklärt. Hier sind die **Regelungen des jeweiligen Bundeslandes** zu beachten. Die Regelung in Bayern z.B. ist so ausgestaltet, dass ein - wenn auch nur proportionales - Durchschlagen des Veräußerungsgewinns auf die Höhe der Kirchensteuer eines Veranlagungszeitraums nur vermieden werden kann, wenn der Austritt bereits im Kalenderjahr *vor* Durchführung des Unternehmensverkaufs erfolgt (vgl. § 5 BayAVKirchStG).

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.18 Kirchensteuer

Praxishinweis:

Da die Frage, ob man zur Steueroptimierung vor einem Unternehmensverkauf aus der Kirche austreten möchte, letztlich eine sehr persönliche Frage ist, muss der Berater auch damit rechnen, dass der Mandant von dieser Möglichkeit keine gebrauch will. In diesem Fall sollte der Berater, und auch dies möglichst rechtzeitig vor dem Unternehmensverkauf, versuchen, im Gespräch mit dem zuständigen Kirchensteueramt zumindest eine teilweise Ermäßigung der grundsätzlich anfallenden Kirchensteuer zu erreichen. Die Praxis zeigt, dass auch in Bundesländern wie Bayern, in denen es anders als in anderen Bundesländern keine Kappungssätze oder ähnliches gibt, im Einzelfall eine Reduzierung der Kirchensteuer erreicht werden kann. Ein Rechtsanspruch hierauf besteht jedoch nicht.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.19 Wegzug ins Ausland

- Bei „mobilen“ Veräußerern ist bei entsprechendem Planungshorizont ein dem Unternehmensverkauf vorangehender Wegzug ins Ausland zu überlegen. **§ 6 AStG (Wegzugssteuer)** sieht allerdings eine Sofortversteuerung der stillen Reserven in Kapitalgesellschaftsanteilen im Wegzugszeitpunkt vor. Dies jedoch zum gemeinen Wert der Anteile im *Wegzugszeitpunkt*; spätere Wertsteigerungen in den Anteilen sind grundsätzlich nicht mehr in Deutschland steuerpflichtig, wenn ein dem OECD-MA entsprechendes Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) das Besteuerungsrecht am Veräußerungsgewinn dem neuen Wohnsitzstaat zuweist und kein deutscher Wohnsitz mehr besteht. Das jeweilige DBA ist im Detail zu prüfen (Sonderregeln bestehen insbesondere im DBA-Schweiz). Vgl. Ettinger (Hrsg.), Wegzugsbesteuerung, 2. Aufl. 2014.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.19 Wegzug ins Ausland

- Ein Wegzug ins **EU-Ausland bzw. in einen EWR-Staat** führt nach § 6 Abs. 5 AStG zu einer nur gestundet festgesetzten deutschen Wegzugssteuer und damit wirtschaftlich zu einem **Einfrieren des deutschen Besteuerungswerts**. Im Vorfeld solcher Gestaltungen ist zu klären, ob der ins Auge gefasste Zuzugsstaat den späteren Veräußerungsgewinn ggf. günstiger besteuert, des Weiteren ist der Frage nachzugehen, welchen Wert dieser zugrunde legt.

Praxishinweis:

Aufgrund der Tatsache, dass diese Gestaltungen grundsätzlich einen kompletten Wegzug voraussetzt, d.h. die vollständige Aufgabe des deutschen Wohnsitzes, sind solche Überlegungen nur in wenigen Einzelfällen durchführbar, und benötigen auch einen entsprechenden Vorlauf. Zudem ist sicherzustellen, dass der Wegzug auch tatsächlich und gegenüber dem Finanzamt nachweisbar erfolgt und entsprechend dokumentiert wird.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.20 Steueroptimierte Erwerbsstruktur

- Der Erwerber sollte bereits im Erwerbszeitpunkt an eine spätere Veräußerung des gesamten Unternehmens oder einzelner, zu seinem Unternehmen hinzuakquirierter Teilbereiche oder Beteiligungen denken. Eine zweckmäßige Möglichkeit ist es hierbei, wenn natürliche Personen als Erwerber von Kapitalgesellschaftsanteilen diese von Anfang an nicht selbst, sondern durch **zwischengeschaltete Holding-Kapitalgesellschaften** erwerben, um bei einer späteren Veräußerung die 95-%ige Steuerfreiheit nach § 8b Abs. 2 und 3 KStG nutzen zu können.
- Dies ist jedoch nach derzeitigem Steuerrecht im allgemeinen nur für **Beteiligungen von mindestens 15 %** sinnvoll (15 % = gewerbesteuerliches Schachtelprivileg bzw. 10 % = Körperschaftsteuerliches Schachtelprivileg bzgl. Dividenden).

Beachte:

Ein – grds. hinnehmbares – Risiko dieser Gestaltung liegt darin, dass auch nicht absehbar ist, ob dieses heutige Steuerregime dauerhaft in der heutigen Form erhalten bleibt.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.20 Steueroptimierte Erwerbsstruktur

- Des Weiteren ist zu bedenken, dass eine spätere Ausschüttung des Veräußerungsgewinns durch die Holding-Kapitalgesellschaft an natürliche Personen in diesem Zeitpunkt zu seiner Besteuerung nach dem Teileinkünfteverfahren führt. Die Gestaltung kann aber insbesondere dann interessant sein, wenn ein späterer Veräußerungsgewinn nicht sofort ausgeschüttet, sondern durch die Holding-Kapitalgesellschaft als „**Spardosengesellschaft**“ reinvestiert werden soll. Auf diese Weise können dann Thesaurierungseffekte genutzt werden.
- Nachteilhaft an dieser Struktur ist aber, dass für laufende **Gewinnausschüttungen** aus der operativen Tochter-Kapitalgesellschaft, die über die Holding-Kapitalgesellschaft an natürliche Personen als Anteilsinhaber weiter ausgeschüttet werden sollen, aufgrund § 8b Abs. 5 KStG (Steuerpflichtigkeit von 5 % der Dividenden als fiktive, nicht abzugsfähige Betriebsausgaben) Nachteile bei der laufenden Besteuerung

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.20 Steueroptimierte Erwerbsstruktur

entstehen können. Denn wenn die von der Holding-Kapitalgesellschaft zu 95 % steuerfrei vereinnahmten Dividenden an natürliche Personen weiter ausgeschüttet werden, unterliegen diese noch einmal der Besteuerung nach der Abgeltungsteuer und es kommt im Ergebnis zu einer leichten Mehrbesteuerung im Vergleich zu der Situation, dass natürliche Personen die Anteile an der operativen Kapitalgesellschaft direkt halten. Hier kann die Herstellung einer Organschaft für Körperschaft- und Gewerbesteuerzwecke helfen.

Beachte:

Die Herstellung einer ertragsteuerlichen Organschaft führt zwingend zur zivilrechtlichen Verlustübernahmeverpflichtung entsprechend § 302 AktG, daher ist in concreto eine Abwägung zwischen steuerlichen Vorteilen und etwaigen zivilrechtlichen Haftungsrisiken zu treffen.

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.20 Steueroptimierte Erwerbsstruktur

- In größeren, international tätigen Unternehmensgruppen werden häufig **ausländische Holdinggesellschaften** verwendet, die dann u.a. auch Anteile an deutschen Unternehmen halten. Beliebte Standorte solcher Auslands-Holdinggesellschaften sind Belgien, die Niederlande und Luxemburg. Immer wieder wird jedoch vom Steuerpflichtigen selbst oder von Beraterseite her die Errichtung einer ausländischen Holdinggesellschaft auch im mittelständischen, oft gar rein nationalen Kontext vorgeschlagen, die dann die (inländischen) (Kapitalgesellschafts-)Anteile erwerben soll. Hier ist der **Einzelfall kritisch zu prüfen**, insbesondere die tatsächliche Steuerbelastung bezüglich laufender Einkünfte und Veräußerungserlöse sowie die Strukturkosten und die entstehenden operativen Kosten am ausländischen Standort. Steuerlich problematisch ist bei derartigen Konstruktionen oft schon die Vermeidung eines Orts der Geschäftsleitung im Inland, sodann stellt sich die Frage nach einem Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO, wenn die ausländische Holding-Gesellschaft

11. Steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten

11.20 Steueroptimierte Erwerbsstruktur

„substanzlos“ ist (Basisgesellschafts-Rechtsprechung). Daneben sind die § 7 ff. AStG (Hinzurechnungsbesteuerung) zu prüfen; das Erzielen von Dividenden und von Veräußerungsgewinnen aus der Veräußerung von Anteilen an anderen Kapitalgesellschaften ist jedoch grundsätzlich „aktiv“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 8 und Nr. 9 AStG). Schließlich ist noch die Anti-Treaty-Shopping-Vorschrift des § 50d Abs. 3 EStG zu prüfen.

Praxishinweis:

Von der Herstellung grenzüberschreitender, nur der (vermeintlichen) Steuerersparnis dienender Strukturen in den Fällen, in denen als Ausgangskonstellation eine rein nationale operierende Einheit vorliegt, ist abzuraten. Wenn andererseits eine mittelständische Unternehmensgruppe bereits internationalisiert ist, und die steuerlich nötige Substanz im Ausland bereits geschaffen ist, kann es durchaus interessant sein, künftige Unternehmenszukäufe über eine steuerlich optimierte Auslandsholdingstruktur zu tätigen. Interessant sind insbesondere EU-Standorte mit zum Teil günstigeren Schachtelprivilegien (z.B. Ersparnis der 5 % nach § 8b Abs. 3 KStG), sodann kann dadurch je nach „persönlicher Einschätzung“ mehr Rechtssicherheit erkaufte werden (politisches Änderungsrisiko des § 8b KStG!).

