

Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand

Bearbeitet von

Dr. Jochen Ettinger, Dr. Henning Jaques, Prof. Dr. Stefan Behringer, Dominik Demisch, Dr. Stephanie Pautke, Christoph Weinert, Dr. Andreas Wolff

2. Auflage 2017. Buch. XVIII, 652 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 68638 2

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Unternehmensrecht > Unternehmenskauf, Bewertung, M&A](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Übertragung von Pensionsverpflichtungen gegenüber **aktiven Mitarbeitern** wird in der Praxis häufig ein kombiniertes Auslagerungsmodell gewählt, bei dem die bereits erdienten Anwartschaften gegen Zahlung einer Einmalprämie auf einen Pensionsfonds ausgelagert werden, während der Future Service wertgleich auf eine kongruent rückgedeckte Unterstützungskasse übertragen wird.⁷²¹

Handelt es sich bei dem Pensionsberechtigten um einen beherrschenden **Gesellschafter-Geschäftsführer**, ist zu beachten, dass dann, wenn die auf den Pensionsfonds übertragene Anwartschaft teilweise wertgemindert ist, die Übertragung der insoweit wertlosen Verpflichtung gesellschaftsrechtlich veranlasst ist und eine **verdeckte Gewinnausschüttung** darstellt.⁷²²

ff) Übertragung der Pensionszusage auf eine Unterstützungskasse. Anstelle der Übertragung auf einen Pensionsfonds kommt die Übertragung auf eine sog. Unterstützungskasse in Betracht.⁷²³ Diese Strukturierungsmaßnahme hat jedoch einen anderen Effekt als die Übertragung auf einen Pensionsfonds. Nach § 1b Abs. 4 Satz 1 BetrAVG erhält der Inhaber der Pensionszusage nämlich – anders als bei der Übertragung auf einen Pensionsfonds – **keinen eigenständigen Anspruch** gegen die Unterstützungskasse.

Für die **Gesellschaft** ergibt sich hieraus nach § 4d EStG die steuerliche Folge, dass der Betriebsausgabenabzug für die an die Unterstützungskasse zu leistende Ausgleichszahlung stark beschränkt wird.⁷²⁴ Ein steuerlicher Zufluss von Arbeitslohn nach § 19 EStG beim **Berechtigten** der Pensionszusage erfolgt jedoch nicht.⁷²⁵

Praxishinweis: Meist wird dieser Weg aufgrund der steuerlichen Nachteile für die Gesellschaft als Arbeitgeber wenig interessant sein.⁷²⁶ Sodann ist in einer Unternehmensverkaufssituation diese Gestaltung auch aus Sicht des Unternehmensverkäufers, wenn dieser der Pensionsberechtigte ist, nicht attraktiv: Er erhält ja gerade keinen eigenständigen Anspruch gegen die Unterstützungskasse, und bleibt daher dem Risiko der späteren wirtschaftlichen Entwicklung der Gesellschaft unter der Ägide des neuen Inhabers ausgesetzt.

gg) Weiterführung der Pensionsverpflichtungen durch den Erwerber. Erfolgt der Unternehmensverkauf im Rahmen des Share Deals, geht die Pensionszusage dann, wenn keine anderweitige Gestaltung getroffen wird, „automatisch“ mit der verkauften Gesellschaft auf den Erwerber über.

Aus **Sicht des Unternehmenskäufers** ist bei dieser Gestaltung zu beachten, dass er dadurch das Risiko der „Langlebigkeit“ des Pensionsberechtigten trägt, sodass in wirtschaftlicher Hinsicht zumindest durch Abschluss entsprechender Versicherungen dieses Risiko ausgeschlossen werden sollte.⁷²⁷ Andererseits hat der Unternehmenskäufer den Vorteil, dass die Übernahme der Pensionsverpflichtung durch einen entsprechenden Kaufpreisabschlag berücksichtigt wird, sodass sich der Finanzierungsbedarf beim Erwerber insoweit reduziert.

Aus **Sicht des Verkäufers** ist diese Gestaltung zwar steuerlich besser bzw. risikoärmer als sonstige Varianten; zivilrechtlich/wirtschaftlich gedacht, überwiegen aber wohl aus Sicht des Verkäufers die Nachteile: Zum einen stellt sich dann das Bonitätsthema der verkauften Gesellschaft für einen unüberschaubar langen Zeitraum, und zum anderen muss aus Sicht des Verkäufers befürchtet werden, dass im Falle späterer Streitigkeiten – etwa über Gewährleistungsansprüche aus dem Unternehmensverkauf – der Erwerber dazu verleitet werden könnte, durch Einbehalten von Pensionszahlungen Drohpotenzial aufzubauen.

