



**FORUM**

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

# Die steuerliche Behandlung von Transaktionskosten

Dr. Matthias Scheifele RA/StB

Frankfurt am Main, 23. November 2017



**FORUM**

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

Transaktionskosten: Überblick

Veräußerer: Betriebsausgabenabzug

Erwerber: Betriebsausgabenabzug

Fragen des Vorsteuerabzugs

Sonderthemen

Thesen



**FORUM**

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

## Transaktionskosten: Überblick

VERÄÜßERER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

ERWERBER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

FRAGEN DES VORSTEUERABZUGS

SONDERTHEMEN

THESEN

# Transaktionskosten

## Überblick

---

### Gemeint sind Kosten bei M&A Transaktionen

#### Zurechenbare Kosten (Einzelkosten)

##### a) Externe Kosten

- Beraterkosten
- Gutachterkosten
- Notargebühren
- Finanzierungskosten
- öffentlich-rechtliche Gebühren (Grundbuch, Handelsregister, verbindliche Auskunft)
- Transaktionssteuern (Gründerwerbsteuern, *stamp duties*, nicht abziehbare Umsatzsteuer)
- Prämie für W&I-Versicherung (ggf. zzgl. Versicherungssteuer)

##### b) Interne Kosten

z.B. Kosten für M&A-, Rechts-, Personal- und Controlling-Abteilungen

---

#### Nicht zurechenbare Kosten (Gemeinkosten)

z.B. allgemeine Verwaltungs-, Raum- oder Personalkosten



**FORUM**

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

TRANSAKTIONSKOSTEN: ÜBERBLICK

**Veräußerer: Betriebsausgabenabzug**

ERWERBER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

FRAGEN DES VORSTEUERABZUGS

SONDERTHEMEN

THESEN

# Veräußerer

## Ausgangslage

---

### Betriebsausgaben / Abzugsverbote

- Abzug als BA bei **Körperschaft** als Veräußerer (§ 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG)?
  - beschränkte Abziehbarkeit von Transaktionskosten bei Veräußerung von Anteilen an KapGes (Share Deals)
  - Abzugsverbote nach § 8b Abs. 3 S. 3 KStG und § 3c Abs. 1 EStG greifen nicht:
    - **§ 8b Abs. 3 S. 3 KStG** nicht einschlägig: betrifft nur substanzbezogene Aufwendungen, die sich aus Anteil selbst ergeben
    - **§ 3c Abs. 1 EStG** nicht anwendbar (§ 8b Abs. 3 S. 2 KStG)
  - Aber:
    - **pauschale 5%-Hinzurechnung** nach **§ 8b Abs. 3 S. 1 KStG** (auch wenn tatsächliche Veräußerungskosten geringer)
    - soweit **Veräußerungskosten** i.S.d. **§ 8b Abs. 2 S. 2 KStG**: durch Einbeziehung in steuerbefreiten Veräußerungsgewinn Nichtabziehbarkeit in Höhe von 95% oder - im Verlustfall - 100%
- **Exkurs:** bei **natürlichen Personen** als Veräußerern sind nur 60% der Veräußerungskosten abziehbar (§ 3c Abs. 2 i.V.m. § 17 Abs. 2 EStG)

# Veräußerer

Veräußerungskosten: Regelungszusammenhang

---

## Asset Deal

Veräußerungskosten mindern den steuerpflichtigen, aber begünstigt besteuerten Veräußerungsgewinn

**(§ 16 Abs. 2 S. 1 EStG)**

Einbeziehung rechtspolitisch **sachgerecht:**

Abgrenzung von laufenden Betriebsausgaben und Minderung des begünstigt besteuerten Veräußerungsgewinns verhindert Doppelbegünstigung (vgl. §§ 16 Abs. 4, 34 EStG)

---

## Share Deal natürliche Person

Veräußerungskosten mindern den steuerpflichtigen Veräußerungsgewinn

**(§ 17 Abs. 2 S. 1 EStG)**

Einbeziehung rechtspolitisch **sachgerecht:**

objektives Nettoprinzip gebietet Minderung der Bemessungsgrundlage

---

## Share Deal Körperschaft

im Gewinnfall zu 95% (**§ 8 Abs. 2 S. 2 KStG**), im Verlustfall zu 100% nichtabziehbar (**§ 8b Abs. 3 S. 3 KStG**)

Einbeziehung rechtspolitisch **fragwürdig:**

Nichtabziehbarkeit überschießend angesichts der pauschalen 5%-Schachtelstrafe des 8 Abs. 3 S. 1 KStG