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.1 Allgemeines

- Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag sollen die folgenden **Ziele** erreichen:
 - Herstellung einer vertraglichen Risikoverteilung zwischen Verkäufer und Käufer in Bezug auf **konkrete Steuerrisiken**, die bei der steuerlichen Due Diligence des Käufers identifiziert wurden;
 - Schaffung einer vertraglichen Risikoverteilung für **abstrakte Steuerrisiken**;
 - Festlegung, wie mit **steuerlichen Wahlrechten**, die in Bezug auf die Unternehmenstransaktion oder das verkaufte Unternehmen für den Verkäufer oder den Käufer bestehen, umgegangen werden soll, um spätere „Überraschungen“ zu vermeiden;
 - Statuierung von Mitwirkungsrechten und Verhaltensregelungen, insbesondere für spätere Betriebsprüfungen in Bezug auf das verkaufte Unternehmen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.1 Allgemeines

- Vertragsgestalterisch wird empfohlen, derartige **Steuerklauseln** abschließend an einer Stelle des Unternehmenskaufvertrages zu platzieren. Dies ist sicherlich sinnvoll, wenn auch nicht vergessen werden darf, dass im Unternehmenskaufvertrag typischerweise auch an anderen Stellen als nur „der“ Steuerklausel Regelungen steuerlicher Art enthalten sind, die ebenfalls vom jeweiligen steuerlichen Berater der Parteien geprüft oder mitgestaltet werden müssen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.1 Allgemeines

Beispiel:

Wird eine Organgesellschaft aus einem Konzern „herausgekauft“, finden sich neben der eigentlichen Steuerklausel meist umfangreiche Regelungen über die Beendigung einer Organschaft. Oder: Die Klausel des Unternehmenskaufvertrages, die den Stichtag regelt, ist aus steuerlicher Sicht daraufhin zu würdigen, wann das wirtschaftliche Eigentum im Sinne des Steuerrechts vom Verkäufer auf den Käufer übergeht und welche Folgen dies hat.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.1 Allgemeines

- In der Vertragstechnik hat es sich bewährt, der Steuerklausel einen **speziellen Definitionsteil** voranzustellen, in dem steuerlich relevante Begriffe definiert werden. Der **Begriff der Steuern** sollte dabei nicht nur durch Bezugnahme auf § 3 Abs. 1 bis 3 AO definiert werden, sondern es sollten - jedenfalls aus Sicht des Unternehmenskäufers - steuerliche Nebenleistungen nach § 3 Abs. 4 AO (wie z.B. Zinsen und Säumniszuschläge) inkludiert werden. Gleichfalls sollten aus Sicht des Käufers Sozialversicherungsbeiträge oder Verbandsbeiträge (z.B. Berufsgenossenschaftsbeiträge) explizit den Regelungen für Steuern unterstellt werden, und es sollte ferner klargestellt werden, dass ausländische Steuern ebenfalls unter den Anwendungsbereich der Steuerklausel fallen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.1 Allgemeines

Formulierungsvorschlag:

„Der Begriff Steuern umfasst sämtliche von der Zielgesellschaft geschuldeten in- und ausländischen Steuern im Sinne von § 3 Abs. 1 bis 3 AO und sämtliche steuerliche Nebenleistungen im Sinne des § 3 Abs. 4 AO sowie sämtliche Beiträge, Abgaben, Gebühren, Bußgelder, Zölle, Sozialversicherungsbeiträge, Beiträge an den Pensions-Sicherungs-Verein a.G. und Berufsgenossenschaftsbeiträge sowie Investitionszuschüsse und -zulagen (jeweils gleichgültig, ob diese als Steuer- oder als Haftungsschuldner zu zahlen sind), jedoch – zur Vermeidung von Missverständnissen – nicht latente Steuern und fiktive Steuern (wie z.B. Verminderung von Verlustvorträgen oder Verringerung zukünftiger Abschreibungen).“

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.1 Allgemeines

- Differenzierte Steuerklauseln unterscheiden des Weiteren stringent zwischen **Steuergarantien** (sog. „Tax Warranties“) auf der einen Seite und **Steuerfreistellungsregelungen** (sog. „Tax Indemnities“) auf der anderen Seite (Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, 2. Aufl. 2010, S. 794).
- In der Praxis wird diese Unterscheidung jedoch nicht immer konsequent gezogen. So trifft man auch Vertragsentwürfe an, die das Thema „Steuern“ ausschließlich über Steuergarantien regeln wollen, ähnlich etwa wie allgemeine Gewährleistungsregelungen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.1 Allgemeines

- Der Unterschied zwischen Beidem liegt darin, dass **Garantien** typischerweise für Tatsachen oder Umstände abgegeben werden, die für den Käufer wesentlich sind und deren Vorliegen bzw. Nichtvorliegen vom Käufer bei der Bewertung der Zielgesellschaft unterstellt wurde.
- **Freistellungen** werden dagegen typischerweise gerade für Sachverhalte abgegeben, die ein immanentes Haftungsrisiko beinhalten, das auch beiden Parteien dem Grunde nach bekannt ist (wie z.B. das Risiko, dass bei einer späteren Betriebsprüfung für einen bestimmten Zeitraum der Vergangenheit nach der Lebenserfahrung typischerweise die reale Wahrscheinlichkeit besteht, dass vom Betriebsprüfer Mehrsteuern festgesetzt werden).

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.1 Abgrenzung der in Frage kommenden zeitlichen Bezugspunkte

- Ein Unternehmenskaufvertrag enthält in der Praxis regelmäßig Stichtagsregelungen. Diese sind auch aus steuerlicher Sicht zu würdigen.
- Die in der Praxis vorzufindenden Klauseln verwenden hier eine **Fülle uneinheitlich verstandener Begriffe** (wie z.B. „Stichtag“, „Übergangsstichtag“, „Übertragungsstichtag“, „Effective Date“, „Closing“, „Unterzeichnungsstichtag, Vollzugsstichtag“). Bei der steuerlichen Würdigung darf – nicht anders als bei der Ermittlung des zivilrechtlichen Gehalts des verwendeten Begriffs – nicht primär auf den verwendeten Begriff abgestellt werden, sondern sind seine Funktion und sein ggf. durch Auslegung zu ermittelnder Inhalt im Vertragskontext zu berücksichtigen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.1 Abgrenzung der in Frage kommenden zeitlichen Bezugspunkte

- Letztlich lassen sich anhand des Zeitstrahls **drei verschiedene Bezugspunkte** für Stichtagsbezeichnungen ausmachen:
- der **Unterzeichnungstag** (als derjenige Tag, an dem der Unternehmenskaufvertrag abgeschlossen, d.h. unterschrieben oder beurkundet wird, auch „Signing“ genannt);
 - der Tag, an dem nach dem Willen der Parteien die wirtschaftlichen Chancen und Risiken der übertragenen Unternehmensgegenstände (Asset Deal) bzw. der übertragenen Anteile (Share Deal) vom Verkäufer auf den Käufer übergehen sollen (oft wirtschaftlicher Übertragungstichtag, **Übertragungstichtag** oder Effective Date genannt);

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.1 Abgrenzung der in Frage kommenden zeitlichen Bezugspunkte

- der Tag des dinglichen Übergangs des Eigentums und Besitzes an den übertragenen Unternehmensgegenständen (Asset Deal) bzw. des Anteilseigentums an den übertragenen Anteilen (Share Deal) (oft **Vollzugsstichtag**, Vollzugstag oder Closing genannt).

Praxishinweis:

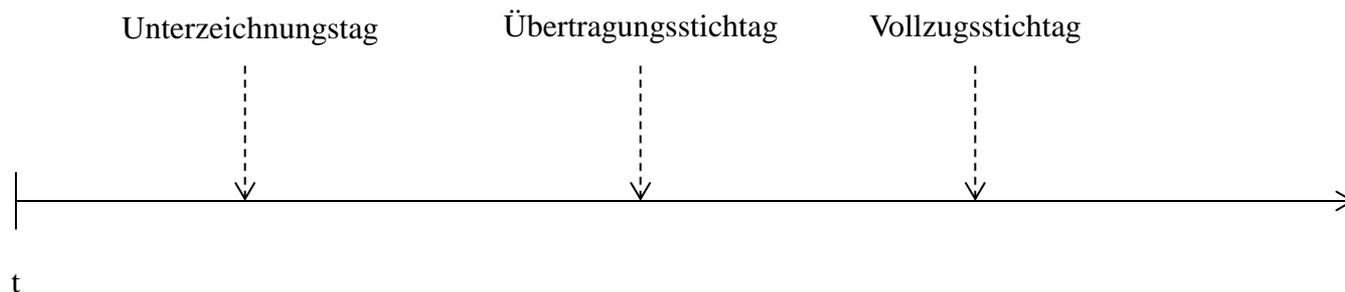
Es ist zu beachten, dass die Frage, wann das wirtschaftliche Eigentum im steuerlichen Sinne übergeht, gesondert zu prüfen ist. Das wirtschaftliche Eigentum kann, je nach Einzelfall, am Übertragungstichtag, aber auch am Vollzugsstichtag übergehen. Hier gibt es keinen Automatismus.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.1 Abgrenzung der in Frage kommenden zeitlichen Bezugspunkte

- Siehe dazu die nachfolgende Abbildung:



12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.1 Abgrenzung der in Frage kommenden zeitlichen Bezugspunkte

- Steuerlich interessieren dabei im Wesentlichen die folgenden Fragen:
 - Wann geht das rechtliche (§ 39 Abs. 1 AO) oder das wirtschaftliche (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO) Eigentum an den übertragenen Gegenständen bzw. an den übertragenen Gesellschaftsrechten vom Verkäufer auf den Käufer über?
 - Kann oder soll der Übergang des rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentums im steuerlichen Sinne ggf. hinausgeschoben oder vorgezogen werden?
 - Wird ein wirtschaftlicher Übertragungstichtag (Effective Date) der in der Vergangenheit (d.h. vor dem Unterzeichnungstag und vor dem dinglichen Vollzugstichtag liegt), steuerlich anerkannt, und wenn nein, welche - ggf. negativen - steuerlichen Folgen ergeben sich hieraus?

