



## A. Der Unternehmenskauf als komplexe Transaktion

Der Unternehmenskauf ist sowohl aus der Sicht des Verkäufers als auch aus der Sicht des Käufers durch ein hohes Maß an Komplexität gekennzeichnet, bei dem verschiedene betriebswirtschaftliche und rechtliche Aspekte stark ineinander greifen. Im Hinblick darauf erfordert der Unternehmenskauf eine interdisziplinäre Zusammenarbeit von Rechtsanwälten, Steuerberatern, Wirtschaftsprüfern und ggf. auch Sachverständigen anderer Fachbereiche. So werden zumeist für die dem Unternehmenskauf vorangehende due diligence<sup>1</sup> durch den Käufer Teams zusammengestellt, die das zu erwerbende Unternehmen in einem mehrstufigen Verfahren<sup>2</sup> unter den verschiedenen rechtlichen, organisatorischen, finanziellen oder sonstigen wichtigen Gesichtspunkten prüfen<sup>3</sup>. Dementsprechend werden gewöhnlich insbesondere die folgenden Formen<sup>4</sup> der due diligence unterschieden:

- *Financial due diligence*, die im Wesentlichen die Prüfung der Finanzdaten und eine Analyse insbesondere hinsichtlich Ertragskraft, working capital und cash-flow umfasst. Darüber hinaus sind Gegenstand der Prüfung die verschiedenen treasury-Funktionen, Investitionsprognosen sowie Risikoaspekte schwiegender Geschäfte<sup>5</sup>.
- *Rechtliche Due Diligence*, bei der es um die Prüfung der rechtlichen Verhältnisse geht. Im Vordergrund stehen hierbei zivil-, arbeits- und öffentlich-rechtliche Gesichtspunkte, die nicht selten im Vorfeld eine innere Verknüpfung mit dem dem eigentlichen Unternehmenskaufvertrag vorangehenden letter of intent aufweisen. In der Praxis ist von besonderer Bedeutung die Prüfung von Schutzrechten<sup>6</sup>, Patenten, die Einhaltung der für die Fortführung des Betriebs wesentlichen öffentlich-rechtlichen Vorschriften einschließlich etwaiger Genehmigungsvorbehalte<sup>7</sup>.
- *Umwelt Due Diligence*, bei der es im Wesentlichen um die Prüfung von Altlastenrisiken geht<sup>8</sup>.

1 Zu Einzelheiten unten.

2 Sog. due diligence procedure; hierzu Pack, in: Picot (Hrsg.), Handbuch Mergers & Acquisitions, Stuttgart 2002, 267 ff.

3 Zur rechtlichen Bedeutung der due diligence insbesondere Semler in: Hölters<sup>5</sup> (Hrsg.), Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, Köln 2002, VIc Rz. 29 ff.; Fleischer/Körber, Picot u. Fritzsche, in: Behrens/Brauner/Strauch (Hrsg.)<sup>3</sup>, Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, Stuttgart 2002, 219 ff.; 241 ff., 363 ff.

4 Zu weitergehenden Differenzierungen Pack in: Picot (Hrsg.), Handbuch Mergers & Acquisitions, Stuttgart 2002, 275 ff.; Holzapfel/Pöllath<sup>11</sup>, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, Köln 2003, 14 ff.

5 Brauner/Lescher, in: Behrens/Brauner/Strauch (Fn 3), 325 ff.; Kolb/Görtz, M&A Review 1997, 311 ff.

6 Hierzu Donle, DStR 1997, 74 ff.; Völker, BB 1999, 2413 ff.

7 Zu Einzelheiten Fritzsche, in: Behrens/Brauner/Strauch (Fn 3), 365 ff.

8 Zur Environmental Due Diligence Betko/Reiml/Schubert in: Behrens/Brauner/Strauch (Fn 3), 427 ff.; Pföhler/Herrmann, Wpg. 1997 528 ff.; Engelhardt, WIB 1996, 299 f.; Horst/Hardtke, M&A Review 1999, 65 ff.; König/Fink, M&A Review 2000, 220 ff.

- *Commercial Due Diligence*, die sich erstreckt auf die Marktmacht, insbesondere die Potenz der Absatzmärkte sowie auf die Feststellung der operativen und strategischen Kompetenzen des Managements sowie der Qualifikation der Mitarbeiter<sup>9</sup>.
- *Tax Due Diligence*, bei der die Feststellung von Steuerrisiken des zu übernehmenden Unternehmens im Vordergrund steht<sup>10</sup>.

Über die durchgeführte due diligence werden in der Praxis nicht selten umfangreiche Berichte erstellt, die die Grundlage für die endgültige Kaufentscheidung sowie für die Preisbildung und die Reichweite etwaiger Gewährleistungsklauseln im Unternehmenskaufvertrag bilden<sup>11</sup>. Da die in der Praxis zumeist in standardisierter Form durchgeführte due diligence in erster Linie auf die Feststellung von Risiken gerichtet ist<sup>12</sup>, vermag sie durchweg keine Erkenntnisse über die Zweckmäßigkeit von Gestaltungsmaßnahmen im Anschluss an den Unternehmenskauf zu vermitteln. Das gilt insbesondere für die tax due diligence, die als Risikoprüfung nur selten geeignet ist, eine Orientierung über die steuerlichen Gestaltungspotentiale zu liefern. Im Hinblick darauf sollte die tax due diligence nicht nur eine Risikoanalyse, sondern vor allem auch eine für die Kaufentscheidung wichtige *Chancenanalyse* sein, die zugleich die Grundlage für eine dem Kauf nachgeschaltete steuerorientierte Umstrukturierung sein kann<sup>13</sup>.