⁷²¹ Feldgen, StuB 2015, 416, 421.

⁷²² Briese, DB 2006, 2424, 2427.

⁷²³ Wellisch/Quirig/Bleckmann, NWB 2006, 2027, 2029; Powietzka, DB 2008, 2593.

⁷²⁴ Weber-Grellet in: Schmidt, EStG, § 4d EStG Rn. 2.

⁷²⁵ Feldgen, StuB 2015, 416, 421; Grögler/Urban, DStR 2006, 1389, 1394.

⁷²⁶ Grögler/Urban, DStR 2006, 1389, 1394.

⁷²⁷ Grögler/Urban, DStR 2006, 1389, 1394.

245 **hh) Strukturierung des Unternehmensverkaufs als Asset Deal.** Eine weitere Möglichkeit, die Problematik der Pensionszusage zu umschiffen, stellt die Strukturierung der Transaktion als Asset Deal dar. Verkauft werden dann sämtliche sonstigen betrieblichen Aktiva und Passiva der Gesellschaft, unter Zurückbehaltung der Pensionszusage zu Gunsten des Gesellschafter-Geschäftsführers.⁷²⁸ Die Pensionszusage bleibt dann, neben dem Veräußerungserlös, in der im Rahmen des Asset Deal-Kaufvertrags als Veräußerer auftretenden Gesellschaft zurück. Die Pensionszahlungen können in diesem Fall aus dem Veräußerungserlös dargestellt werden, der Erwerber ist nicht mit der Abwicklung der Pensionszusage befasst. Ob allein aufgrund der „Pensionszusagenproblematik“ die Struktur eines Asset Deals gewählt werden soll, ist im Einzelfall genau zu prüfen.⁷²⁹

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

246 Wie oben in Rn. 150 bis 156 gezeigt, 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.⁷³⁰

247 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).⁷³¹ 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 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.

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 26.8.2010 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 konkret den Untergang von Verlustvorträgen nach § 8c KStG.⁷³² Ferner hat der BFH die Frage der Verfassungsmäßigkeit der

⁷²⁸ Förster, DSStR 2006, 2149, 2157.

⁷²⁹ Siehe dazu oben unter 80 ff.

⁷³⁰ Vgl. zum Folgenden Gröger in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.84 ff.

⁷³¹ Zur Durchführung siehe Lambrecht in: Kirchhof, EStG, § 10d EStG Rn. 15 f.; vgl. ferner Heini-cke in: Schmidt, EStG, § 10d EStG Rn. 32 ff.

⁷³² BFH vom 26.8.2010 – I B 49/10, BStBl. II 2011, 826; vgl. hierzu BMF vom 19.10.2011 – IV C 2-S 2741/10/10002, BStBl. I 2011, 974, wonach auf Antrag Aussetzung der Vollziehung gewährt wird in den Fällen, in denen es aufgrund des Zusammenwirkens der Anwendung der Mindestbesteuerung und eines tatsächlichen oder rechtlichen Grundes, der zum endgültigen Ausschluss der

Mindestbesteuerung bei Definitiveffekten mit Beschluss vom 26.2.2014 dem BVerfG vorgelegt.⁷³³

Die Vorschrift des § 8c KStG steht andererseits selbst im Verdacht der Verfassungswidrigkeit.⁷³⁴ Das FG Hamburg hat mit Beschluss vom 4.4.2011⁷³⁵ das Verfahren nach § 100 Abs. 1 Satz 1 GG ausgesetzt, um die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Bis zum Ergehen dieser Entscheidung sollten derartige Fälle offen gehalten werden.