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.1 Abgrenzung der in Frage kommenden zeitlichen Bezugspunkte

- Fest steht jedenfalls: Der Stichtag bzw. die Stichtage sollte(n) durch **klare vertragliche Regelungen** bestimmt werden, aus denen sich in der Folge auch ergibt, wann der Veräußerer seinen Veräußerungsgewinn steuerlich realisiert (Formulierung „31.12. 24:00 Uhr“ für den Vollzugsstichtag/Closing bedeutet grundsätzlich Realisation noch im alten Jahr, Formulierung „01.01., 0:00 Uhr, dagegen grundsätzlich Realisation im neuen Jahr).

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.1 Abgrenzung der in Frage kommenden zeitlichen Bezugspunkte

Beispiel:

V ist Gesellschafter-Geschäftsführer der V-GmbH. Aus Altersgründen möchte er diese verkaufen. Er will danach weitgehend von Ersparnissen bzw. von den Erträgen des Veräußerungsgewinns leben. In dieser Situation kann es sich anbieten, so zu verkaufen, dass der Vollzugstichtag (Übergang des wirtschaftlichen Eigentums an den Geschäftsanteilen an der V-GmbH) nicht auf ein Jahr gelegt wird, in dem V noch hohe Einkünfte aus einem Geschäftsführergehalt bei der V-GmbH bezieht, sondern auf das „neue Jahr“ gelegt wird, in dem V deutlich geringere laufende Einkünfte bezieht. Hier könnte also z.B. der 01.01. des Folgejahres als Vollzugstichtag festgelegt werden.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.2 Stichtagsregelungen bei Asset Deal

- Beim **Asset Deal**, d. h. bei der Veräußerung eines gesamten Unternehmens oder von Unternehmensteilen wie z. B. eines Teilbetriebs, muss durch die Festlegung eines Stichtags abgegrenzt werden, wer entstehende Verbindlichkeiten und laufende Kosten übernimmt sowie den aus der Unternehmensführung entstandenen Ertrag erhält bzw. wie dies zwischen Veräußerer und Erwerber in zeitlicher Hinsicht aufzuteilen ist. Hier wird in aller Regel eine **Stichtagsbilanz** aufgestellt werden. Aus Sicht des Verkäufers ist es wünschenswert, dass noch er selbst diese Stichtagsbilanz aufstellt. Erfolgt der Verkauf unterjährig, wird die Stichtagsbilanz praktikablerweise auf ein Monatsende aufgestellt.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.2 Stichtagsregelungen bei Asset Deal

- Aus steuerlicher Sicht stellt sich auch die Frage nach einer **Rückwirkung**, d.h. die Frage, inwieweit Stichtage, die in der Vergangenheit liegen, steuerlich anerkannt werden. Eine Rückwirkung z. B. bei Verkauf am 31.03. eines Jahres auf den 01.01. des Jahres ist **zivilrechtlich** nicht mit dinglicher Wirkung, wohl aber mit schuldrechtlicher und wirtschaftlicher Wirkung möglich.
- Das übertragene Unternehmen gilt dann ab dem in der Vergangenheit liegenden Stichtag als für Rechnung des Erwerbers geführt. Dies bedeutet dann also z.B., dass Geschäfte des Unternehmens, die auf die Zeit ab dem 01.01. des Jahres fallen, wirtschaftlich bereits dem Erwerber zugerechnet werden, ebenso Kosten wie Mieten, Löhne und Gehälter etc.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.2 Stichtagsregelungen bei Asset Deal

- **Steuerlich** wird eine solche Rückwirkung jedoch nur für einen relativ kurzen Zeitraum zum Beginn eines neuen Geschäftsjahres anerkannt (Faustregel: unkritisch sind um die vier Wochen – z.T. werden bis zu 3 Monate für zulässig gehalten, vgl. Schmidt, EStG, § 16 Rz. 443).
- Dies ist letztlich eine Vereinfachungsregelung, weil der reguläre Jahresabschluss auf das Ende des vorhergehenden Geschäftsjahres ohnehin aufgestellt werden muss. Steuerlich geht es u.a. darum, den ggf. nach den §§ 16, 34 EStG begünstigten Veräußerungsgewinn vom laufenden Gewinn, der dem Veräußerer noch zugerechnet wird, abzugrenzen, sowie darum, in welchem Veranlagungszeitraum ein Veräußerungsgewinn oder -verlust steuerlich realisiert wird. Finanzverwaltung und Rechtsprechung möchten durch die restriktive Anerkennung der Rückwirkung Manipulationen entgegenwirken.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.2 Stichtagsregelungen bei Asset Deal

Praxishinweis:

Wird die Rückwirkung nicht anerkannt, ergibt sich die – zu vermeidende – Konsequenz, dass die ab dem wirtschaftlichen Übertragungstichtag entstehenden Aufwendungen und Erträge sowie Gewinne und Verluste zivilrechtlich bereits dem Erwerber zugewiesen werden, dass diese steuerlich für Zwecke der Ertragsteuer aber noch dem Verkäufer zugerechnet werden. Liegt andererseits eine Ausnahmesituation vor, die es aus wirtschaftlichen Gründen erforderlich macht, dass die Erträge trotz auf der Hand liegender Nichtanerkennung in steuerlicher Hinsicht dem Erwerber zugeordnet werden sollen, sind im Unternehmenskaufvertrag entsprechende Regelungen zu treffen, die sicherstellen, dass der Käufer den Verkäufer von allen Steuern freistellt, die auf steuerliche Gewinne des verkauften Unternehmens im Rückwirkungszeitraum entfallen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.3 Stichtagsregelungen beim Share Deal hinsichtlich Anteilen an Personengesellschaften

- Beim zivilrechtlichen Share Deal in Bezug auf **Anteile an Personengesellschaften** stellt sich dieselbe steuerliche Problematik der Abgrenzung des ggf. begünstigten Veräußerungsgewinns vom laufenden Gewinn wie oben. Auch hier wird deshalb eine Rückwirkung steuerlich nur für einen kurzen Zeitraum anerkannt (Schmidt, EStG, § 16 Rz. 443).

Beispiel:

V verhandelt seit Ende des Jahres 2015 über den Verkauf seiner V-GmbH & Co. KG mit Erwerber E. Der Übergang ist mit Wirkung zum Jahreswechsel geplant. Die Vertragsverhandlungen verzögern sich, der Notartermin (Unterzeichnungstag) findet erst Anfang Februar 2016 statt. In diesem Beispiel sollte ein rückwirkender Kauf auf den 01.01.2015 steuerlich anerkannt werden. Dabei wird unterstellt, dass die V-GmbH & Co. KG ein dem Kalenderjahr entsprechendes Wirtschaftsjahr hat, d.h. auf den 31.12.2015 einen regulären Jahresabschluss aufstellt.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.3 Stichtagsregelungen beim Share Deal hinsichtlich Anteilen an Personengesellschaften

- Bei einem unterjährigen Verkauf bietet sich auch hier die Aufstellung einer **Stichtagsbilanz** zur Abgrenzung des Ertrags zwischen Veräußerer und Erwerber an.

Beispiel:

Wenn, in Fortsetzung des vorstehenden Beispiels, auch Anfang Februar noch kein Signing stattfinden kann, sondern sich die Vertragsverhandlungen bis in den April verzögern, kann es sich anbieten, bei einer Vertragsunterzeichnung Ende April eine Stichtagsbilanz z.B. auf den 31.03.2016 aufzustellen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.4 Stichtagsregelungen beim Share Deal hinsichtlich Anteilen an Kapitalgesellschaften

- Beim zivilrechtlichen Share Deal von **Anteilen an Kapitalgesellschaften** wird der gesamte körperschaftsteuerliche Gewinn der verkauften Gesellschaft, unabhängig von dem Wechsel des Anteilseigners, der Kapitalgesellschaft selbst zugerechnet (**Trennungsprinzip**). Dasselbe gilt für die Gewerbesteuer. Eine Regelung muss hier also nur insoweit zwischen dem Unternehmensverkäufer und dem Unternehmenskäufer getroffen werden, als der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres sowie ggf. nicht ausgeschüttete Gewinne der vorhergehenden Geschäftsjahre dem Veräußerer oder dem Erwerber zugewiesen werden müssen oder ggf. eine zeitanteilige Aufteilung erfolgt. Die übliche Regelung, dass der Gewinn des laufenden Geschäftsjahres, in das die Veräußerung fällt, vollständig dem Erwerber zugewiesen wird, ist steuerlich nicht zu beanstanden (Brück/Sinewe, Steueroptimierter Unternehmenskauf, 2. Aufl. 2010, § 5 Rz. 331).