# Veräußerer

## Veräußerungskosten: Definition

---

### Veräußerungskosten: wirtschaftliche Veranlassung vs. unmittelbarer sachlicher Zusammenhang

- einheitliches Begriffsverständnis für Zwecke der §§ 16, 17 EStG und § 8b KStG (BFH v. 12.3.2014, I R 45/13, v. 9.4.2014, I R 52/12 und v. 15.6.2016, I R 64/14)
- Argumente: Wortlaut; übereinstimmende wirtschaftliche Sachlage; Einheit der Rechtsordnung
- alle Aufwendungen, die durch Veräußerung **wirtschaftlich veranlasst** sind
- wirtschaftlicher Zusammenhang durch „**wertende Zuordnung**“ festzustellen:
  - Ist die Veräußerung das „**auslösende Moment**“ für die Entstehung der Aufwendungen?
  - Weisen die Kosten „**größere Nähe**“ zur Veräußerung oder zum allgemeinen Geschäftsbetrieb auf?
- in Abweichung zur früheren Rspr. sind Veräußerungskosten nicht nur die Kosten, die in „**unmittelbarem sachlichem Zusammenhang**“ mit Veräußerung stehen
- wirtschaftliche Veranlassung setzt keine rechtliche oder tatsächliche Veranlassung voraus, sondern ist als Begriff weiter

# Veräußerer

---

## Veräußerungskosten: Kritik am weiten Begriff

- **Telos:** unterschiedliche Zwecke
  - § 16 EStG (Einbeziehung in privilegierte Einmalbesteuerung)
  - § 17 EStG (objektives Nettoprinzip)
  - § 8b KStG (Korrespondenz zur Steuerfreiheit; Schedulesbesteuerung => Abgrenzung von laufendem Gewinn)
- **Systematik:**
  - engerer Begriff in § 20 Abs. 4 EStG (Aufwendungen im "*unmittelbaren sachlichen Zusammenhang*" mit Veräußerungsgeschäft) und § 3c Abs. 1 EStG (Ausgaben in "*unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang*" mit steuerfreien Einnahmen)
  - systematisch bedenkliche Doppelbelastung durch Zusammenspiel mit § 8b Abs. 3 S. 1 KStG (objektives Nettoprinzip)
  - Widerspruch zur Dividendenbesteuerung:
    - keine Doppelbelastung für Gewinnausschüttungen (§ 8b Abs. 1, Abs. 5 KStG)
    - Gleichbehandlung mit Ausschüttung (Veräußerung als "Totalausschüttung") spricht für Anknüpfen an Veräußerungserlös (Bruttogröße) statt Gewinn (Nettogröße) => Veräußerungserlös als Gegenstandswert künftiger Dividenden
  - anders BFH: systematische Schwächen noch im Rahmen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit; kein Anlass für teleologische Einschränkung; keine unverhältnismäßige Verletzung des objektiven Nettoprinzips (Urteil v. 12.3.2014, I R 45/13; s. auch BVerfG v. 12.10.2010, DStR 2010, 2393: 5%-Pauschale verfassungsgemäß)
  - **Verfassungsrecht:** Genügt Maßstab der „wertenden Zuordnung“ dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG)?

# Veräußerer

## Veräußerungskosten: Kasuistik

---

### Veräußerungskosten

- Vorfälligkeitsentschädigung für vorzeitige Ablösung eines Kredits im Rahmen der Betriebsveräußerung (BFH v. 25.1.2000, VII R 55/97)
- Verluste aus Veräußerung von Zertifikaten mit Bezug zu Gewinnen aus Aktienveräußerungen (BFH v. 9.4.2014, I R 52/12)
- Gemeinkosten, wenn Geschäftsbetrieb nur aus Veräußerung von Vorratsgesellschaften besteht (BFH v. 15.6.2016, I R 64/14 )

---

### Laufende Betriebsausgaben

- Kosten der veräußerungsbezogenen Rechtsverfolgung, z.B. Verständigungsverfahren (BFH v. 9.10.2013, IX R 25/12)
- Tantiemezahlung an Geschäftsführer der veräußerten Tochtergesellschaft "in Anerkennung der langjährigen Leistungen" (nur anlässlich, nicht wegen Veräußerung) (BFH v. 12.3.2014, I R 45/13)

# Veräußerer

Zeitliche Zuordnung – Allgemeines (1/2)