Steuerliche Gestaltungsüberlegungen sind nicht selten auch vor dem Unternehmenskauf seitens des Verkäufers geboten<sup>14</sup>. In Ausrichtung an die erreichbaren steuerlichen Ziele bedarf es ggf. vor dem Verkauf einer Umstrukturierung des Unternehmens. Aber auch in den Fällen, in denen aus Verkäufersicht steueroorientierte Gestaltungen nicht in Betracht kommen, ist die Kenntnis der seitens des Käufers nutzbaren steuerlichen Gestaltungspotentiale im Hinblick auf die Kaufpreisbildung von Bedeutung.

## B. Veränderte steuerliche Rahmenbedingungen

Die für den Unternehmenskauf maßgeblichen steuerlichen Rahmenbedingungen haben sich im Zuge der insbesondere durch das StSenkG und das UntStFG

---

9 Hier wird auch weiter zwischen Market Due Diligence und Human Resources Due Diligence unterschieden; zu Einzelheiten Sebastian/Niederdrenk/Ferch und Aldering/von Hutten, in: Behrens/Brauner/Strauch (Fn 4), 389 ff.; 409 ff.; Pack, in: Picot (Fn 2), 281 ff.

10 Zu weiteren Einzelheiten Löffler, Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf, Düsseldorf 2002; ausführlich unten Eilers, Tax due diligence.

11 Zur Gewährleistung und Garantien, vgl. Mueller-Thuns, in: Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, Unternehmenskauf, Unternehmensverkauf, München 2003, § 10.

12 Vgl. hierzu die entsprechenden Checklisten bei Holzapfel/Pöllath (Fn 4), Rz. 503 ff.; Beisel/Klumpp<sup>4</sup>, Der Unternehmenskauf, München 2003, Kap. 19 Rz. 22 ff.

13 Hierzu ausführlich Rödder/Hötzel, in: Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, (Fn 11), § 28.

14 Ausführlich Rödder/Hötzel, in: Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, (Fn 11), § 26.

umgesetzten Unternehmenssteuerreform und zuletzt durch das StVergAbG und das sog. Korb II-Gesetz<sup>15</sup> stark verändert. Hierdurch sind die steuerlichen Gestaltungspotentiale einerseits reduziert andererseits aber auch erweitert worden. Folgende Eckpunkte stehen im Vordergrund:

- Halber Steuersatz für die Veräußerung von in- und ausländischen Einzelunternehmen und Mitunternehmeranteilen – nicht aber von Anteilen an Mitunternehmeranteilen – durch natürliche Personen.
- Halbeinkünfteverfahren für die Veräußerung von in- und ausländischen Kapitalanteilen durch natürliche Personen.
- Partielle Steuerfreistellung für die Gewinne aus der Veräußerung von in- und ausländischen Kapitalanteilen durch in- und ausländische Kapitalgesellschaften.
- Wegfall des umwandlungsbedingten Step up durch Nichtberücksichtigung des Übernahmeverlustes.
- Verbot ausschüttungsbedingter Teilwertabschreibungen bei Kapitalgesellschaften.
- Eingeschränkte steuerliche Berücksichtigung der Kaufpreisfinanzierung
- Partielle Gewerbesteuerpflicht

## C. Steuerliche Gestaltungskriterien aus der Sicht des Verkäufers<sup>16</sup>

### I. Inländischer Verkäufer

#### 1. Verkauf inländischer Unternehmen

Werden inländische *Einzelunternehmen* oder Anteile an inländischen *Personengesellschaften* veräußert, so sind die steuerorientierten Gestaltungen für *natürliche Personen* im Wesentlichen darauf gerichtet, die für Veräußerungsgewinne maßgebliche Tarifermäßigung gem. § 34 Abs. 3 EStG nutzbar zu machen und eine Gewerbesteuer zu vermeiden<sup>17</sup>. Für die Tarifermäßigung sind folgende Eckpunkte von Bedeutung:

---

15 Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum StVergAbG v. 22.12.2003 (BGBl. I 2003, 2840).

16 Angesprochen werden hier nur die wesentlichen ertragsteuerlichen Gestaltungskriterien; zur Umsatz- und Grunderwerbsteuer ausführlich unten Reiß und Schönweiss.

17 Eine Gewerbesteuer auf den Veräußerungsgewinn fällt grundsätzlich nicht an; vgl. Abschn. 39 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1–12 GewStR.

- Antrag;
- ermäßiger Steuersatz von 56 v.H. des durchschnittlichen Steuersatzes einmal im Leben;
- Vollendung des 55. Lebensjahres oder Berufsunfähigkeit;
- Höchstgrenze € 5 Mio.;
- Mindeststeuersatz 16 % (ab 2005: 15 %).

Die Fünftel-Regelung des § 34 Abs. 1 EStG, die nicht kumulativ in Anspruch genommen werden kann, wird beim Unternehmenskauf in aller Regel keine Bedeutung erlangen.

Schließlich gilt ein Freibetrag von € 45.000,00, der sich freilich um den Betrag vermindert, um den der Veräußerungsgewinn € 136.000,00 übersteigt (§ 16 Abs. 4 EStG).