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.5 Zeitliche Risikoordnung in Steuerklauseln

- Auch für die Frage der **zeitlichen Zuordnung von steuerlichen Risiken des verkauften Unternehmen** muss eine Art „Stichtagsregelung“ **im Rahmen der Steuerklausel** gefunden werden. Oft ist in der Praxis das Verhandlungsergebnis zwischen Käufer und Verkäufer am Ende so, dass steuerliche Risiken für die Zeit bis zum wirtschaftlichen Übertragungstichtag (Effective Date), von dem an - ggf. rückwirkend - die Chancen des verkauften Unternehmens dem Erwerber zustehen, dem Veräußerer zugewiesen werden.
- Formulierungstechnisch werden diese Zeiträume, für die die Steuerklausel zugunsten des Erwerbers greift, oft als sog. „**Vorstichtagszeiträume**“ bezeichnet.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.5 Zeitliche Risikoordnung in Steuerklauseln

Beispiel:

Wird die X-GmbH mit notariellem Unternehmenskaufvertrag vom 07.03.2016 an den Erwerber E verkauft, und stehen E nach dem Unternehmenskaufvertrag bereits die Gewinne des laufenden Geschäftsjahres 2016 zu, dann könnte die Steuerklausel vorsehen, dass Veräußerer V den E für steuerliche Risiken für die Zeit bis einschließlich des Veranlagungszeitraums 2015 im Rahmen der Steuerfreistellungsklausel freizustellen hat.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.5 Zeitliche Risikoordnung in Steuerklauseln

Formulierungsvorschlag:

„Der Verkäufer ist verpflichtet, den Käufer von sämtlichen Vorstichtagssteuern freizustellen. Dies umfasst insbesondere Vorstichtagssteuern, die von der Zielgesellschaft nach dem Stichtag aufgrund bestandskräftiger Steuerbescheide oder bei Fälligkeit gezahlt werden oder zu zahlen sind. Vorstichtagszeitraum umfasst dabei alle Zeitperioden und Zeiträume, die vor oder am Stichtag enden, und der Begriff Vorstichtagssteuern umfasst alle Steuern, die für den Vorstichtagszeitraum erhoben werden und nach dem Vorstichtagszeitraum zu zahlen sind.“

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.5 Zeitliche Risikoordnung in Steuerklauseln

- Aus Sicht des Erwerbers besteht ein über diesen Grundmechanismus hinausgehendes Regelungsbedürfnis, Abweichungen vom normalen Geschäftsgang in der Zeit zwischen dem wirtschaftlichen Übertragungstichtag (Effective Date) und dem dinglichen Vollzugstichtag (Closing) (sog. „**Straddle Period**“) auch in steuerlicher Hinsicht zu sanktionieren; dies geschieht üblicherweise über die Aufnahme entsprechender Steuergarantien oder Verhaltenspflichten (sog. „Covenants“) für die Zeit zwischen dem wirtschaftlichen Übertragungstichtag und dem dinglichen Vollzugstichtag.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.2 Stichtagsregelungen aus steuerlicher Sicht

12.2.5 Zeitliche Risikoordnung in Steuerklauseln

Beispiel:

Im vorstehenden Beispiel würde E auf eine Regelung drängen, wonach V auch noch im Jahr 2016 sämtliche Steuererklärungen und Steueranmeldungen, die bis zum Closing fällig sind, ordnungsgemäß erledigt und Steuern und sonstige Abgaben für die Zeit bis zum Closing fristgerecht bezahlt.

Formulierungsvorschlag:

„In der Zeit zwischen dem heutigen Tag der Unterzeichnung dieses Vertrages und dem Stichtag hat der Verkäufer dafür zu sorgen, dass sämtliche Steuererklärungen der Zielgesellschaft innerhalb der gesetzlichen oder innerhalb von mit der Finanzverwaltung vereinbarten verlängerten Fristen vollständig und korrekt vorbereitet und rechtzeitig abgegeben werden und sämtliche Steuern der Zielgesellschaft innerhalb der gesetzlichen oder von mit der Finanzverwaltung vereinbarten verlängerten Fristen rechtzeitig gezahlt werden.“

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.1 Verkehrssteuern als Transaktionskosten

- **Verkehrssteuern** wie Umsatzsteuer und Grunderwerbsteuer **sind Transaktionskosten**, die, wenn sie den Verkäufer belasten, seinen Veräußerungsgewinn vermindern und die, wenn sie den Käufer belasten, grundsätzlich seine Anschaffungskosten als Anschaffungsnebenkosten erhöhen.

Beachte:

Es ist aus Beratersicht geboten, auf die Aufnahme von klaren Regelungen zur Frage, wer welche Verkehrssteuern trägt, und inwieweit ggf. mögliche Wahlrechte ausgeübt werden dürfen oder nicht, hinzuwirken.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.1 Verkehrssteuern als Transaktionskosten

- Die Zuordnung solcher Kosten zur Zielgesellschaft selbst scheitert steuerlich, entweder weil es sich um eine Kapitalgesellschaft handelt, bei der dann eine verdeckte Gewinnausschüttung angenommen werden würde, oder weil es sich bei dem verkauften Unternehmen um eine Personengesellschaft handelt, bei der dies eine Entnahme darstellen würde.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.1 Verkehrssteuern als Transaktionskosten

Praxishinweis:

Bestimmte Kosten, die im weiteren Zusammenhang mit der Transaktion anfallen, einschließlich darauf bezogener Verkehrssteuern, können aber dann der Zielgesellschaft belastet bzw. gegenüber dieser abgerechnet werden, wenn klar ist, dass die entsprechenden Aufwendungen im eigenen Interesse der Zielgesellschaft erfolgt sind. Dies ist bei vielen Kostenpositionen letztlich eine Einzelfallabwägung. Je nach Einzelfall können hierunter Kosten wie z.B. Vorbereiten der Umstrukturierungen bei der Zielgesellschaft, Herausverkauf von einzelnen Vermögensgegenständen wie insbesondere Grundstücken aus der Zielgesellschaft vor Durchführung der Transaktion oder ähnliches fallen, einschließlich dann der hierauf bezogenen Verkehrssteuern. Kosten aus an die Zielgesellschaft erbrachten Beratungsleistungen müssen dann den Zusammenhang hiermit sauber dokumentieren, insbesondere dann, wenn die entsprechenden Berater auch gleichzeitig für die Veräußerer im Rahmen des Transaktionsprozesses beratend tätig werden, wie dies im Bereich mittelständischer Unternehmenstransaktionen nicht selten anzutreffen ist.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.2 Umsatzsteuer

- Beim **Share Deal**, also wenn die Gesellschaftsanteile veräußert werden, stellt § 4 Nr. 8 lit. f UStG den Vorgang, wenn er überhaupt umsatzsteuerbar ist, grundsätzlich **umsatzsteuerfrei**. Dies gilt auch bei der Veräußerung von Personengesellschaftsanteilen. Wenn der Verkäufer jedoch Unternehmer im umsatzsteuerlichen Sinne ist, kann er nach § 9 Abs. 1 UStG die **Option zur Umsatzsteuerpflicht** ausüben. Dazu muss es sich jedoch um die Veräußerung von – im umsatzsteuerlichen Sinne – unternehmerisch gehaltenen Beteiligungen handeln, was nur ausnahmsweise der Fall ist, weil das bloße Erwerben, Halten und Veräußern von Beteiligungen für sich genommen keine unternehmerische Tätigkeit darstellt. Dies setzt weiter voraus, dass auch der Käufer Unternehmer im umsatzsteuerlichen Sinne ist und die Anteile für sein Unternehmen erwirbt. Für den Veräußerer ist die Option zur Umsatzsteuerpflicht dann interessant, wenn er hohe, mit Umsatzsteuer belastete Veräußerungskosten wie z.B. Beraterkosten hatte, weil er so die Vorsteuer auf diese Kosten geltend machen kann (vgl. § 15 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UStG).

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.2 Umsatzsteuer

- Aus Käufersicht ist jedoch oft nicht klar, ob eine dann beim Käufer entstehende Umsatzsteuerbelastung auch als Vorsteuer geltend gemacht werden kann. Zudem ergibt sich daraus eine Liquiditätsbelastung des Käufers. Zusätzlich ergibt sich aus Käufersicht das Risiko, dass der Vorgang eventuell als Geschäftsveräußerung im Ganzen nach § 1 Abs. 1a UStG qualifiziert werden könnte, obwohl es sich um einen Share Deal und damit grundsätzlich um einen Vorgang im Anwendungsbereich des § 4 Nr. 8 lit. f UStG handelt.

Praxishinweis:

Der Käufer wird daher typischerweise versuchen, im Vertrag eine Regelung durchzusetzen, die dem Verkäufer verbietet, ohne Zustimmung des Käufers die Option nach § 9 Abs. 1 USG auszuüben. Wie die vereinbarte Regelung insoweit aber aussieht, ist am Ende Verhandlungssache zwischen Verkäufer und Käufer.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.2 Umsatzsteuer

Formulierungsvorschlag:

„Der Verkäufer darf zu einem Verzicht auf die Steuerbefreiung der Anteilsübertragung nach § 4 Nr. 8 lit. f) UStG i.V.m. § 9 UStG nur mit vorheriger, schriftlicher Zustimmung des Käufers optieren, wobei auf die Erteilung dieser Zustimmung kein Anspruch besteht.“

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.2 Umsatzsteuer

- Wieder anders sieht die Situation beim **Asset Deal** aus. Hier ist zunächst vom Grundsatz auszugehen, dass die Veräußerung von einzelnen Wirtschaftsgütern durch einen umsatzsteuerlichen Unternehmer zu umsatzsteuerpflichtigen Lieferungen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG führt. Ausnahmsweise ist ein Asset Deal jedoch dann nicht umsatzsteuerbar, wenn eine **Geschäftsveräußerung im Ganzen** nach § 1 Abs. 1a UStG vorliegt. Die Frage ist, wie im Rahmen von steuerlichen Regelungen mit Grenzfällen umgegangen werden soll, in denen nicht ganz klar ist, ob tatsächlich das ganze Unternehmen bzw. ein gesondert geführter Betrieb veräußert wird. Regelt der Kaufvertrag nichts, gilt der vereinbarte Kaufpreis als „Bruttopreis“, d.h. in diesem Fall trägt der Verkäufer das Risiko, bei einer späteren Behandlung des Vorgangs durch die Finanzverwaltung als umsatzsteuerpflichtig aus dem von ihm erzielten Kaufpreis Umsatzsteuer an das Finanzamt abführen zu müssen. Aus Sicht des Käufers stellt sich

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.2 Umsatzsteuer

dagegen die umgekehrte Problematik, d.h. wird der Vorgang im Unternehmenskaufvertrag und seinem Vollzug von den Parteien irrtümlicherweise als umsatzsteuerpflichtig behandelt, könnte eine spätere Betriebsprüfung beim Erwerber dazu führen, dass dem Erwerber der Vorsteuerabzug insoweit aberkannt wird.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.2 Umsatzsteuer

Praxishinweis:

In der typischen Situation des Asset Deals, bei der die Parteien übereinstimmend von einer fehlenden Umsatzsteuerbarkeit ausgehen, wird das Risiko einer abweichenden Beurteilung durch die Finanzverwaltung typischerweise so geregelt, dass dem Veräußerer das Recht gegeben wird, nachträglich noch die Umsatzsteuer auf den Kaufpreis zu verlangen, gegen Vorlage einer Rechnung entsprechend den Anforderungen des § 14 UStG. Ergänzend kann es sich anbieten, dass der Verkäufer unbedingt aber bereits im Kaufvertrag für den Fall, dass die Finanzverwaltung wider Erwarten den Vorgang später als umsatzsteuerpflichtig ansieht, optiert (Abschnitt 9.1 Abs. 3 UStAE). Der Verkäufer ist ggf. berechtigt, nachträglich noch die Umsatzsteuer auf den Kaufpreis zu verlangen, allerdings gegen Vorlage einer Rechnung entsprechend den Anforderungen des § 14 UStG. Den Erwerber wird dies grundsätzlich nicht belasten, außer er ist nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt, weil er etwa ganz oder teilweise umsatzsteuerfreie Ausgangslieferungen tätigt oder mit dem erworbenen Unternehmen bzw. dem gesondert geführten Betrieb tätigen will.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.2 Umsatzsteuer

Formulierungsvorschlag:

„Die Parteien sind Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes. Der Veräußerer optiert hinsichtlich der im Rahmen der Betriebsveräußerung bewirkten Lieferungen vorsorglich, aber unbedingt nach § 9 Abs. 1 und Abs. 3 UStG zur Steuerpflicht. Da die Parteien jedoch davon ausgehen, dass es sich um eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen § 1 Abs. 1a UStG handelt, behandeln sie den Sachverhalt ungeachtet der erklärten Option als nicht steuerbaren Umsatz. Sollte die Finanzverwaltung dies abweichend beurteilen, erhöht sich der Kaufpreis um die darauf entfallende Umsatzsteuer, in der dann geltenden gesetzlichen Höhe. Der Verkäufer hat jedoch dem Käufer in diesem Fall eine Rechnung mit gesondertem Umsatzsteuerausweis entsprechend den dann geltenden Anforderungen für Rechnungen zu stellen. Der Käufer ist verpflichtet, diese Umsatzsteuer innerhalb einer Frist von 20 Bankarbeitstagen nach Vorlage der Rechnung zu bezahlen.“

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.2 Umsatzsteuer

- Wenn zwischen Veräußerer und Erwerber eine solche Regelung vereinbart wird, die den Veräußerer berechtigt, ggf. anfallende gesetzliche Umsatzsteuer nachträglich verlangen zu können, muss aus Sicht des Erwerbers darüber nachgedacht werden, auf eine **Abtretungsklausel hinsichtlich des Vorsteuererstattungsanspruchs** zu drängen. Eine solche Regelung sieht so aus, dass der Erwerber in dem Fall, dass der Veräußerer nachträglich eine Rechnung i.S.v. § 14 UStG mit Umsatzsteuerausweis vorlegt, die Umsatzsteuer nicht in Cash an den Veräußerer ausbezahlt, sondern seinen entsprechenden Vorsteuererstattungsanspruch an den Erwerber abtritt. Der Verkäufer andererseits, der nicht prüfen kann, inwieweit Vorsteuerabzugsberechtigung beim Erwerber auch tatsächlich vorliegt, wird eine solche Abtretung nur als Abtretung erfüllungshalber akzeptieren, d.h. mit dem zivilrechtlichen Vorbehalt, bei Nichtrealisierung des abgetretenen Erstattungsanspruchs gegenüber dem Finanzamt wieder auf den Erwerber zurückgreifen zu können. Eine solche Abtretung wird erst mit Anzeige an das Finanzamt **auf amtlichem Vordruck** (§ 46 Abs. 2 AO) wirksam. Die Abtretungsklausel muss eine Verpflichtung der Parteien zur Abgabe dieser Erklärung enthalten.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.2 Umsatzsteuer

Formulierungsvorschlag:

„Zur Bezahlung der ggf. auf den Kaufpreis entfallenden Umsatzsteuer tritt der Käufer seinen Anspruch auf Erstattung eines Vorsteuerüberhangs an den Verkäufer ab. Die Abtretung wird mit Eingang der Anzeige nach § 46 AO beim zuständigen Finanzamt wirksam. Die Abtretung erfolgt erfüllungshalber. Die Parteien verpflichten sich dazu, alle zur Durchführung dieser Abtretung notwendigen Maßnahmen unverzüglich und in der notwendigen Form vorzunehmen.“

- Die gesamte Konstruktion ist jedoch mit einer Reihe praktischer Hindernisse und Risiken verbunden. So kann beispielsweise nach der BFH-Rechtsprechung nicht ein bestimmter Umsatzsteuererstattungsanspruch aus einem bestimmten Vorgang abgetreten werden, sondern nur der Saldo aus allen geschuldeten Umsatzsteuern und abzugsfähigen Vorsteuern, die einer Voranmeldung oder einer Veranlagung zugrunde liegen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.3 Grunderwerbsteuer

- Wenn beim **Share Deal** Anteile an einer Gesellschaft veräußert werden, die Grundbesitz hält, fällt in der Grundkonstellation der Übertragung von 100 % der Gesellschaftsanteile Grunderwerbsteuer an, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine grundbesitzende Kapitalgesellschaft oder um eine grundbesitzende Personengesellschaft handelt. Hier wird im Unternehmenskaufvertrag meist nur klargestellt, dass die Grunderwerbsteuer als Verkehrssteuer wirtschaftlich **vom Erwerber zu tragen ist**.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.3 Grunderwerbsteuer

Praxishinweis:

Da bei der Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG Veräußerer und Erwerber als Gesamtschuldner nach § 13 Nr. 1 GrEStG gegenüber dem Finanzamt die Grunderwerbsteuer schulden, ist es sinnvoll und notwendig, im Unternehmenskaufvertrag entsprechende Regelungen zu treffen, wonach die Grunderwerbsteuer ausdrücklich vom Erwerber zu tragen ist und er den Veräußerer insoweit freizustellen hat. In „Normal“-Konstellationen reicht dies aus. In Ausnahmefällen, in denen der Veräußerer Bedenken hat, ob der Erwerber insoweit seine steuerlichen Pflichten erfüllen kann und wird, müssen aus Sicht des Veräußerers entsprechende Regelungen durchgesetzt werden (z.B. Absicherung von Freistellungsregelungen durch Bürgschaft der Gesellschafter der Erwerbengesellschaft oder andere Sicherungsmittel).

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.3 Grunderwerbsteuer

- Beim **Asset Deal** fällt Grunderwerbsteuer an, wenn zum übertragenen Unternehmen auch Grundstücke im Sinne von § 2 GrEStG gehören.

Praxishinweis:

Auch hier sind Verkäufer und Käufer nach § 13 Nr. 1 GrEStG Gesamtschuldner der Grunderwerbsteuer gegenüber dem Finanzamt. Der vorstehende Praxishinweis gilt hier entsprechend.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.3 Grunderwerbsteuer

- Besonders aufzupassen ist, wenn bei einer **grundbesitzenden Personengesellschaft** nicht sämtliche Anteile, sondern beispielsweise nur eine Beteiligung in Höhe von 20 % übertragen wird: Nach § 1 Abs. 2a GrEStG kann nämlich auch ein Anteilsübergang in geringer Höhe aufgrund der **Zusammenrechnung aller Anteilsübertragungen im Fünf-Jahres-Zeitraum** zur Grunderwerbsteuerpflicht führen. Die Grunderwerbsteuer wird in diesem Fall von der Personengesellschaft selbst geschuldet (§ 13 Nr. 6 GrEStG); hiervon ist aber jedenfalls auch der Erwerber wirtschaftlich betroffen, was zu willkürlichen Ergebnissen führt.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.3 Regelungen zu Verkehrssteuern

12.3.3 Grunderwerbsteuer

Praxishinweis:

In solchen Fällen müssen daher entsprechende Regelungen getroffen werden, insbesondere sollte der Erwerber sich hier vertraglich zusichern lassen, dass in den letzten fünf Jahren kein Gesellschafterwechsel in dem Umfang stattgefunden hat, der – mit dem nun anstehenden, weiteren Gesellschafterwechsel zusammengerechnet – schädlich wäre.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.4 Steuergarantien

- Steuerliche Garantien werden ebenso wie anderweitige Garantien meist als **selbständige Garantieverprechen** nach § 311 Abs. 1 BGB formuliert, unter Ausschluss der gesetzlichen Vorschriften zu Beschaffheitsgarantien im Sinne von § 444 BGB. Auch insoweit wird meist ein eigenständiges, vom allgemeinen Zivilrecht abgekoppeltes vertragsrechtliches Haftungsregime geschaffen.
- Für folgende Regelungsbereiche werden im Unternehmenskaufvertrag typischerweise Steuergarantien (anstelle von Steuerfreistellungen) gegeben:

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.4 Steuergarantien

- Garantie, dass die von der verkauften Gesellschaft geschuldeten oder einzubehaltenden Steuern, die die Zeit bis zum dinglichen Vollzugstichtag (Closing) betreffen, von der Gesellschaft pünktlich gezahlt worden sind;
- Garantie, dass Steuererklärungen und Steueranmeldungen, die die Zeit bis zum Vollzugstichtag betreffen, fristgerecht und zutreffend abgegeben worden sind;
- Garantie, dass steuerlich relevante Unterlagen und Aufzeichnungen entsprechend den steuerlichen Vorschriften ordnungsgemäß geführt worden sind und entsprechende Unterlagen sich im Besitz der Gesellschaft befinden.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.4 Steuergarantien

- Wie auch bei sonstigen Garantien sind bei Steuergarantien die **Rechtsfolgen** präzise zu regeln. Hier kann jedoch im Vertragstext meist auf die für die allgemeinen Garantien getroffenen Regelungen verwiesen werden, die typischerweise primär Naturalrestitution und sekundär Schadenersatz in Geld vorsehen. Allgemeine Garantien unterliegen häufig einer **Haftungshöchstgrenze** („Cap“). In Bezug auf die Steuergarantien stellt sich die Frage, ob auch hier eine Haftungshöchstgrenze vereinbart werden soll und wenn ja, in welcher Höhe.