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass seit der Einführung der **Stille-Reserven-Klausel** in § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG in geeigneten Fällen eine prä-akquisitorische Umstrukturierung zur Transformierung stiller Reserven in AfA-Volumen nicht mehr erforderlich ist; die Stille-Reserven-Klausel enthält auch keine betragsmäßige Begrenzung. 248

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 prä-akquisitorische Umstrukturierungen herbeizuführen. Daneben sind die Entwicklung der Mindestbesteuerung und deren Anwendungsbereichs in Fällen des Unternehmenskaufs und die Entwicklung des § 8c KStG genau zu beobachten.

p) 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.⁷³⁶ 249

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

q) 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.⁷³⁷ 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 250

Verlustnutzungsmöglichkeit führt, zu einem Definitiveffekt kommt, namentlich: schädliche Beteiligungserwerbe nach § 8c KStG, Umwandlungen beim übertragenden Rechtsträger, Liquidation einer Körperschaft sowie Beendigung der persönlichen Steuerpflicht durch Tod.

⁷³³ BFH vom 26.2.2014 – I R 59/12, DStR 2014, 1761.

⁷³⁴ Vgl. *Roser* in Gosch, KStG, Rn. 26; *Kessler/Hinz*, DB 2011, 1771; *Breuning/Ernst*, GmbHR 2011, 673; *Schwedhelm*, GmbHR 2007, 404, 405.

⁷³⁵ FG Hamburg, Beschluss vom 4.4.2011 – 2 K 33/10, DStR 2011, 1172.

⁷³⁶ Hierzu näher *Seeger* in: Schmidt, EStG, § 15b EStG Rn. 3 ff.

⁷³⁷ Zur Kaufpreisaufteilung siehe näher oben Rn. 102.

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, 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 aufgrund eines Unternehmenskaufvertrags nur einmal beansprucht werden, d. h. für einen Mitunternehmeranteil.⁷³⁸ Auch hier hat der Veräußerer ein Interesse daran, wenigstens einen möglichst hohen Anteil des Gewinns auf eine der Kommanditgesellschaftsanteile entfallen zu lassen.

- 251 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 sie auch für steuerliche Zwecke maßgeblich. Dies gilt jedenfalls, u. E. aber nicht nur dann, wenn – wie im Regelfall⁷³⁹ – ein Interessengegensatz zwischen Verkäufer und Käufer bzgl. der Kaufpreisaufteilung besteht.⁷⁴⁰ Dies gilt jedoch nicht, wenn ein Scheingeschäft oder ein Gestaltungsmissbrauch vorliegt oder wenn die vertragliche Kaufpreisaufteilung die realen Wertverhältnisse in grundsätzlicher Weise verfehlt und wirtschaftlich nicht haltbar erscheint.⁷⁴¹

- 252 In bestimmten Situationen kann es für den Erwerber steuerlich lohnenswert sein, einen Teil des Kaufpreises – getrennt ausgewiesen – für ein **eigenständiges Wettbewerbsverbot** zu vereinbaren.⁷⁴² Dieser Teil des Kaufpreises kann dann über die Laufzeit des Wettbewerbsverbots (also typischerweise z. B. zwei oder drei Jahre) abgeschrieben werden. Voraussetzung dafür, dass dies steuerlich anerkannt wird, ist aber, dass das Wettbewerbsverbot nicht als Teil des Geschäftswerts anzusehen ist, sondern dass das Wettbewerbsverbot ein selbständiges Wirtschaftsgut ist, weil es im konkreten Einzelfall nachweislich eine besondere wirtschaftliche Bedeutung hat, die es als eigenständigen Vermögensgegenstand erscheinen lässt.⁷⁴³ Zu beachten ist, dass dies nur ausnahmsweise möglich sein wird. Regelmäßig ist den in Unternehmenskaufverträgen enthaltenen üblichen Wettbewerbsverboten zu

⁷³⁸ Siehe oben Rn. 89.

⁷³⁹ Enthält das veräußerte Betriebsvermögen mitübertragene Anteile an (Tochter-)Kapitalgesellschaften, die dem Teileinkünfteverfahren unterliegen, hat der Veräußerer grds. das Interesse, auf diese einen möglichst hohen Kaufpreisanteil anzusetzen, während der Erwerber, der derart mitgekaufte Beteiligungen nicht wie andere Wirtschaftsgüter regulär abschreiben kann, das Interesse hat, dass der hierauf entfallende Teil seiner Anschaffungskosten möglichst niedrig ausfällt.

⁷⁴⁰ FG Rheinland-Pfalz vom 23.2.2011 – 2 K 1903/09, DStRE 2012, 854 (rkr.).