---

## Veräußerungskosten: Entstehen in WJ vor oder nach Veräußerung (1/2)

- Ratio § 8b Abs. 2 KStG:
  - Veräußerungsgewinn verkörpert typisierend thesaurierten (komprimierten) Gewinn, der auf Ebene der Körperschaft bereits einer Vorbelastung unterlegen war (fingierte Vollausschüttung)
  - isolierter, einmaliger Vorgang, der von laufender Besteuerung abzugrenzen ist
  - Besteuerung aufgrund eines eigenen, in sich geschlossenen Regimes
- (BFH v. 22.12.2010, I R 58/10)
- Folge:
  - Veräußerungskosten aus anderen WJ sind im WJ der Veräußerung zu berücksichtigen (und damit nicht abziehbar)
  - Veräußerungskosten, die in einem WJ nach der Veräußerung entstehen, sind in das WJ der Veräußerung zurückbeziehen und mindern so die Steuerbefreiung nach § 8b Abs. 2 KStG
- Technische Umsetzung durch außerbilanzielle Korrekturen des Steuerbilanzgewinns:
  - *WJ der Entstehung der Veräußerungskosten*: das Ergebnis lt. Steuerbilanz wird außerbilanziell durch Hinzurechnung der Veräußerungskosten erhöht
  - *WJ der Veräußerung*: das Ergebnis lt. Steuerbilanz wird außerbilanziell durch Kürzung um Betrag der Veräußerungskosten gemindert

(BMF v. 24.7.2015, BStBl. I 2015, 612)

## Veräußerer

Zeitliche Zuordnung – Allgemeines (2/2)

---

### Veräußerungskosten: Entstehen in WJ vor oder nach Veräußerung (2/2)

- Verfahrensrechtliche Umsetzung:
  - Änderung von Steuerfestsetzungen entweder nach § 173 Abs. 1 AO (Ereignis vor Steuerfestsetzung, das FA erst nachträglich bekannt wird) oder § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 AO (Ereignis nach Steuerfestsetzung) (vgl. BFH v. 22.12.2010, I R 58/10)

# Veräußerer

Zeitliche Zuordnung: Vorgelagerte Reorganisation (carve-out)

---

## Veräußerungskosten: konkrete Veräußerungsabsicht erforderlich?

- Kosten vor Veräußerungsentscheidung können nicht durch Veräußerung wirtschaftlich veranlasst sein
- daher "konkret vorhandene Veräußerungsabsicht" erforderlich (zu Recht *Herlinghaus* in Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, KStG, § 8b Rn. 239; *Ditz/Tcherveniachki*, DStR 2012, 1161, 1162)
- Abgrenzung dürfte im Wesentlichen nach denselben Maßstäben wie beim Begriff der Anschaffungsnebenkosten (s. unten Folien 17 ff.)  
=> Kosten nach "grundsätzlich gefasster Veräußerungsentscheidung"
- **Sachverhalt:** Die A-AG möchte ihre beiden Geschäftsbereiche X und Y durch eine Reorganisation (*carve-out*) rechtlich verselbständigen und errichtet dazu jeweils einen Teilkonzern unter dem Dach einer Zwischenholding in Rechtsform einer GmbH. Damit will man sich die Option für eine spätere Deinvestition eines der beiden Bereiche (z.B. im Wege eines Börsengangs, einer Abspaltung oder eines *Private Sale*) eröffnen. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass man beide Bereiche behält und weiterentwickelt.
  - Kosten der Reorganisation keine Veräußerungskosten i.S.d. § 8b Abs. 2 S. 2 KStG mangels "grundsätzlich gefasster Veräußerungsentscheidung", auch wenn es später zu Veräußerung der Anteile an Zwischenholding kommen sollte
  - ggf. bestehen aber Abzugsbeschränkungen nach dem UmwStG (s. unten Folie 25) oder wegen Aktivierungspflicht beim erwerbenden Rechtsträgern (s. unten Folien 16 ff.)

## Veräußerer

Negativer Kaufpreis

---

**Sachverhalt: Verkäufer leistet anlässlich der Veräußerung der Anteile an einer KapGes Zahlung an Käufer.**

### Unterscheide:

- Zahlung erfolgt zur **Abgeltung anderer (vom Erwerb trennbarer) Leistungen** des Erwerbers (also nicht für "Abnahme" der Anteile)
  - Beispiele: Entgelt für "Risikoübernahme" (z.B. durch Bürgschaft / Garantieerklärung für Zielgesellschaft) (vgl. BFH v. 26.4.2006, I R 49, 50/04), Durchführung von Restrukturierungsmaßnahmen, Abgabe einer Beschäftigungs-/Standortgarantien oder das Eingehen von Leistungsbeziehungen mit dem Verkäufer, Wettbewerbsverbot des Verkäufers
  - grds. sofort abziehbare BA
  - bei Übertragung "passivierungsbeschränkter" Verpflichtungen ggfs. aber Abzugsstreckung nach § 4f EStG
- Zahlung erfolgt zur **Abgeltung des negativen Ertragswerts der Anteile**
  - nicht abziehbar gem. § 8b Abs. 3 S. 3 KStG, da substanzbezogene Gewinnminderung (*Pung* in D/P/M, § 8b Rn. 127; *Gosch* in ders., KStG, §8b Rn. 192a) bzw. zu 60% abziehbar bei natürlicher Person als Veräußerer