Praxishinweis:

Dies ist letztlich Verhandlungssache. Nicht untypisch ist eine Beschränkung der Haftung des Veräußerers für Steuergarantien auf 100 % des Kaufpreises (Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, 2. Aufl. 2010, S. 802).

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.4 Steuergarantien

- Des Weiteren stellt sich die Frage, ob die in Bezug auf allgemeine Garantien häufig vereinbarten Regelungen über betragsmäßige *de minimis*-Schwellen, die eine Inanspruchnahme der Verkäuferseite für Bagatellfälle ausschließen sollen, sowie die Regelung, dass auch die Mindestschwelle überschreitende Garantiefälle nur bei Übersteigen eines weiteren Mindestbetrages geltend gemacht werden dürfen (auch „Threshold“ oder „Basket“ genannt) auch auf die steuerlichen Garantien Anwendung finden sollen. Vgl. Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, 2. Aufl. 2010, S. 802.

Praxishinweis:

Auch dies ist Verhandlungssache. Eine generelle Leitlinie dafür, was hier „richtig“ oder „falsch“ ist, gibt es nicht.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.4 Steuergarantien

- Auch bezüglich der Ansprüche des Erwerbers aus den Steuergarantien ist bei der Vertragsgestaltung über die Aufnahme von **Ausschlussgründen** nachzudenken und ggf. zu verhandeln. So hat die Verkäuferseite auch hier ein Interesse daran, eine Haftung für bekannte Umstände auszuschließen, oder die Übernahme von Steuergarantien für bestimmte Fälle nur nach „bestem Wissen“ abzugeben, oder ein etwaiges Mitverschulden des Käufers ausdrücklich als (teilweisen) Ausschlussgrund festzulegen.

Praxishinweis:

Auch insoweit ist es Verhandlungssache, was am Ende im Unternehmenskaufvertrag insoweit festgelegt wird. Tendenziell ist es aber eher unüblich, im Bereich von Steuergarantien eine etwaige Kenntnis des Erwerbers als anspruchsausschließend zu vereinbaren.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

- Den Hauptregelungsbereich von Steuerklauseln in Unternehmenskaufverträgen bilden die Regelungen zur **Steuerfreistellung**. Die Grundüberlegung ist hier, dass ggf. in späteren Betriebsprüfungen festgesetzte Mehrsteuern für die Vergangenheit noch den Veräußerer treffen sollen, weil er für diese Zeit auch die Gewinne des verkauften Unternehmens vereinnahmen konnte. Rückwirkend soll also ein Gleichlauf von Chancen und Risiken hergestellt werden. Meist wird die Regelung so formuliert, dass der Veräußerer den Erwerber, oder nach Wahl des Erwerbers die veräußerte Zielgesellschaft, von sämtlichen Steuern freizustellen hat, die sich für die Zeiträume ergeben, die vor oder am wirtschaftlichen Übergangstichtag (Effective Date) enden.
- Typischerweise wird dem Erwerber vom Veräußerer also eine Steuerfreistellung für die **Vorstichtagszeiträume** versprochen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

- Um zu vermeiden, dass etwaige spätere Zahlungen aufgrund der Steuerfreistellungsregelung bei Wahl der Zahlung an die Zielgesellschaft bei dieser als steuerpflichtige Betriebseinnahme behandelt werden, wird im Vertrag meist die Regelung aufgenommen, dass solche Zahlungen als rückwirkende **Anpassung des Kaufpreises** behandelt werden (Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, 2. Aufl. 2010, S. 804).
- Nach zutreffender Auffassung sind derartige Zahlungen, auch wenn sie an die Zielgesellschaft erfolgen, aber ohnehin keine steuerpflichtigen Betriebseinnahmen, denn sie haben ihren Rechtsgrund letztlich in einem Schaden, der dem Erwerber entstanden ist, weil er per Saldo „zu viel“ Kaufpreis gezahlt hat. Es handelt sich bei Zahlungen aufgrund der Steuerklausel daher letztlich um nachträgliche Einlagen des Veräußerers als ehemaligem Gesellschafter (Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 1. Aufl. 2012, Teil D Rn. 404).

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

- Inhaltlich ist die Freistellungsklausel darauf gerichtet, dass der Veräußerer entsprechende Mehrsteuern zu erstatten hat. Hierbei ist die Frage der **Fälligkeit** dieser Erstattungsverpflichtung genau zu regeln. Für den Erwerber nicht akzeptabel ist es, wenn die Klausel vorsieht, dass er die Erstattung vom Veräußerer erst nach formeller und materieller Bestandskraft entsprechender, Mehrsteuern festsetzender Steuerbescheide verlangen kann. Typischerweise wird daher vereinbart, dass der Veräußerer dem Erwerber die Steuern zu erstatten hat, sobald sie gegen den Erwerber festgesetzt werden, da allein durch die Einlegung eines Einspruchs oder durch das Erheben einer finanzgerichtlichen Klage die Vollziehung von Steuerbescheiden nicht ausgesetzt ist (§ 361 AO, § 69 FGO). Anders ist dies nur, wenn ein Antrag auf Aussetzung der Vollziehung eingereicht wird und diesem stattgegeben wurde. Dadurch werden jedoch Aussetzungszinsen in Höhe von 6 % p.a. fällig, sodass es jedenfalls beim derzeitigen Niedrigzinsniveau häufig wirtschaftlich keinen Sinn macht, in Anbetracht des Prozessrisikos, das sich ggf. typischerweise erst nach mehreren Jahren materialisiert, Aussetzung der Vollziehung zu beantragen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

Praxishinweis:

Häufig wird die Steuerklausel regeln, dass der Veräußerer den Erwerber dazu anweisen kann, außergerichtliche sowie gerichtliche Rechtsmittel in Bezug auf Vorstichtagssteuern einzulegen und derartige Verfahren nach Weisungen des Veräußerers zu führen. Die Klausel hat in diesem Falle aus Erwerbersicht jedoch auch vorzusehen, dass etwaige sich daraus ergebende Kosten, einschließlich anfallender Zinsen, vom Veräußerer zu tragen sind. In diesem Fall kann die Regelung dann auch vorsehen, dass dann, wenn tatsächlich Aussetzung der Vollziehung gewährt wird, die Steuererstattung aufgrund der Steuerfreistellungsklausel erst nach Ende der Aussetzung zu erfolgen hat.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

- Die Ansprüche des Erwerbers aus der Steuerfreistellung enthalten meist spezielle **Verjährungsregeln**. Die in der Praxis am häufigsten anzutreffende Regelung geht dahin, dass Ansprüche des Erwerbers auf Steuerfreistellung innerhalb von **sechs Monaten** ab dem Zeitpunkt verjähren, zu dem der jeweilig, die Mehrsteuern festsetzende Bescheid formell und materiell bestandskräftig wird.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

Praxishinweis:

Ob darüber hinaus eine absolute Verjährungsfrist, z.B. fünf Jahre nach einem im Vertrag festzulegenden Bezugspunkt (in Betracht kommen: wirtschaftlicher Übertragungstichtag, dinglicher Vollzugstichtag sowie Tag der Unterzeichnung des Unternehmenskaufvertrages), festzulegen ist, ist Verhandlungssache. Das Interesse des Veräußerers geht selbstverständlich dahin, durch eine solche absolute Verjährungsgrenze Klarheit zu schaffen, dass ab einem bestimmten Tag keine Steuerfreistellungsansprüche mehr gegen ihn erhoben werden können. Der Erwerber hat dagegen das gegenläufige Interesse, dass er festgesetzte Mehrsteuern - innerhalb der genannten Sechs-Monats-Frist - an den Veräußerer „weiterreichen“ möchte, unabhängig davon, wann das Finanzamt solche Mehrsteuern festsetzt; schließlich hat der Erwerber hierauf keinen Einfluss und der solchen Steuerfreistellungsregelungen immanente Grundgedanke - Mehrsteuern soll der zahlen, der die Gewinne für den entsprechenden Zeitraum vereinnahmt hat - greift ja auch unabhängig davon, wie viel Zeit seit dem entsprechenden Stichtag verstrichen ist.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

- Auch bzgl. der Steuerfreistellungsregelungen stellt sich die Frage, welche **Ausschlussgründe** bzw. **Haftungsbeschränkungen** im Unternehmenskaufvertrag festgelegt werden sollen. Folgende Regelungsbereiche werden hier typischerweise zwischen Verkäufer und Käufer kontrovers diskutiert:
- Sollen *de minimis*-Klauseln/Baskets auch für die Ansprüche des Erwerbers auf Steuerfreistellung gelten?
 - Soll auch für die Ansprüche des Erwerbers auf Steuerfreistellung ein Haftungshöchstbetrag (Cap) vereinbart werden?
 - Sollen die Regelungen zum Mitverschulden nach § 254 BGB analog für die Ansprüche des Erwerbers auf Steuerfreistellung vereinbart werden?
 - Sollen Ansprüche des Erwerbers auf Steuerfreistellung entfallen, weil vom Erwerber nach dem Anteilsübergang veranlasste Maßnahmen (z.B. rückwirkende Umstrukturierungen, Veräußerung von Anteilen oder Wirtschaftsgütern mit entsprechenden Steuerfolgen für die Vergangenheit) zu den Mehrsteuern geführt haben?

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

- Sodann wird in der Steuerfreistellungsklausel typischerweise geregelt, dass **Umkehreffekte**, d.h. Mindersteuern, die in der Zukunft aufgrund gegenläufiger Steuerfolgen entstehen, vom Freistellungsanspruch des Erwerbers in Abzug zu bringen sind, da insoweit lediglich ein Zinsschaden des Erwerbers vorliegt.