⁷⁴¹ BFH vom 16.9.2015 – IX R 12/14, DStR 2016, 33; FG Rheinland-Pfalz vom 23.2.2011 – 2 K 1903/09, DStRE 2012, 854 (rkr.); BFH vom 1.4. 2009, IX R 35/08, BFHE 224, 533; BFH vom 4.12.2008 – IX B 149/08, BFH/NV 2009, 365.

⁷⁴² Vgl. Gröger in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.108; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, Rn. 317.

⁷⁴³ Vgl. hierzu Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf, § 27 Rn. 41; Holzapfel/Pöllath, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, Rn. 316.

Lasten der Veräußerer nämlich keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung beizumessen, d. h. auch ein hierfür entrichtetes Entgelt ist steuerlich als Teil des Gesamtkaufpreises anzusehen⁷⁴⁴ (und geht nach der Stufentheorie damit regelmäßig im Firmenwert auf).

r) Optimierte Ergebnisverrechnung nach Closing aus Erwerbersicht

aa) 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.⁷⁴⁵

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).⁷⁴⁶

bb) 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.⁷⁴⁷ 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 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.⁷⁴⁸

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.⁷⁴⁹ 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).⁷⁵⁰ Dies bedeutet,

⁷⁴⁴ Vgl. BFH vom 29. 8. 2012 – XI R 1/11, DStR 2013, 304; Gröger in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.108.

⁷⁴⁵ Hierzu ausführlich Kneip/Bagel in: Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, S. 641 ff.

⁷⁴⁶ Siehe auch Kneip/Bagel in: Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, S. 641.

⁷⁴⁷ Kneip/Bagel in: Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, S. 646 f. (finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft) u. S. 649 ff. (Ergebnisabführungsvertrag).

⁷⁴⁸ Siehe Kneip/Bagel in: Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, S. 645; Olbing in: Streck, KStG, § 14 KStG Rn. 22.

⁷⁴⁹ Siehe zu den Rechtsfolgen näher Olbing in: Streck, KStG, § 14 KStG Rn. 130 ff.

⁷⁵⁰ Näher hierzu Neumann in: Gosch, KStG, § 15 KStG, Rn. 33.

dass sich durch die Herstellung einer Organschaft grundsätzlich auch die steuerliche Abzugsfähigkeit der Finanzierungsaufwendungen der den Unternehmenskauf tätigenen Akquisitionsgesellschaft verbessert.⁷⁵¹

Vororganschaftliche Verlustvorträge sind aber für die Dauer der Organschaft nicht für den Organträger nutzbar; gleiches gilt für vororganschaftliche Zinsvorträge und EBIT-DA-Vorträge.⁷⁵²

- 255 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 Erwerbengesellschaft, die später Organträger werden soll, an der Zielgesellschaft, die Organgesellschaft werden soll, vom Beginn des Wirtschaftsjahres der Zielgesellschaft an ununterbrochen mehrheitlich beteiligt ist.⁷⁵³ Wird im Rahmen eines „**Mitternachtsgeschäfts**“ auf den Bilanzstichtag der Zielgesellschaft erworben, ist dies ohne weitere Gestaltung erfüllt.⁷⁵⁴

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 2016 beurkundet; es wird festgelegt, dass das rechtliche und wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen zum 31.12.2016, 24:00 Uhr/1.1.2017, 00:00 Uhr übergehen soll. Mit dieser Formulierung ist sichergestellt, dass der Erwerber ab dem Veranlagungszeitraum 2017 eine Organschaft mit der V-GmbH als Organgesellschaft darstellen kann.

In den 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 regelmäßig gewährt wird.⁷⁵⁵

Beispiel: Im vorstehenden Beispiel wird die Veräußerung Anfang Mai 2016 beurkundet, und es wird festgelegt, dass der dingliche und wirtschaftliche Übergang der Anteile zum Ablauf des 30.6.2016 erfolgen soll. Im Kaufvertrag wird geregelt, dass V verpflichtet ist, das Wirtschaftsjahr der V-GmbH unverzüglich auf ein am 30.6.2016 endendes Rumpfwirtschaftsjahr umzustellen. Erforderlich ist, dass diese Satzungsänderung vor dem 30.6.2016 im Handelsregister eingetragen ist. Die erwerbende E-Gruppe kann daher, mit der erwerbenden E-GmbH als Organträgerin, mit Wirkung ab dem 1.7.2016 die Voraussetzungen der finanziellen Eingliederung erfüllen und mit sofortiger Wirkung einen Ergebnisabführungsvertrag abschließen.