Soweit auf der Seite des Veräußerers und des Erwerbers dieselben Personen Mitunternehmer sind, gilt der Gewinn nach § 16 Abs. 2 Satz 3 EStG als laufender Gewinn, so dass die Tarifermäßigung des § 34 Abs. 3 EStG nicht eingreift und Gewerbesteuer anfällt, die freilich gem. § 35 EStG anrechenbar ist.

Die Veräußerung löst schließlich Gewerbesteuer auch dann aus, wenn der veräußerte Betrieb oder Teilbetrieb aus einer Umwandlung innerhalb der letzten fünf Jahre stammt (§ 18 Abs. 4 UmwStG). In diesem Fall kann die Gewerbesteuer nicht angerechnet werden (§ 18 Abs. 4 Satz 3 UmwStG).

In den übrigen Fällen entsteht durch die Veräußerung durch eine natürliche Person keine Gewerbesteuer<sup>18</sup>.

Die vorstehenden steuerlichen Eckpunkte gelten auch für die Gewinne aus der Veräußerung von *Mitunternehmeranteilen*. Wird allerdings nur ein *Teil eines Mitunternehmeranteils* veräußert, entsteht ein laufender Gewinn, was die einkommensteuerliche Vergünstigung ausschließt (§ 16 Abs. 1 Satz 3 EStG) und Gewerbesteuer entstehen lässt<sup>19</sup>. Schließlich fällt auch Gewerbesteuer an, wenn bei einer *doppelstöckigen Mitunternehmerschaft* die Untergesellschaft einen Betrieb oder Teilbetrieb veräußert (§ 7 Satz 2 GewStG).

Soweit das im Inland betriebene Unternehmen im Ausland eine Betriebsstätte unterhält, sind im Hinblick auf eine etwaige Kaufpreisaufteilung seitens des Verkäufers ggf. steuergestaltende Maßnahmen geboten, soweit die Gewinne aus der Veräußerung der ausländischen Betriebsstätten abkommensrechtlich steuerbefreit<sup>20</sup> sind und das ausländische das deutsche Steuerbelastungsniveau unterschreitet. Angesprochen sind hierbei insbesondere jene Fälle, in denen die Steuerbefreiung unter Aktivitätsvorbehalt steht<sup>21</sup> oder aber die unilaterale treaty overriding-Klausel des § 20 Abs. 2 AStG eingreift<sup>22</sup>. Hier geht es darum, durch entsprechende Maß-

---

<sup>18</sup> Vgl. Abschn. 39 Abs. 1 Nr. 1 Sätze 1 – 12 GewStR.

<sup>19</sup> So Wacker, in: Schmidt<sup>23</sup>, EStG, § 16 Rz. 411; OFD Düsseldorf v. 10.9.2002, FR 2002, 1151; a.A. Förster/Brinkmann, BB 2003, 657 ff. (664).

<sup>20</sup> Art. 7 Abs. 1, 13 Abs. 2, 23A OECD-MA.

<sup>21</sup> Zu Einzelheiten Vogel, in: Vogel/Lehner<sup>4</sup>, DBA, Art. 23 Rz. 74 ff.

<sup>22</sup> Hierzu Vogt, in: Blümich, EStG, § 20 AStG Rz. 25 ff.

nahmen sicherzustellen, dass zum Zeitpunkt der Veräußerung der ausländischen Betriebsstätte Einkünfte aus aktiver Tätigkeit erzielt werden.

Werden zu einem Privatvermögen gehörende Anteile an inländischen *Kapitalgesellschaften* außerhalb der Jahresfrist des § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG veräußert, so sind die primären Gestaltungsmaßnahmen des Veräußerers von vorne herein darauf gerichtet, die für die Besteuerung maßgebliche Beteiligungsgrenze von 1 v.H. zu unterschreiten (§ 17 Abs. 1 Satz 1 EStG). Zu den entsprechenden Gestaltungsmaßnahmen gehören insbesondere

- Übertragung der Kapitalanteile auf eine zwischengeschaltete Kapitalgesellschaft zu Verkehrswerten (Zwischenrealisierungsmodell);
- unentgeltliche Übertragung auf nahe Angehörige bei allerdings fünfjähriger Behaltefrist gem. § 17 Abs. 1 Satz 4 EStG (Splitting-Modell).

Soweit es für die Steuerpflicht der Veräußerungsgewinne darauf ankommt, ob der Verkäufer selbst oder einer seiner Rechtsvorgänger innerhalb der letzten fünf Jahre zu mindestens 1 v.H. bzw. wesentlich beteiligt war, ist nach Ansicht der Finanzverwaltung auf die 1 v.H.-Grenze abzustellen<sup>23</sup>.

Sind die Veräußerungsgewinne gem. § 17 Abs. 1 EStG oder gem. §§ 23 Abs. 1 Nr. 2, 22 Nr. 2 EStG steuerpflichtig, kommt eine Besteuerung nach dem Halbeinkünfteverfahren in Betracht (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c), j) EStG). Das bedeutet, dass die Hälfte des Veräußerungsgewinns steuerfrei ist und die Anschaffungs- und Veräußerungskosten gem. § 3c Abs. 2 EStG nur zur Hälfte berücksichtigungsfähig sind. Damit unterliegen im Ergebnis auch Veräußerungsverluste dem Halbeinkünfteverfahren. Werden einbringungsgeborene Anteile an Kapitalgesellschaften veräußert, kann hierfür ebenfalls das Halbeinkünfteverfahren in Anspruch genommen werden, soweit nicht die spezifischen Restriktionen des § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG eingreifen. Ggf. ist hierbei eine Sperrfrist von sieben Jahren einzuhalten (§ 3 Nr. 40 Satz 4 Buchst. a) EStG). Eine Gewerbesteuer entsteht nicht<sup>24</sup>.