Beispiel:

Wird für einen Veranlagungszeitraum, für den die Steuerfreistellung greift („Vorstichtagszeitraum“) von der Betriebsprüfung eine Abschreibung auf ein Wirtschaftsgut nicht anerkannt, bedeutet dies eine Hinzuaktivierung auf dieses Wirtschaftsgut, was zukünftig, und damit im „Nachstichtagszeitraum“, zu erhöhten Abschreibungen aufgrund eines entsprechend höheren Buchwertes führt. Der Gedanke des Vorteilsausgleichs spricht dafür, hier einen Ausgleich in Form eines entsprechenden Abzugspostens vom Freistellungsanspruch des Erwerbers zuzulassen. Dies ist aber, wenn so gewollt und so zwischen den Parteien verhandelt, explizit vertraglich zu regeln.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

- Hierzu finden sich in den in der Praxis verwendeten Vertragsmustern mehr oder weniger komplizierte Regelungen. Im Bereich mittelständischer Transaktionen ist es sinnvoll, **vereinfachende und typisierende Regelungen** zu treffen. So sollte z.B. der Abzinsungssatz des anzurechnenden künftigen Mindersteuerbetrages festgelegt werden (sei es mit dem gesetzlichen Abzinsungsfaktor von 5,5 % nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 EStG, oder sei es mit einem zwischen den Parteien anhand des aktuellen Zinsniveaus zu vereinbarenden Prozentsatz). Sodann sollte festgelegt werden, dass die Mindersteuern mit einem pauschalierten Steuersatz (Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer zusammen z.B. 30 %) zu ermitteln sind.
- Schließlich sollte der Zeitraum, für den Umkehreffekte berücksichtigt werden, zeitlich auf vier oder maximal fünf Jahre begrenzt werden.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.5 Steuerfreistellungsregelungen

Beispiel:

„Eine Freistellungsverpflichtung des Verkäufers besteht nicht, soweit die freizustellende Steuer zu Steuervorteilen bei der Zielgesellschaft in Gestalt einer Verringerung der steuerlichen Bemessungsgrundlage im Veranlagungszeitraum, in den der Stichtag fällt, sowie in vier darauffolgenden Veranlagungszeiträumen führt ("steuerliche Umkehreffekte"). Dies gilt insbesondere dann, wenn es aufgrund der Änderung von Steuerbescheiden lediglich zu einer Verschiebung von steuerlich abzugsfähigem Aufwand in spätere Veranlagungszeiträume kommt („Phasenverschiebung“). Im Falle von steuerlichen Umkehreffekten wird der vom Verkäufer im Rahmen der Steuerfreistellung zu zahlende Betrag um den Barwert dieser künftigen steuerlichen Umkehreffekte reduziert. Der Barwert wird dabei pauschal unter Zugrundelegung eines Steuersatzes von 30 % und einer Abzinsung mit einem Zinssatz von 5 % p.a. ermittelt. Sämtliche zur Berechnung erforderlichen Unterlagen sind dem Verkäufer auf Verlangen vom Käufer bzw. der Zielgesellschaft zur Verfügung zu stellen.“

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.6 Regelung von Mitwirkungsrechten und Verfahrenspflichten

- In diesem Regelungskomplex der Steuerklausel wird geregelt, wie Veräußerer und Erwerber **in Bezug auf spätere Betriebsprüfungen oder noch fällige Steuererklärungen zusammenwirken** müssen, um sonst vorprogrammiertem „Konfliktpotential“ Rechnung zu tragen.

12.6.1 Mitwirkungsrechte des Veräußerers

- Der Veräußerer behält sich typischerweise durch vertragliche Regelungen vor, **an Betriebsprüfungen**, die Vorstichtagszeiträume betreffen, für die er nach der Steuerfreistellung ggf. haftet, **teilzunehmen**. Hier ist in der entsprechenden Mitwirkungsklausel genau zu regeln, *wie* die Teilnahme zu erfolgen hat, innerhalb welcher Fristen Informationen (insbesondere: Anordnung der Außenprüfung) mitgeteilt werden müssen, und wie Äußerungen gegenüber der Finanzverwaltung ggf. zwischen Veräußerer- und Erwerberseite abzustimmen sind.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.6 Regelung von Mitwirkungsrechten und Verfahrenspflichten

12.6.1 Mitwirkungsrechte des Veräußerers

- Des Weiteren wird hier typischerweise geregelt, dass der **Veräußerer den Erwerber anweisen kann**, auf Kosten des Veräußerers **Rechtsbehelfe und Rechtsmittel** gegen Steuerbescheide, die den Vorstichtagszeitraum betreffen, einzulegen.
- Aus Sicht des Erwerbers ist hier zu regeln, dass der Veräußerer entsprechende **Unterlagen und Informationen**, die für eine Betriebsprüfung relevant werden, und die sich nicht ohnehin schon in den Akten des verkauften Unternehmens befinden, beizubringen hat. Sodann hat der Erwerber vertraglich sicherzustellen, dass der Veräußerer ggf. für Rückfragen, die sich aus der Betriebsprüfung ergeben, zur Verfügung steht und ggf. benötigte Erläuterungen abgibt.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.6 Regelung von Mitwirkungsrechten und Verfahrenspflichten

12.6.1 Mitwirkungsrechte des Veräußerers

Formulierungsvorschlag:

„Der Käufer ist verpflichtet, den Verkäufer unverzüglich zu informieren, sobald dem Käufer Maßnahmen der Finanzbehörden in Bezug auf die Zielgesellschaft bekannt werden, die für die Rechte und Pflichten (einschließlich Steuern) des Verkäufers betreffend nach diesem Vertrag freizustellende Steuern von Bedeutung sein können. Dies betrifft insbesondere die Verpflichtung, den Verkäufer von dem Bestehen von Betriebsprüfungen, die den Zeitraum bis zum Stichtag betreffen, unverzüglich und schriftlich zu informieren, und spätestens innerhalb von zehn Bankarbeitstagen nach Zugang der schriftlichen Prüfungsanordnung dem Verkäufer eine Kopie der Prüfungsanordnung zu übersenden. Der Käufer hat dem Verkäufer sämtliche schriftlichen Prüferanfragen, Prüfungsfeststellungen und vorläufigen und endgültigen Betriebsprüfungsberichte jeweils innerhalb von zehn Bankarbeitstagen nach Eingang bei der Zielgesellschaft in Kopie zu übersenden. Der Verkäufer

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.6 Regelung von Mitwirkungsrechten und Verfahrenspflichten

12.6.1 Mitwirkungsrechte des Veräußerers

oder eine von ihm beauftragte, zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Person ist zudem berechtigt, an Zwischen- oder Schlussbesprechungen im Rahmen der Betriebsprüfung teilzunehmen; etwaige hieraus entstehende Kosten des Verkäufers oder seiner Berater trägt der Verkäufer. Der Käufer und, wofür der Käufer Sorge tragen wird, die Zielgesellschaft werden bei Besprechungen, Betriebsprüfungen, Rechtsbehelfsverfahren, und sonstigem Schriftverkehr mit den Steuerbehörden nur in Abstimmung mit der Verkäuferin tätig werden, den Verkäufer rechtzeitig vorher informieren und eine Teilnahme des Verkäufers oder einer von ihm beauftragten zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Person auf Kosten des Verkäufers ermöglichen.“

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.6 Regelung von Mitwirkungsrechten und Verfahrenspflichten

12.6.1 Mitwirkungsrechte des Veräußerers

- In den Vertragsverhandlungen meist sehr kontrovers und vielschichtig ist die Diskussion darüber, wie **Verstöße gegen Mitwirkungsverpflichtungen** sanktioniert werden sollen; den Veräußerer schlicht darauf hinzuweisen, dass er Mitwirkungsrechte ja ggf. im Wege einer Zivilklage gerichtlich durchsetzen kann, ist zu kurz gegriffen. Der Erwerber darf nicht den Anreiz haben, sich keinerlei Nachteilen ausgesetzt zu sehen, wenn er seine Mitwirkungsverpflichtungen nicht ernst nimmt, weil sonst aus Sicht des Veräußerers die Gefahr besteht, dass im Rahmen der immer bestehenden Spielräume in den Verhandlungen mit dem Betriebsprüfer zu Lasten des Veräußerers „Verschiebungen“ in Vorstichtagszeiträume drohen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.6 Regelung von Mitwirkungsrechten und Verfahrenspflichten

12.6.1 Mitwirkungsrechte des Veräußerers

Praxishinweis:

Hier gibt es keine allgemein gängigen Regelungen. Die Bandbreite dessen, was man hier in der Praxis in Unternehmenskaufverträgen antrifft, ist groß. Sie reicht von Klauseln, die für den Fall einer Verletzung von Mitwirkungsverpflichtungen ein vollständiges Entfallen von Steuerfreistellungsansprüchen (jedenfalls insoweit) vorsehen, über Klauseln, die dies differenzierter über einen bestimmten Abschlag von z.B. 20 % auf die Steuerfreistellungsansprüche „bestrafen“, bis hin zu Klauseln, die ein Entfallen der Steuerfreistellungsansprüche nur dann vorsehen, wenn und soweit die unzureichende Einbeziehung der Veräußererseite kausal für Mehrsteuern war (wobei das Beweislastthema und die Zuweisung der Beweislast hier entscheidend sind, da für beide Seiten die Beweisführung regelmäßig sehr schwer sein wird).