**FORUM**

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

TRANSAKTIONSKOSTEN: ÜBERBLICK

VERÄÜBERER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

**Erwerber: Betriebsausgabenabzug**

FRAGEN DES VORSTEUERABZUGS

SONDERTHEMEN

THESEN

# Erwerber

## Ausgangslage

---

### Betriebsausgaben / Abzugsverbote

- Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG): Aufwendungen, die durch den Betrieb veranlasst sind, objektiv mit diesem zusammenhängen und ihm subjektiv zu dienen bestimmt sind
- spezielle Abzugsverbote:
  - a. für Körperschaften als Erwerber sind laufende Aufwendungen i.Z.m. der Beteiligung grundsätzlich voll abziehbar:
    - Abzugsverbot des **§ 3c Abs. 1 EStG** gilt nicht (§ 8b Abs. 3 S. 2 KStG)
    - Abzugsverbot des **§ 8b Abs. 3 S. 3 KStG** gilt nicht (betrifft nur substanzbezogene BV-Minderungen)
  - b. für natürliche Personen als Erwerber (oder PersGes mit natürlichen Personen als Gesellschafter) sind laufende Aufwendungen nur zu 60% abziehbar (§ 3c Abs. 2 EStG)

# Erwerber

---

## Aktivierungspflicht als Anschaffungsnebenkosten?

- § 255 Abs. 1 Satz 1 HGB: *"Anschaffungskosten sind die Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen, soweit sie dem Vermögensgegenstand einzeln zugeordnet werden können."*
- § 255 Abs. 1 Satz 2 HGB: *"Zu den Anschaffungskosten gehören auch die Nebenkosten sowie die nachträglichen Anschaffungskosten."*
- handelsrechtlicher Anschaffungskostenbegriff auch für steuerliche Zwecke maßgeblich (H 6.2 EStH)
- Bedeutung der Abgrenzung:
  - Beteiligung an KapGes = aktivierungspflichtiges Wirtschaftsgut (§ 5 Abs. 1 EStG i.V.m. § 246 Abs. 1 HGB)
  - nicht abnutzbares Wirtschaftsgut => Bewertung mit Anschaffungskosten (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 EStG)
  - keine planmäßige AfA (§ 7 EStG)
  - TW-AfA möglich (§ 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG), aber bei KapGes nicht abziehbar (§ 8b Abs. 3 S. 3 KStG)
  - Anschaffungskosten auch im Rahmen einer Kapitalherabsetzung, Veräußerung oder Liquidation bei KapGes nicht abziehbar (§ 8b Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 KStG)
  - bei natürlichen Personen wirken sich Anschaffungskosten bei TW-AfA, Kapitalherabsetzung, Veräußerung oder Liquidation zu 60% steuermindernd aus (§ 3c Abs. 2 EStG)

# Erwerber

---

## Begriff der Anschaffungsnebenkosten

- Kriterien unscharf
- objektiv ist unmittelbarer Zusammenhang mit Erwerb erforderlich
- subjektiv ist finaler Zusammenhang mit Erwerb erforderlich (bloßer kausaler oder zeitlicher Zusammenhang reicht nicht)
- Finalität anhand objektivierbare Indikatoren festzustellen
  - ⇒ grundsätzlich unbeachtlich, ob Kosten vor oder im Zeitpunkt des Erwerbs oder erst danach anfallen (BFH v. 2.9.2014, IX R 50/13)
  - ⇒ im Hinblick auf Finalität können Anschaffungsnebenkosten allerdings erst entstehen, sobald Erwerbsentscheidung gefasst wurde
  - ⇒ zeitliche Abgrenzung
  - ⇒ Kostenanfall nach Erwerbsentscheidung: aktivierungspflichtig
  - ⇒ Kostenanfall vor Erwerbsentscheidung: abziehbar