Soweit die Kapitalanteile zu einem *Betriebsvermögen* gehören, unterliegen sie, soweit nicht bestimmte Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute betroffen sind (§ 3 Nr. 40 Sätze 5, 6 EStG), ebenfalls dem Halbeinkünfteverfahren für Zwecke der Einkommen- und grundsätzlich<sup>25</sup> auch insoweit der Gewerbesteuer (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. a) EStG), und zwar auch dann, wenn es sich um eine 100 %ige Beteiligung handelt<sup>26</sup>.

Auch hier gilt für einbringungsgeborene Anteile eine siebenjährige Sperrfrist (§ 3 Nr. 40 Sätze 3, 4 EStG). Diese gilt nicht, wenn die veräußerten einbringungsgeborenen Anteile aus der Einbringung mehrheitsvermittelnder Kapitalanteile (§ 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG) stammen, weil in diesem Falle auch bei unmittelbarem Verkauf

<sup>23</sup> R 140 Abs. 2 EStR; a.A. Weber-Grellet, in: Schmidt (Fn 19), § 17 Rz. 35 m.w.N.

<sup>24</sup> Abschn. 39 Abs. 1 Nr. 2 GewStR.

<sup>25</sup> Ausnahme: Einbringungsgeborene Anteile; vgl. Abschn. 39 Abs. 1 Nr. 1 Satz 17; 40 Abs. 2 Satz 7 GewStR; Tz. 21.13 UmwSt-Erlass, BStBl. I 1998, 268; ferner BFH v. 27.3.1996, BStBl. 1997 II 224.

<sup>26</sup> Vgl. Abschn. 39 Abs. 1 Nr. 1 Satz 13 GewStR.

der eingebrachten Kapitalanteile das Halbeinkünfteverfahren zur Anwendung gekommen wäre. Das setzt allerdings voraus, dass die eingebrachten Anteile ihrerseits nicht aus der Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils (§ 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG) oder aus der Einbringung einer EU-Betriebsstätte (§ 23 Abs. 1 – 3 UmwStG) stammen und diese Einbringungsvorgänge nicht mehr als sieben Jahre vor der Anteilsveräußerung liegen<sup>27</sup>.

Bei der Veräußerung von Anteilen an inländischen Kapitalanteilen durch *natürliche Personen* sind die Gestaltungsmaßnahmen des Veräußerers schließlich auch darauf gerichtet, dem jeweiligen Erwerber die Möglichkeit zu eröffnen, den Kaufpreis steuerlich abzuschreiben, wobei der entsprechende steuerliche Vorteil ganz oder teilweise durch den Kaufpreis abgegolten wird. Dieses Ziel wird unter bestimmten Voraussetzungen<sup>28</sup> durch das sog. *Organschaftsmodell* verwirklicht werden können<sup>29</sup>. Dieses Organschaftsmodell rückt als Veräußerungsmodell in den Vordergrund des Interesses, weil insbesondere die vorbereitende Umwandlung einer Kapital- in eine Personengesellschaft seit der Unternehmenssteuerreform<sup>30</sup> gem. § 4 Abs. 6 UmwStG nicht mehr zu dem gewünschten step up führt.

Im Kern geht es beim Organschaftsmodell darum, dem Erwerber<sup>31</sup> im Vorfeld der Veräußerer durch Übertragung aller oder fast aller Wirtschaftsgüter einer Kapitalgesellschaft auf eine im Rahmen einer Organschaft vorgesetzten Personengesellschaft Abschreibungsvolumen zu verschaffen, wobei die Steuerfolgen einer derartigen Übertragung durch eine abführungsbedingte Teilwertabschreibung allerdings nur zum Teil (vgl. § 3 c Abs. 2 Satz 2 EStG) neutralisiert werden<sup>32</sup>. Das Organschaftsmodell ist durch folgende Eckpunkte geprägt:

- Veräußerung der Anteile an der Zielkapitalgesellschaft an eine vom Veräußerer zuvor errichtete gewerblich tätige oder gewerblich geprägte Personengesellschaft durch den Veräußerer, wobei für den Veräußerungsgewinn das Halbeinkünfteverfahren in Anspruch genommen werden kann.
- Begründung einer körperschaft- und gewerbesteuerlichen Organschaft zwischen der Personengesellschaft als Organträgerin und der Kapitalgesellschaft als Organgesellschaft.
- Veräußerung aller oder fast aller Wirtschaftsgüter seitens der Kapitalgesellschaft an die vorgesetzte Personengesellschaft zu Verkehrswerten.
- Abführungsbedingte Teilwertabschreibung zur Hälfte (§ 3c Abs. 2 Satz 2 EStG) bei der vorgesetzten Personengesellschaft für einkommen- nicht aber für gewerbesteuerliche Zwecke (§ 8 Nr. 10 GewStG).

27 Zu Einzelheiten Dötsch/Pung, in: Dötsch/Eversberg/Jost/Witt, KStG, § 3 Nr. 40 EStG n.F.

28 Etwa bei einer sehr hohen Abschreibungsgeschwindigkeit; hierzu Rödder/Hötzel, in: Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, (Fn 11) § 29 Rz. 11.