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.⁷⁵⁶

Beispiel: Im vorstehenden Beispiel würde die E-GmbH als neue Gesellschafterin dann z. B. im September 2016 mit notariellem Gesellschafterbeschluss eine Rückumstellung des Wirtschaftsjahres der V-GmbH auf das Kalenderjahr beschließen und dafür sorgen, dass die Satzungsänderung bis spätestens zum 31.12.2016 im Handelsregister eingetragen ist.

- 256 **cc) Gesellschaftsrechtliche Zusammenführung von Zielgesellschaft und Erwerbengesellschaft. (1) Verschmelzung von Zielgesellschaft und Erwerbengesellschaft.** Wesentlichstes Instrument der gesellschaftsrechtlichen Zusammenführung von

⁷⁵¹ Gröger in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.187.

⁷⁵² Vgl. Geimer, EStB 2008, 407, 411; Herzig/Liekenbrock, DB 2007, 2387, 2391.

⁷⁵³ Kneip/Bagel in: Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, S. 646 f.

⁷⁵⁴ Gröger in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.190; R. 14.4 Abs. 2 Satz 2 KStR.

⁷⁵⁵ Vgl. R. 14.4 Abs. 3 Satz 2 KStR.

⁷⁵⁶ Vgl. Gröger in: Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.191; R. 14.4 Abs. 3 Satz 2 und 3 KStR.

Zielgesellschaft und Erwerbengesellschaft ist die **Verschmelzung**.⁷⁵⁷ Gesellschaftsrechtlich wird dies typischerweise durch einen sog. **Up-Stream-Merger** strukturiert,⁷⁵⁸ also als Verschmelzung der von der Erwerbengesellschaft 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).⁷⁵⁹ Ein bei der Erwerbengesellschaft 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).⁷⁶⁰ Meist wird in solchen Konstellationen aber ein **Übernahmeverlust** entstehen, weil typischerweise mit dem Kaufpreis stille Reserven oder künftig erwartete Gewinn- und Ertragspotenziale der Zielgesellschaft gekauft werden, so dass der Kaufpreis typischerweise höher als das buchmäßige Eigenkapital der Zielgesellschaft ist.⁷⁶¹ Ein solcher Verschmelzungsverlust bleibt nach § 12 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.

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).⁷⁶² 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. 257

Praxishinweis: In solchen Fällen sollte ein Down-Stream-Merger in Betracht gezogen werden, weil die Erwerbengesellschaft nicht über Grundbesitz verfügt, und so vermieden wird, den Grundbesitz steuerlich „zu bewegen“.⁷⁶³

Zu beachten ist, dass beim Up-Stream-Merger **für handelsrechtliche Zwecke** der **Verkehrswertansatz** gewählt und in einer abweichenden Steuerbilanz die Verschmelzung zu Buchwerten durchgeführt werden kann.⁷⁶⁴ Gerade dann, wenn die Akquisition zu einem substanziellen 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 Erwerbengesellschaft gezeigt werden, da sich das handelsbilanzielle Eigenkapital entsprechend erhöht.⁷⁶⁵ 258

⁷⁵⁷ Siehe hierzu näher *Sinewe/Witzel* in: Brück/Sinewe, *Steuroptimierter Unternehmenskauf*, § 6 Rn. 27 f.

⁷⁵⁸ Vgl. zum Up-Stream-Merger *Gröger* in: Hölters, *Handbuch Unternehmenskauf*, Rn. 4.176 ff.

⁷⁵⁹ Zu Details siehe *Ettinger/Schmitz*, *Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen*, Rn. 131 ff.; ferner *Gröger* in: Kneip/Jänisch, *Tax Due Diligence*, S. 549.

⁷⁶⁰ Vgl. *Ettinger/Schmitz*, *Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen*, Rn. 136.

⁷⁶¹ *Gröger* in: Hölters, *Handbuch Unternehmenskauf*, Rn. 4.178.

⁷⁶² *Ettinger/Schmitz*, *Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen*, Rn. 137; *Schmitt* in: *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, *UmwG/UmwStG*, § 12 UmwStG Rn. 93; vgl. auch *Gröger* in: *Kneip/Jänisch*, *Tax Due Diligence*, S. 549 f.