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.6 Regelung von Mitwirkungsrechten und Verfahrenspflichten

12.6.2 Regelungen zu Steuererklärungen und steuerlichen Wahlrechten

- Sodann ist typischerweise noch zu regeln, welche Partei die **Steuererklärungen**, die zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung oder des dinglichen Vollzugsstichtages **noch ausstehen** oder die den laufenden Veranlagungszeitraum, in den der dingliche Vollzugsstichtag fällt, betreffen, erstellt. Aus Sicht des Veräußerers ist jedenfalls zu regeln, dass solche Steuererklärungen, wenn sie nicht ohnehin von der Veräußererseite oder nach deren Weisung erstellt werden, mit der Veräußererseite abzustimmen sind.
- Ähnlich wird in Bezug auf Steuererklärungen für Vorstichtagszeiträume, die bereits abgegeben sind, geregelt, dass der Käufer diese nur mit vorheriger Zustimmung des Veräußerers ändern darf, und dies auch für **steuerliche Wahlrechte** gilt.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.6 Regelung von Mitwirkungsrechten und Verfahrenspflichten

12.6.2 Regelungen zu Steuererklärungen und steuerlichen Wahlrechten

Formulierungsvorschlag:

„Der Käufer wird die Zielgesellschaft dazu veranlassen, Steuererklärungen (einschließlich Steueranmeldungen), die sich auf vor oder am Stichtag endende Veranlagungszeiträume beziehen, oder die in sonstiger Weise nach diesem Vertrag freizustellende Steuern betreffen, rechtzeitig (d.h. innerhalb der gesetzlichen oder der ggf. verlängerten Fristen) zu erstellen und abzugeben. Der Käufer wird dafür Sorge tragen, dass dem Verkäufer Entwürfe dieser Steuererklärungen spätestens sechs Wochen vor dem jeweiligen Abgabedatum übergeben werden. Die Abgabe dieser Steuererklärungen sowie alle Änderungen bereits abgegebener Steuererklärungen, die sich auf vor oder am Stichtag endende Veranlagungszeiträume beziehen oder in sonstiger Weise freizustellende Steuern betreffen können, bedürfen der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Verkäufers. Die Zustimmung gilt als erteilt, wenn der Verkäufer dem Käufer nicht innerhalb von 20 Bankarbeitstagen seine Anmerkungen mitteilt.“

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.7 Besonderheiten beim Asset Deal

- Beim Asset Deal ist die **Haftungsvorschrift des § 75 AO** zu beachten. Danach übernimmt der Erwerber beim Asset Deal kraft Gesetzes die Haftung für Betriebssteuern und Steuerabzugsbeträge des erworbenen Unternehmens. Dazu zählen insbesondere die Gewerbesteuer, die Umsatzsteuer, sowie Lohnsteuerabführungsverpflichtungen. Die Haftung beschränkt sich zeitlich jedoch auf die Steuern, die **seit dem Beginn des letzten, vor dem Vollzugstichtag liegenden Kalenderjahres** in dem erworbenen Betrieb entstanden sind, **und die innerhalb eines Jahres seit der Anmeldung** des Betriebs durch den Erwerber festgesetzt oder angemeldet werden. Anmeldung meint hier die Anzeige nach § 138 Abs. 1 AO.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.7 Besonderheiten beim Asset Deal

Praxishinweis:

Die gesetzliche Haftung des § 75 AO kann nicht ausgeschlossen werden, und anders als bei der in Teilen parallelen Regelung des § 25 HGB gibt es hier auch nicht die Möglichkeit, durch Anmeldung zum Handelsregister der Haftung zu entgehen. Der Erwerber kann jedoch in gewissen Grenzen Einfluss auf die Geltung der Haftungsvorschrift nehmen: Zum einen kann er durch eine rasche Anmeldung des Betriebs den vorstehend beschriebenen Jahreszeitraum unverzüglich in Gang setzen. Zum anderen kann bei der Festlegung eines dinglichen Vollzugsstichtags z.B. auf den 01.01. eines Kalenderjahres die Haftung nach § 75 AO zeitlich gesehen minimiert werden.

- Falls der Unternehmensverkauf nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a UStG (als nicht steuerbarer Vorgang) erfüllt, ist **auch die Umsatzsteuer aus der Veräußerung des Unternehmens selbst** eine Betriebssteuer, für die der Erwerber haftet.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.7 Besonderheiten beim Asset Deal

- Falls der Unternehmensverkauf nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1a UStG (als nicht steuerbarer Vorgang) erfüllt, ist auch die Umsatzsteuer aus der Veräußerung des Unternehmens selbst eine Betriebssteuer, für die der Erwerber haftet.
- Maßgeblich für die Anwendbarkeit des § 75 AO ist, dass das wirtschaftliche Eigentum nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO an den übertragenen Unternehmen auf den Erwerber übergeht, d.h. für diese Vorschrift ist der dingliche Vollzugstichtag (Closing) maßgeblich.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.7 Besonderheiten beim Asset Deal

Beispiel:

V schließt mit K einen Unternehmenskaufvertrag über den Verkauf seines Einzelunternehmens. Der Kaufvertrag wird notariell beurkundet, da auch das Betriebsgebäude mit veräußert werden soll. Die notarielle Beurkundung findet am 21.06.2016 statt. Der Unternehmenskaufvertrag enthält noch bestimmte aufschiebende Bedingungen, die eintreten müssen, damit der dingliche Vollzug (dinglicher Übergang der Aktiva und Passiva laut Unternehmenskaufvertrag) wirksam wird. Es ist vereinbart, dass der Erwerber ein Rücktrittsrecht haben soll, wenn die Vollzugsbedingungen nicht bis spätestens zum 30.09.2016 eingetreten sind. Das Einzelunternehmen ist in wirtschaftlichen Schwierigkeiten; V muss Anfang September Insolvenzantrag stellen. Die aufschiebenden Bedingungen sind bis dahin nicht vollständig eingetreten. Lösung: Eine Haftung des Erwerbers nach § 75 AO kommt hier nicht in Betracht; das wirtschaftliche Eigentum war noch nicht übergegangen.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.7 Besonderheiten beim Asset Deal

- Der Erwerber wird sich typischerweise im Rahmen des Unternehmenskaufvertrages vom Veräußerer **von einer Haftung nach § 75 AO im Innenverhältnis freistellen** lassen. Bei zweifelhafter Bonität des Veräußerers hat sich der Erwerber hier jedoch entsprechende Sicherheiten (Bankbürgschaft, Bürgschaft der Gesellschafter des im Wege des Asset Deal verkaufenden Unternehmens) gewähren zu lassen, alternativ kann ein Risikoabschlag vom Kaufpreis erfolgen oder ein Kaufpreiseinbehalt (Treuhandkonto, Escrow) vereinbart werden.
- Erfolgt der Unternehmenskauf im Wege des Asset Deals **vom Insolvenzverwalter**, entsteht die Haftung des Betriebsübernehmers nach § 75 Abs. 1 AO nicht (§ 75 Abs. 2 AO).
- Die zivilrechtliche Haftungsvorschrift des **§ 25 HGB** gilt auch für Steuerverbindlichkeiten.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.8 Besonderheiten beim Erwerb von Personengesellschaften

- Werden Anteile an Personengesellschaften (z.B. Kommanditanteile an einer GmbH & Co. KG) veräußert, ist in Bezug auf die steuerlichen Regelungen den **Besonderheiten dieser Rechtsform und ihrer steuerlichen Behandlung** Rechnung zu tragen.
- Erhält der Erwerber in den allgemeinen Garantien vom Veräußerer eine **Eigenkapitalgarantie**, sollte diese im Fall des Erwerbs von Personengesellschaftsanteilen um eine Garantie des Bestands und der Höhe sämtlicher Kapitalkonten, einschließlich solcher in Ergänzungs- und Sonderbilanzen ergänzt werden, weil diese Rechenwerke allein für steuerliche Zwecke geführt werden, und daher möglicherweise nicht eindeutig von der allgemeinen Bilanzgarantie erfasst sind.

12. Steuerliche Regelungen im Unternehmenskaufvertrag

12.8 Besonderheiten beim Erwerb von Personengesellschaften

- Sodann entsteht bei der Veräußerung von Anteilen an gewerblich tätigen oder gewerblich geprägten Personengesellschaften **Regelungsbedarf in Bezug auf die Gewerbesteuer**, da diese nach § 5 Abs. 1 Satz 3 GewStG auf Ebene der Personengesellschaft anfällt, soweit nicht der Vorgang nach § 7 Satz 2 GewStG gewerbesteuerfrei ist. Da regelmäßig nicht der Erwerber - über die Steuerschuldnerschaft der Gesellschaft für die Gewerbesteuer - mit der Gewerbesteuer des Veräußerers belastet werden soll, muss hier in einer gesonderten Klausel die Übernahme einer ggf. durch die Veräußerung anfallenden Gewerbesteuer durch den Veräußerer geregelt werden.

Praxishinweis:

Dieses Ergebnis kann durch eine Freistellungsregelung erreicht werden, die im Unternehmenskaufvertrag zu vereinbaren ist. Danach verpflichtet sich der Veräußerer, den Käufer sowie die Gesellschaft sowie ggf., insoweit als echter Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB, weitere, nicht veräußernde Mitgesellschafter, von jeglicher Gewerbesteuerbelastung freizustellen, die sich aus dem Veräußerungsvorgang ggf. ergibt.

Zur Person

Dr. Jochen Ettinger ist Rechtsanwalt, Steuerberater und Fachanwalt für Steuerrecht in München. Er ist Partner bei der Dissmann Orth Rechtsanwalts-gesellschaft Steuerberatungsgesellschaft GmbH, München (www.dolaw.de). Herr Dr. Ettinger berät vorwiegend mittelständische Unternehmen und Unternehmer sowie vermögende Privatpersonen in den Bereichen Gesellschaftsrecht, deutsches und internationales (Struktur-)Steuerrecht, Umstrukturierungen, Unternehmenskauf, Vermögensplanung und Vermögensnachfolge. Herr Dr. Jochen Ettinger ist Autor verschiedener Fachbeiträge auf den Gebieten des Gesellschafts- und Steuerrechts und referiert regelmäßig zu diesen Themenbereichen.



Die steuerliche Begleitung von Unternehmenskäufen und -verkäufen: Tax Due Diligence und steuerliche Gestaltungsschwerpunkte

Bei Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung:

DISSMANN ORTH
Rechtsanwaltsgesellschaft
Steuerberatungsgesellschaft GmbH

RA/StB/FASr Dr. Jochen Ettinger

Kardinal-Faulhaber-Straße 14 a
80333 München
Telefon: 089/290848-33
E-Mail: ettinger@dolaw.de
www.dolaw.de