29 Zu Einzelheiten Blumers/Beinert/Witt, DStR 2001, 233 ff. (235 ff.).

30 Vgl. § 27 Abs. 1a UmwStG.

31 Das Organschaftsmodell ist zwar als postakquisitorische Gestaltung auch durch den Erwerber denkbar, es ist aber als Erwerbermodell eher dem Missbrauchsverdikt des § 42 AO ausgesetzt; vgl. Blumers/Beinert/Witt, DStR 2001, 233 ff. (239 f.).

32 Hierdurch ist das Organschaftsmodell in seiner Wirkung stark eingeschränkt und somit kaum noch attraktiv; zu weiteren Einzelheiten Rödder/Hötzel, in: Rödder/Hötzel/Mueller-Thuns, (Fn 11), § 29 Rz 9 ff.; Bruski, FR 2002, 181 ff. (185).

- Veräußerung der Anteile an der Personengesellschaft an den Erwerber, ohne dass hierdurch ein zusätzlicher Veräußerungsgewinn entsteht, wobei je nach Gestaltung eine Anwachsung des Vermögens auf den Erwerber (z. B. GmbH) erfolgt.

Im Ergebnis hat der Veräußerer beim vorstehenden Organschaftsmodell den Veräußerungsgewinn nur nach dem Halbeinkünfteverfahren zu versteuern<sup>33</sup>. Die übrigen durch die Veräußerung der Wirtschaftsgüter durch die Zielkapitalgesellschaft veranlassten Belastungswirkungen werden teilweise durch die abführungsbedingte Teilwertabschreibung kompensiert<sup>34</sup>.

Erfolgt die Veräußerung inländischer Betriebsstätten und Mitunternehmeranteile durch eine in- oder ausländische *Kapitalgesellschaft*, wird die Reichweite der Veräußerungsspezifischen Gestaltungsmaßnahmen dadurch eingeschränkt, dass das Körperschaft- und Gewerbesteuergesetz für entsprechende Veräußerungsgewinne keine Steuerpräferenzen vorsehen. Das gilt insbesondere für die Veräußerung von Mitunternehmeranteilen durch Kapitalgesellschaften und von Betrieben, Teilbetrieben und Mitunternehmeranteilen durch Mitunternehmerschaften, soweit an ihnen Kapitalgesellschaften beteiligt sind (§ 7 Satz 2 GewStG).

Eine Besonderheit ergibt sich für Veräußerungsgewinne, die auf ausländische Betriebsstätten entfallen: Nach Maßgabe der jeweils in Betracht kommenden Doppelbesteuerungsabkommen sind derartige Veräußerungsgewinne steuerbefreit<sup>35</sup>, soweit nicht § 20 Abs. 2 AStG eingreift.

Werden Anteile an inländischen Kapitalgesellschaften veräußert, greift im Grundsatz die Steuerfreistellung gem. § 8b Abs. 2 KStG ein, die freilich wegen § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG im Ergebnis auf 95 v.H. reduziert wird. Die Steuerfreiheit des § 8b Abs. 2 KStG wird ohne jede Vorbedingung gewährt, so dass es weder auf eine Mindestbeteiligungsquote, Mindestbesitzzeit noch auf eine bestimmte steuerliche Vorbelastung oder einer aktive Tätigkeit der Kapitalgesellschaft ankommt, deren Anteile veräußert werden.

Der Veräußerung sind gleichgestellt der Tausch, die Liquidation, die Kapitalherabsetzung, die Zuschreibungen nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 EStG, die verdeckte Einlage sowie Gewinne gem § 21 Abs. 2 UmwStG (§ 8b Abs. 2 Satz 3 KStG). Dazu zählt auch die verdeckte Gewinnausschüttung mit der Folge, dass in den Fällen, in denen etwa eine Tochtergesellschaft Kapitalanteile an ihre Muttergesellschaft unter Preis veräußert, in Höhe der verdeckten Gewinnausschüttung § 8b Abs. 2 KStG zur Anwendung kommt<sup>36</sup>. Steuerfrei sind schließlich auch Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an nachgeschalteten Organgesellschaften<sup>37</sup>.

---

33 Allerdings nur, wenn man davon ausgeht, dass die durch die gewerbesteuerliche Hinzurechnung der abführungsbedingten Teilwertabschreibung ausgelöste Gewerbesteuer durch § 35 GewStG kompensiert wird.