# Erwerber

---

## Wann ist die "Erwerbsentscheidung" gefasst worden (1/3)?

- BFH v. 20.4.2004, VIII R 4/02
  - Einkünfte aus § 17 bzw. § 20 EStG
  - Beratungskosten für Business Plan und Finanzierungsplan im Vorfeld der fehlgeschlagenen Gründung einer AG
  - Anschaffungsnebenkosten sind Aufwendungen, die nach dem „endgültigen Entschluss ..., die Kapitalanlage zu erwerben“ entstanden sind
- BFH v. 27.3.2007, VIII R 62/05
  - Einkünfte aus § 20 EStG
  - Gutachternkosten (Unternehmensanalyse/-bewertung) als Voraussetzung für Finanzierungszusage für Erwerb von GmbH-Anteilen
  - Anschaffungsnebenkosten sind Aufwendungen, die nach „grundsätzlich gefasster Erwerbsentscheidung“ entstanden sind
  - Relativierung des Begriffs „endgültig“ aus der 2004-er-Entscheidung (VIII R 4/02): keine gänzlich unumstößliche Entscheidung erforderlich (so auch FG Köln v. 6.10.2013, EFG 2011, 264; FG HH v. 23.4.2014, BeckRS 2014, 95466)
- BFH v. 28.10.2009, VIII R 22/07
  - Einkünfte aus § 20 EStG
  - Kosten für Vermögensverwalter Anschaffungsnebenkosten, auch wenn im Zeitpunkt der Zahlung – konzeptionell bedingt – die zu beschaffenden Kapitalanlagen noch nicht konkretisiert waren
  - ausreichend ist eine "grundsätzlich gefasste Erwerbsentscheidung"

# Erwerber

---

## Wann ist die "Erwerbsentscheidung" gefasst worden (2/3)?

- Zwischenfazit
  - bisherige BFH-Rechtsprechung betraf nur Überschusseinkünfte
  - nach bisheriger BFH-Rechtsprechung eher großzügige Annahme von Anschaffungsnebenkosten
  - Abgrenzungsmaßstab "grundsätzlich gefasste" Erwerbsentscheidung unscharf und offen für Interpretation

# Erwerber

---

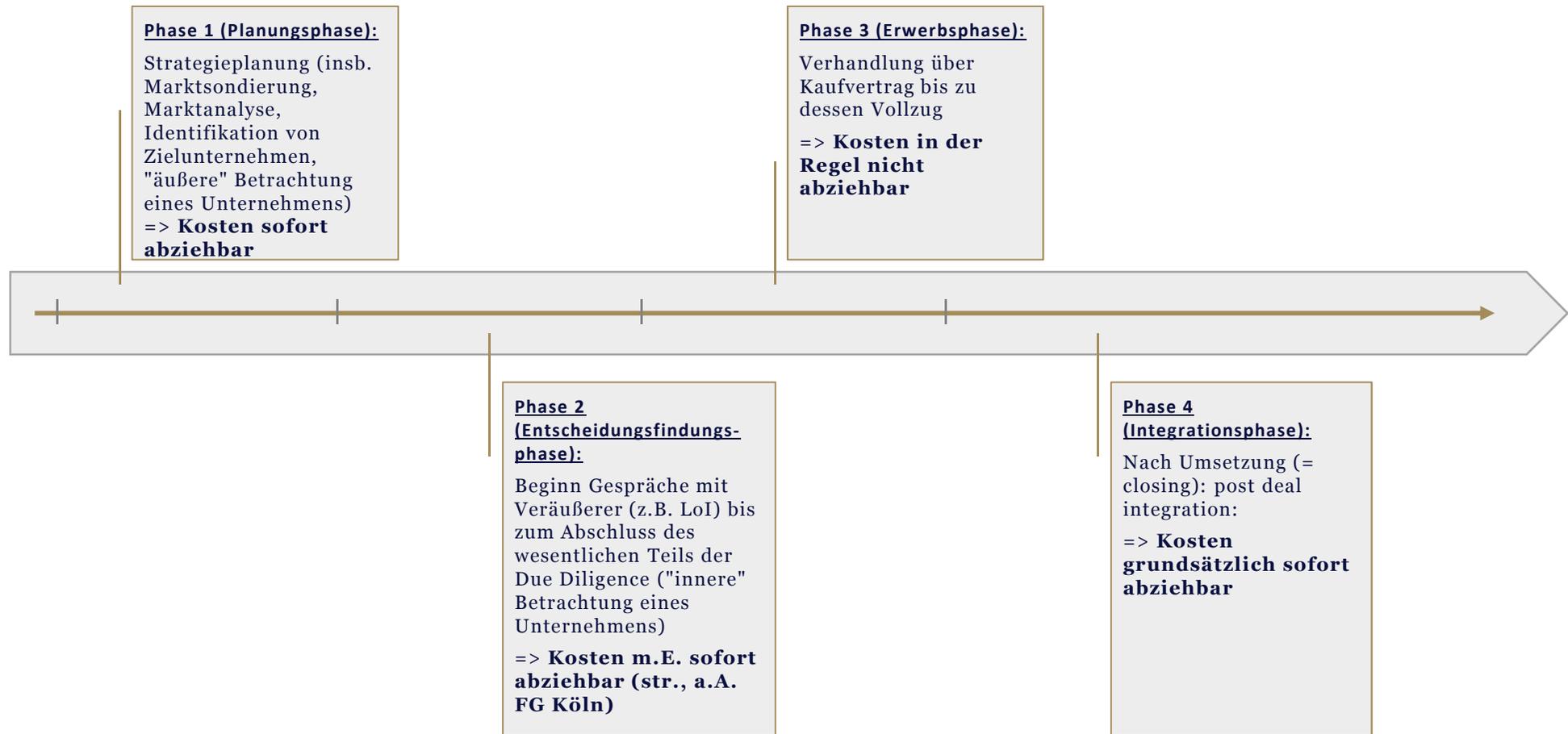
## Wann ist die "Erwerbsentscheidung" gefasst worden (3/3)?