⁷⁶³ *Eilers* in: *Eilers/Koffka/Mackensen*, *Private Equity*, S. 360.

⁷⁶⁴ Vgl. *Ettinger/Schmitz*, *Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen*, Rn. 134. Zu beachten ist, dass bei nur handelsrechtlicher Aufdeckung stiller Reserven latente Steuern entstehen können (§§ 274, 306 HGB).

⁷⁶⁵ Vgl. *Gröger* in: Hölters, *Handbuch Unternehmenskauf*, Rn. 4.179.

Beachte: Zu beachten ist jedoch, dass dieser positive „Einmaleffekt“ auf das Eigenkapital der Bilanz der Erwerbengesellschaft 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.

259 (2) **Anwachsung der Zielgesellschaft auf die Erwerbengesellschaft.** Handelt es sich bei der Zielgesellschaft um eine **Personenhandelsgesellschaft**, kommt auch eine **Anwachsung** nach § 738 BGB in Betracht.⁷⁶⁶

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 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.

Es handelt sich im vorstehenden Beispielsfall um eine Anwachsung in Form der sog. klassischen (= einfachen) Anwachsung.⁷⁶⁷ Diese Variante der Anwachsung führt dazu, dass im vorstehenden Beispiel die X-Holding-GmbH nach der Anwachsung – zwingend – die Buchwerte der Zielgesellschaft fortführt.⁷⁶⁸

Praxishinweis: Da die steuerliche Behandlung von Anwachsungen Gegenstand vielfältiger Abhandlungen in der steuerlichen Fachliteratur war und ist,⁷⁶⁹ und es zur Anwachsung nach Inkrafttreten des SStEG noch keine absichernde Finanzrechtsprechung gibt, kann in solchen Fällen erwogen werden, eventuell vorsorglich eine verbindliche Auskunft einzuholen. Die Erwähnung der erweiterten Anwachsung im neuen Umwandlungssteuererlass sollte der Erforderlichkeit einer solchen Auskunft nicht entgegenstehen.⁷⁷⁰

260 Hält die Zielgesellschaft im Fall der Anwachsung Grundbesitz, fällt dennoch **keine Grunderwerbsteuer** an (§ 6 Abs. 2 GrEStG).

s) Veräußererumwandlungsmodell

261 Das Veräußererumwandlungsmodell ist eine in eng umgrenzten Einzelfällen nach wie vor mögliche Gestaltung zur **Transformation von Anschaffungskosten in Abschreibungsvolumen** bei Zielgesellschaften in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, jedoch verbunden mit Vor- und Nachteilen, die im Einzelfall genau gegeneinander abgewogen werden müssen.⁷⁷¹

⁷⁶⁶ Eilers in: Eilers/Koffka/Mackensen, Private Equity, S. 361; Gröger in: Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.185.

⁷⁶⁷ Vgl. Ettinger/Schmitz, Umstrukturierungen im Bereich mittelständischer Unternehmen, Rn. 551.

⁷⁶⁸ Aufgrund des Umstandes, dass die Komplementärin mit 0 % am Vermögen und Ertrag der Kommanditgesellschaft beteiligt war, waren die Wirtschaftsgüter der Kommanditgesellschaft durch die Bruchteilsbetrachtung vor der Anwachsung steuerlich bereits der AkquiCo GmbH zuzurechnen, vgl. Eilers in: Eilers/Koffka/Mackensen, Private Equity, S. 291; Gröger in: Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, Rn. 4.185. Rechtsgrundlage ist das ertragsteuerliche Transparenzprinzip der Personengesellschaft bzw. der Rechtsgedanke des § 6 Abs. 3 EStG.

⁷⁶⁹ Vgl. z. B. Grube/Hummitzsch in: Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, S. 291 ff.; Ettinger/Schmitz, GmbHR 2008, 1089 ff.

⁷⁷⁰ Vgl. die nicht 100 % klare Erwähnung der Anwachsung im BMF vom 11.11.2011 – IV C 2 – S 1978-b/08/10001 (neuer Umwandlungssteuererlass), BStBl. I 2011, 1314, dort Tz. 01.44 und Tz. 20.10.

⁷⁷¹ Vgl. Rödder/Hötzel/Müller-Thuns, Unternehmenskauf/Unternehmensverkauf, § 28 Rn. 17.