34 Zu den Problemen insbesondere im Zusammenhang mit § 42 AO Blumers/Beinert/Witt, DStR 2001, 233 ff. (235 ff.).

35 BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292 Rz. 21.

36 BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292 Rz. 21.

37 BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292 Rz. 16.

Die Steuerfreistellung gem. § 8b Abs. 2 KStG gilt indessen nicht ohne Weiteres. Ausgenommen sind insbesondere bestimmte Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute (§ 8b Abs. 7 KStG)<sup>38</sup>. Darüber hinaus ist ebenso wie im § 3 Nr. 40 Sätze 3 und 4 EStG eine Sperrfrist von sieben Jahren zu beachten, wenn es sich entweder um einbringungsgeborene Anteile handelt oder aber die Anteile zuvor durch eine Kapitalgesellschaft unmittelbar, mittelbar oder mittelbar über eine Mitunternehmerschaft von einer einbringenden natürlichen Person mit einem Wert unter dem Teilwert erworben worden sind (§ 8b Abs. 4 Satz 1 KStG). Die erste Fallgruppe betrifft im Ausgangspunkt zwar einbringungsgeborene Anteile, die siebenjährige Sperrfrist gilt aber dann nicht, wenn ihnen eine Einbringung mehrheitsvermittelnder Kapitalanteile (§ 20 Abs. 1 Satz 2 UmwStG) zu Grunde liegt. Dies deshalb nicht, weil in diesem Falle eine unmittelbare Veräußerung dieser Kapitalanteile ebenfalls steuerfrei gewesen wäre. Sind allerdings die Kapitalanteile auf eine Einbringung eines Betriebes, Teilbetriebes oder eines Mitunternehmeranteils (§ 20 Abs. 1 Satz 1 UmwStG) oder auf eine Einbringung einer EU-Betriebsstätte (§ 23 Abs. 1 – 3 UmwStG) innerhalb von sieben Jahren zurückzuführen, gilt die Steuerfreiheit wiederum nicht (§ 8b Abs. 4 Satz 2 KStG).

Als Kehrseite der Steuerbefreiung ergibt sich, dass Veräußerungsverluste und die ihnen gleichgestellten Vorgänge ebenso wenig eine steuerliche Berücksichtigung finden wie Teilwertabschreibungen (§ 8b Abs. 3 Satz 3 KStG). Dies gilt im Ausgangspunkt auch dann, wenn die Veräußerungsverluste innerhalb der siebenjährigen Sperrfrist eintreten. 5 v.H. des Veräußerungsgewinns gelten als nicht abzugsfähige Betriebsausgaben (§ 8b Abs. 3 Satz 1 KStG), so dass etwa weitergehende Veräußerungskosten uneingeschränkt berücksichtigungsfähig sind.

Die vorstehende Steuerfreistellung schlägt auch auf die Gewerbesteuer durch, obwohl nach dem Wortlaut des § 8b Abs. 2 KStG die Steuerfreistellung erst bei der Ermittlung des Einkommens ansetzt. Die Steuerfreistellung gilt auch dann, wenn die veräußerten Kapitalanteile über eine zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft gehalten werden (§ 8b Abs. 6 KStG). Diese Freistellung gilt nach Ansicht der Finanzverwaltung allerdings nicht für Zwecke der Gewerbesteuer, da die zwischengeschaltete Mitunternehmerschaft insoweit eine gewerbesteuerliche Abschirmwirkung entfalten soll<sup>39</sup>.

## 2. Verkauf ausländischer Unternehmen

Werden ausländische *Einzelunternehmen* (Betriebsstätten) oder Anteile an ausländischen *Personengesellschaften*<sup>40</sup> durch *natürliche Personen* veräußert, so kann

---

38 Vgl. hierzu BMF-Schreiben v. 25.7.2002, BStBl. I 2002, 712.

39 BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292 Rz. 57; a.A. die h.L. z. B. Frotscher, in: Frotscher/Maas, KStG, § 8b Rz. 103; Prinz, FR 2003, 708 ff. (711); Herzig, DB 2003, 1459 ff. (1467).

40 Beteiligungen an Personengesellschaften gelten als Betriebsstätten; Schaumburg, Internationales Steuerrecht, Köln 1998, Rz. 16.238.

hierfür nach Maßgabe der jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen eine Steuerbefreiung in Anspruch genommen werden<sup>41</sup>. Steht die abkommensrechtliche Steuerbefreiung unter Aktivitätsvorbehalt<sup>42</sup>, oder greift § 20 Abs. 2 AStG ein<sup>43</sup>, so wird es aus der Sicht des Verkäufers geboten sein, bis zum Zeitpunkt der Veräußerung die für die Steuerbefreiung maßgeblichen Aktivitätserfordernisse herzustellen, wenn das Steuerbelastungsniveau im Ausland geringer ist als im Inland. Diese abkommensrechtliche Steuerbefreiung erfasst auch Anteile an in- und ausländischen Kapitalgesellschaften, soweit diese tatsächlich zum Betriebsvermögen der ausländischen Betriebsstätte bzw. Personengesellschaft gehören<sup>44</sup>.

Die abkommensrechtliche Steuerbefreiung für Gewinne aus der Veräußerung von ausländischen Betriebsstätten bzw. Anteilen an Personengesellschaften kann nicht nur von im Inland ansässigen natürlichen Personen, sondern auch von inländischen *Kapitalgesellschaften* in Anspruch genommen werden. Diese Steuerbefreiung hat allerdings nur eine begrenzte Reichweite, weil diese nur für die inländische Kapitalgesellschaft selbst, nicht aber für deren Gesellschafter, soweit es sich nicht wiederum um Kapitalgesellschaften handelt<sup>45</sup>, im Falle der Weiterausschüttung in Betracht kommt: Für die Ausschüttung von nach Abkommensrecht freigestellten Veräußerungsgewinnen erfolgt bei natürlichen Personen im Ergebnis eine abgemilderte Nachversteuerung, weil Dividenden der Einkommensteuer nach dem Halbeinkünfteverfahren unterliegen. Dieser Nachversteuerungseffekt kann allerdings dadurch vermieden werden, dass durch Zwischenschaltung einer gewerblich tätigen Personengesellschaft zwischen den Gesellschaftern und der inländischen Kapitalgesellschaft und deren Einbindung in eine körperschaftsteuerliche Organschaft als Organträgerin die steuerbefreiten ausländischen Veräußerungsgewinne über einen Ergebnisabführungsvertrag bis zu den Gesellschaftern durchgeleitet werden können, ohne dass dieser Gestaltung § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG entgegen stünde<sup>46</sup>.