### Praxisfragen:

- Sind Kosten ab Abschluss eines *Letter of Intent*, *Memorandum of Understanding* oder *Term Sheet* in jedem Fall Anschaffungsnebenkosten?
  - in der Regel rechtlich unverbindliche Abstimmung über weiteres Vorgehen hinsichtlich der Verhandlung über eine Transaktion
  - bejahend FG Köln v. 6.10.2010, EFG 2011, 267 (rkr)
  - abl. Teile des Schrifttums: *Letter of intent* etc. dokumentiert lediglich Verhandlungsabsicht (*Kahle/Hiller*, ifst-Schrift Nr. 495 (2014), S. 34 ff. mwN)
- Sind Due Diligence-Kosten in jedem Fall Anschaffungsnebenkosten?
  - rechtliche, steuerrechtliche, finanzielle und technische Begutachtung des Zielunternehmens
  - bejahend FG Köln v. 6.10.2010, EFG 2011, 267 (rkr).
  - abl. Teile des Schrifttums: in der Regel keine AK, da zu diesem Zeitpunkt noch keine (auch keine nur grundsätzlich gefasste) Erwerbsentscheidung vorliegt (*Kahle/Hiller*, a.a.O., S. 36 ff. mwN)
- Stellungnahme:
  - pauschale Abgrenzung auf Basis von Schlagworten (*Letter of Intent* etc.) nicht sachgerecht
  - einzelfallabhängige Abgrenzung erforderlich unter Berücksichtigung der internen Entscheidungsprozesse
  - Due Diligence-Kosten gehören in der Regel zur Entscheidungsfindungsphase gehörig und sind damit abziehbar

# Erwerber

## Sofort abziehbare Betriebsausgaben oder aktivierungspflichtige Anschaffungsnebenkosten



# Erwerber

---

## Transaktionssteuern?

- kein Abzugsverbot nach § 8b Abs. 3 S. 3 KStG, da laufende Aufwendungen (kein Substanzbezug)
- **Grunderwerbsteuer**
  - § 1 Abs. 2a GrEStG: keine Anschaffungsnebenkosten (BFH, v. 2. 9. 2014, IX R 50/13)
  - § 1 Abs. 3 GrEStG: keine Anschaffungsnebenkosten (BFH v. 20.4.2011, I R 2/10; FG Sachsen v. 23.1.2017, DStRE 2017, 596 rkr.)
  - sollte entsprechend auch für § 1 Abs. 3a GrEStG gelten
- **Stamp duties** nach ausländischem Recht: als Anschaffungsnebenkosten zu aktivieren
- **Gebühren für verbindliche Auskunft**
  - Gebühren nach § 89 Abs. 3 ff. AO
  - steuerliche Nebenleistung i.S.d. § 3 Abs. 4 Nr. 7 AO
  - Nichtabziehbarkeit nach § 10 Nr. 2 KStG, soweit die Auskunft "Steuern vom Einkommen" betrifft

# Erwerber

Zeitliche Zuordnung - Allgemeines

---

## Anschaffungsnebenkosten: Entstehen in WJ vor Erwerb

- **vorperiodische Anschaffungsnebenkosten**

- Aktivierung im Wirtschaftsjahr der Entstehung (geleistete Anzahlung), obwohl Wirtschaftsgut selbst noch nicht bilanziert werden kann
- scheitert Anschaffung, ist der Posten aufwandswirksam auszubuchen (keine Rückbeziehung)