Soweit eine inländische Kapitalgesellschaft über eine in- oder ausländische Personengesellschaft an einer ausländischen Kapitalgesellschaft beteiligt ist, sind die Gewinne aus der Veräußerung der ausländischen Kapitalanteile gem. § 8b Abs. 6 KStG steuerfrei<sup>47</sup>. Das gilt nach Ansicht der Finanzverwaltung freilich nicht für die Gewerbesteuer, soweit die Auslandsanteile über eine inländische Mitunternehmerschaft gehalten werden<sup>48</sup>.

Werden zu einem Privatvermögen gehörende Anteile an einer ausländischen *Kapitalgesellschaft* veräußert, so ergeben sich die gleichen Steuerfolgen wie bei der Veräußerung von Anteilen an inländischen Kapitalgesellschaften. An dieser

41 Art. 7 Abs. 1, 13 Abs. 2, 23 A OECD-MA.

42 Abkommensübersicht bei Vogel, in: Vogel/Lehner (Fn 21), Art. 23 Rz. 74 ff.

43 Zu dieser unilateralen treaty overriding-Klausel Schaumburg, (Fn 40), Rz. 16.530 f.

44 Hierzu Schaumburg (Fn 40), Rz. 16.394; Piltz, IStR 1996, 457 ff.

45 § 8b Abs. 1, 5 KStG.

46 Zu Einzelheiten Schmidt/Müller/Stöcker<sup>5</sup>, Die Organschaft im Körperschaftsteuer-, Gewerbesteuer- und Umsatzsteuerrecht, Rz. 615 ff., 681 ff.

47 Allerdings Hinweis auf die 5 v.H.-Klausel des § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG.

48 BMF-Schreiben v. 28.4.2003, BStBl. I 2003, 292 Rz. 57.

Besteuerungssituation ändert sich auch in Abkommensfällen nichts, weil hiernach der Bundesrepublik Deutschland als Wohnsitzstaat grundsätzlich das alleinige Besteuerungsrecht verbleibt<sup>49</sup>.

Bei der Veräußerung von zu einem Betriebsvermögen gehörenden ausländischen Kapitalanteilen durch *natürliche Personen* greift im Grundsatz das Halbeinkünfteverfahren ein (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. a) EStG), das auf die Gewerbesteuer durchschlägt. Handelt sich um einbringungsgeborene Anteile, entsteht keine Gewerbesteuerlast<sup>50</sup>.

Werden die ausländischen Kapitalanteile von einer inländischen *Kapitalgesellschaft* veräußert, so kommt hierfür eine Steuerbefreiung gem. § 8 b Abs. 2 KStG in Betracht<sup>51</sup>. Hier gelten die gleichen Grundsätze wie bei der Veräußerung von Anteilen an inländischen Kapitalgesellschaften.

## II. Ausländischer Verkäufer

### 1. Verkauf inländischer Unternehmen

Werden inländische *Einzelunternehmen* oder Anteile an *Personengesellschaften* durch *natürliche Personen* veräußert, so kann für den Veräußerungsgewinn insbesondere die Tarifermäßigung gem. § 34 Abs. 3 EStG in Anspruch genommen werden. Dies deshalb, weil diese Steuerpräferenz gem. § 50 Abs. 1 Satz 3 EStG auch für beschränkt steuerpflichtige (natürliche) Personen gilt. Die beschränkte Steuerpflicht wird auch nicht auf Abkommensebene aufgehoben, weil nach Maßgabe der deutschen Doppelbesteuerungsabkommen für die Gewinne aus der Veräußerung deutscher Betriebsstätten<sup>52</sup> im Ergebnis uneingeschränkt das Betriebsstättenprinzip gilt<sup>53</sup>. Von der beschränkten Steuerpflicht ausgenommen sind allerdings die Veräußerungsgewinne, die auf ausländische Betriebsstätten entfallen. Insoweit fehlt es an einem steuerlichen Anknüpfungspunkt gem. § 49 Abs. 1 EStG mit der Folge, dass die vorbezeichneten Veräußerungsgewinne außerhalb der Reichweite der deutschen Besteuerung liegen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob Doppelbesteuerungsabkommen eingreifen oder nicht.

Werden nicht zu einem inländischen Betriebsvermögen gehörende Anteile an inländischen *Kapitalgesellschaften* veräußert, so unterliegen die Veräußerungsgewinne gem. § 49 Abs. 1 Nr. 2 e) EStG der beschränkten Steuerpflicht, soweit der Veräußerer zu mindestens 1 v.H. an der Gesellschaft beteiligt ist (§ 17 Abs. 1

49 Art. 13 Abs. 4 OECD-MA; hierzu Schaumburg (Fn 40), Rz. 16.400.

50 Vgl. Abschn. 39 Abs. 1 Nr. 1 Satz 17; 40 Abs. 2 Satz 6 GewStR; Tz. 21.13 Umwandlungssteuer-Erlass, BStBl. I 1998, 268; BFH v. 27.3.1996, BStBl. 1997 II 224.