# Erwerber

## Zeitliche Zuordnung - "Post Deal"-Integration

---

### Beispiel: Kosten für Gewinnabführungsverträge oder Umwandlungen nach Erwerb der Zielgesellschaften

- Kosten auf Ebene des **Erwerbers**:
  - keine nachträglichen Anschaffungs(neben-)kosten (§ 255 Abs. 1 S. 2 HGB) in Bezug auf Zielgesellschaft, da keine Finalität
  - kein Abzugsverbot nach § 8b Abs. 3 S. 3 KStG, da laufende Aufwendungen (ohne Substanzbezug zum Anteil)
  - Sonderproblem: Kostentragung des Erwerbers für Maßnahmen ausschließlich auf Ebene der Zielgesellschaften (s. Folien 47 ff.)
  - aber Beweisvorsorge wichtig (insbesondere separater Ausweis auf Rechnungen)
  - Ggfs. aber Abzugsbeschränkungen nach Sonderregelungen:
    - Gebühren verbindliche Auskunft für Steuern vom Einkommen (§ 10 Nr. 2 KStG)
    - Verschmelzung und Ab-/Aufspaltung:
      - Kosten des übernehmenden Rechtsträgers "für den Vermögensübergang" (§ 4 Abs. 4 S. 1 UmwStG; § 12 Abs. 2 S. 1 und 2 UmwStG; ggf. i.V.m. §15 Abs.1 S.1 UmwStG); Abzugsverbot gilt nicht nur für Aufwärtsverschmelzung/-abspaltung, sondern auch für Abwärts-/Seitwärtsverschmelzung (BFH v. 9.1.2013, I R 24/12)
      - Umwandlungskosten des übertragenden Rechtsträgers, soweit sie im Rückwirkungszeitraum (§ 2 Abs. 1 UmwStG) anfallen (UmwSt-Erlass, Tz. 04.34; str.)
- auf Ebene der **Zielgesellschaften**:
  - Aktivierungspflicht "objektbezogener" Kosten (z.B. GrESt) einer Vermögensübertragung (BMF v. 18.1.2010, BStBl. I 2010, 70)
  - nicht objektbezogene Kosten: ggf. Abzugsbeschränkungen wie oben (insb. aus dem UmwStG)

# Erwerber

Finanzierungskosten: Arten

---

## Entgelt für Kapitalüberlassung (Zins)

---

## Sonstige Kosten mit Finanzierungsbezug

- Gebühren i.Z.m. mit Kreditfinanzierung
  - *arrangement fee* = Gebühr für Vermittlung und Strukturierung eines Konsortialkredits; Bruchteil des Gesamtkredits; sofort fällig; nicht rückzahlbar bei vorzeitiger Beendigung der Laufzeit
  - *commitment fee* = Bereitstellungsgebühr; Bruchteil der Marge; nachträglich in festen Intervallen zahlbar
  - *agency fee* = Verwaltungsgebühr für Facility Agent/Security Agent; fester Betrag; nachträglich in festen Intervallen zahlbar
- Hedging-Kosten (z.B. Abschlussgebühr und Differenzausgleich bei Zins-Swaps)
- Beraterhonorare (z.B. für Anwälte) im Zusammenhang mit Finanzierung

## Erwerber

Finanzierungskosten: Aktivierung oder Abzugsbeschränkungen nach § 8b KStG?

---

### Abzugsbeschränkungen nach § 8b KStG?

- keine Abzugsbeschränkung nach § 3c Abs. 1 EStG, da nichtanwendbar (§ 8b Abs. 3 S. 2 KStG)
- keine Abzugsbeschränkung nach § 8b Abs. 3 S. 3 KStG, da laufende Aufwendung (kein Substanzbezug zum Anteil)
- nur pauschale Beschränkung durch 5%-Schachtelstrafe (§ 8b Abs. 5 S. 1 KStG)

### Aktivierung als Anschaffungsnebenkosten?

- keine Anschaffungsnebenkosten, da kein unmittelbarer Zusammenhang mit Erwerb:  
Aufwand für "Anschaffung" des Kredits, nicht Aufwand für das mit Kredit erworbene Wirtschaftsgut  
(BFH v. 24.5.1968, VI R 6/67)
- Vgl. § 275 Abs. 2 Nr. 13 HGB ("*Zinsen und ähnliche Aufwendungen*") und § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 EStG ("*Werbungskosten sind auch Schuldzinsen ...*")

## Erwerber

Finanzierungskosten: aktivische Abgrenzung über Laufzeit?

---

### Aktiver RAP (§ 5 Abs. 5 S. 1. Nr. 1 EStG)

"Als Rechnungsabgrenzungsposten sind nur anzusetzen auf der Aktivseite Ausgaben vor dem Abschlussstichtag, soweit sie Aufwand für eine bestimmte Zeit nach diesem Tag darstellen; ..."