51 Allerdings Hinweis auf § 8b Abs. 3 Satz 1 KStG.

52 Einzelunternehmen und Beteiligungen an Personengesellschaften gelten im internationalen Steuerrecht grundsätzlich als Betriebsstätten.

53 Art. 7 Abs. 1, 13 Abs. 2, 23 A OECD-MA, Schaumburg (Fn 40), Rz. 16.224.

EStG). Hierbei kann das Halbeinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. c), j) EStG) in Anspruch genommen werden. Ist der ausländische Verkäufer in einem Staat ansässig, mit dem die Bundesrepublik Deutschland ein Doppelbesteuerungsabkommen abgeschlossen hat, bleibt auf Grund des allgemein geltenden Wohnsitzprinzips der Bundesrepublik Deutschland in derartigen Fällen durchweg die Besteuerungsbefugnis versagt<sup>54</sup>. Dieser abkommensrechtliche Aspekt ist nicht selten Anlass für folgende Gestaltung: Vor Verkauf der Anteile an der inländischen Kapitalgesellschaft wechselt der Verkäufer durch Wegzug von der unbeschränkten in die beschränkte Steuerpflicht über. Dies führt zu einer *Wegzugsbesteuerung* gem. § 6 AStG<sup>55</sup>, wobei der gemeine Wert der Anteile zu Grunde gelegt wird (§ 6 Abs. 1 Satz 3 AStG)<sup>56</sup>. Werden sodann später die Anteile an der inländischen Kapitalgesellschaft veräußert, so ist der Bundesrepublik Deutschland die Besteuerungsmöglichkeit für die Veräußerungsgewinne abkommensrechtlich verwehrt<sup>57</sup>. Dies führt in jenen Fällen zu steuerlichen Vorteilen, in denen der Ansässigkeitsstaat keine Steuern auf derartige Veräußerungsgewinne erhebt<sup>58</sup> und zudem der tatsächlich erzielte Kaufpreis, etwa deshalb, weil es sich um einen strategischen Unternehmenskauf handelt, über dem in § 6 AStG maßgeblichen gemeinen Wert liegt.

Gehören die Anteile an der inländischen Kapitalgesellschaft zu einem inländischen Betriebsvermögen, so ist auf den Veräußerungsgewinn das Halbeinkünfteverfahren ebenfalls anzuwenden (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. a) EStG)<sup>59</sup>. Insoweit sind kaum Gestaltungsmöglichkeiten gegeben. Indessen: Unterhält die inländische Kapitalgesellschaft Betriebsstätten im Ausland, so ist eine Gestaltung dahingehend denkbar, dass im Vorfeld des Unternehmensverkaufs die inländische Kapitalgesellschaft (steuerneutral) umgewandelt wird mit der Folge, dass bei einer späteren Veräußerung der Anteile an der inländischen Personengesellschaft die auf die ausländischen Betriebsstätten entfallenden Veräußerungsgewinne der deutschen Besteuerung entzogen bleiben<sup>60</sup>.

54 Art. 13 Abs. 4 OECD-MA; hierzu Schaumburg (Fn 40), Rz. 16.400.

55 § 6 AStG verstößt allerdings gegen Europarecht; so der EuGH v. 11.3.2004 – Rz. C -9/02 (Hughes de Lasteyrie du Saillant), ISTR 2004, 236 zur vergleichbaren französischen Wegzugsbesteuerung.

56 Der gemeine Wert ist ggf. auf der Grundlage des § 11 Abs. 2 BewG nach den Grundsätzen des sog. Stuttgarter Verfahrens (R 96 ff. ErbStR) zu ermitteln; Flick/Wassermeyer/Baumhoff, Außensteuerrecht, § 6 AStG Rn. 30; Lempenau, in: Brezing/Krabbe/Lempemann/Mössner/Runge, Außensteuerrecht, § 6 AStG Rn. 10; Baranowski, Besteuerung von Auslandsbeziehungen, 2. Aufl. Herne/Berlin 1996, Rn. 859; Schaumburg (Fn 40), Rz. 5.416; im Ergebnis auch BFH v. 23.06.1999, GmbHR 1999, 1215; dagegen zweifelnd Menck in: Blümich, EStG, § 6 AStG Rn. 1 b; anders auch die Finanzverwaltung zum vergleichbaren § 21 Abs. 2 UmwStG; Tz. 21.06 UmwSt-Erlass, BStBl. I 1998, 268.

57 Art. 13 Abs. 4 OECD-MA; hierzu Schaumburg (Fn 40), Rz. 16.400.

58 So z.B. in einigen Kantonen der Schweiz sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch in Belgien.

59 Gewerbeertragsteuer fällt ebenfalls im Rahmen des Halbeinkünfteverfahrens an; vgl. Abschn. 39 Abs. 1 Nr. 1 Satz 13 GewStR; keine GewSt bei einbringungsgeborenen Anteilen; vgl. Abschn. 39 Abs. 1 Nr. 1 Satz 17; 40 Abs. 2 Satz 7 GewStR; Tz. 21.13 UmwSt-Erlass, BStBl. I 1998, 268.

60 Zu Einzelheiten Schaumburg, in: Lutter (Hrsg.), UmwStG, Anh. § 122 Rn. 24; ders., GmbHR 1996, 414 ff. (416); Wassermeyer, in: Schaumburg/Piltz (Hrsg.), Internationales Umwandlungssteuerrecht, Köln 1996, 118 ff. (123 f.).