- relevant nur für Gebühren, die über Laufzeit verteilt zu zahlen sind => betrifft daher i.d.R. nicht *commitment fee* oder *agency fee*, sondern nur zu Beginn sofort in voller Höhe fällige Bearbeitungsgebühren wie *arrangement fee*
- BFH v. 14.11.2012, I R 19/12 und v. 22.6.2011, I R 7/10:
  - Vorauss. für aktive Abgrenzung: Vorleistung für eine noch nicht erbrachte zeitraumbezogene Gegenleistung
  - Bearbeitungsgebühr zwar wirtschaftlich Gegenleistung der Kreditgewährung
  - Vorleistungscharakter/Laufzeitbezug allerdings nur dann, wenn Gebühr bei vorzeitiger Beendigung des Kredits (zeitanteilig) zurückerstatten ist
  - Ausnahme: vorzeitige Beendigung nur aus wichtigem Grund möglich und Fehlen konkreter Anhaltspunkte für das Vorliegen eines wichtigen Grundes
- Folgerung für *arrangement fee*: in der Regel nicht aktivisch abgrenzbar, da auch bei vorzeitiger Beendigung nicht rückzahlbar

## Erwerber

Finanzierungskosten: Zinsschranke / gewerbesteuerliche Hinzurechnung (1/3)?

---

### Zinsschranke (§ 4h EStG)

Zinsbegriff der Zinsschranke:

*"Vergütungen für Fremdkapital ...."*

(§h 4 Abs. 3 S. 2 EStG)

---

### Gewerbesteuerlicher Hinzurechnung (§ 8 Nr. 1 Buchst. a GewStG)

Gewerbesteuerlicher Zinsbegriff:

*"Entgelte für Schulden"*

# Erwerber

Finanzierungskosten: gewerbesteuerliche Hinzurechnung (2/3)?

---

## Kreditgebühren

### Vermittlungsgebühr (*arrangement fee*)

=> m.E. kein Zins, weil Vergütung für Vermittlungsleistung

### Bereitstellungsgebühr (*commitment fee*)

=> kein Zins, weil nicht Vergütung für Inanspruchnahme, sondern für Bereithalten der Darlehensmittel  
(BFH v. 10.7.1996, I R 12/96; R. 8.1 Abs. 1 S. 7 GewStR)

### Bearbeitungs-/Verwaltungsgebühren (*agency fee*)

Zins nur, wenn

- (i) ihrer Höhe nach prozentual am Darlehensbetrag bemessen sind,
- (ii) für gesamte Laufzeit des Darlehens zu zahlen und
- (iii) kein Entgelt für besondere, über Kapitalüberlassung hinausgehende Leistungen des Kreditgebers

(BFH v. 9.8.2000, I R 92/99; H 8.1 (1) "Verwaltungskosten" GewStH)

=> m.E. kein Zins, weil fester Betrag und Vergütung für besondere Leistung

---

## Zins-Swap

- BFH v. 4.6.2003, I R 89/02:
  - (jedenfalls) keine Hinzurechnung, wenn keine Personenidentität zwischen Darlehensgeber und Swap-Counterparty (ebenso gl. Ländererlass v. 2.7.2012, BStBl. I 630, Rn. 15; FG Bremen v. 30.9.2002, DStRE 2003, 546 rkr.)
- Unterliegen Zahlungen unter Zins-Swap bei Personenidentität damit stets der Hinzurechnung (*arg. e contrario*)?
  - m.E. keine Zwangsläufigkeit, da Swap-Zahlungen keine Gegenleistung für Kapitalüberlassung
  - abhängig von wirtschaftlichem Zusammenhang (Deckungsgleichheit hinsichtlich des Betrags und der Laufzeit)

## Erwerber

### Finanzierungskosten: Zinsschranke (3/3)?

---

Gelten die **Grundsätze** der **gewerbesteuerlichen Hinzurechnung** auch für Zwecke der **Zinsschranke**?

- "Zins"-Begriffe in § 4h EStG und § 8 Nr. 1 GewStG inhaltlich deckungsgleich.
- Vorstehenden Grundsätze sollten daher an sich auch für Zinsschranke gelten.
- Der Zinsschranken-Erlass (BMF v. 4.7.2008, BStBl. I 2008, Rn. 15) geht allerdings von weitem "Zins"-Begriff aus:

*"Zinsaufwendungen (...) sind auch Vergütungen, die zwar nicht als Zins berechnet werden, aber Vergütungscharakter haben (z. B. Damnum, Disagio, Vorfälligkeitsschädigungen, Provisionen und Gebühren, die an den Geber des Fremdkapitals gezahlt werden)."*

- Ausdrücklich für Anwendung der Zinsschranke auf Aufwendungen/Erträge aus Zins-Swap die bundesweit abgestimmte Verfügung der OFD Karlsruhe v. 10.10.2014 (StEK KStG 1977 § 8a Nr. 38):

*"Unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten stehen Aufwendungen und Erträge für einen Zins-Swap, der in Ergänzung/zur Absicherung des Grundgeschäfts (= einer Fremdkapitalvereinbarung) abgeschlossen wird, mit dieser Fremdkapitalüberlassung in Zusammenhang. Dies gilt **unabhängig davon**, ob der Zins-Swap mit dem **kreditgebenden Institut** oder mit einem **Dritten** abgeschlossen wird und zwar auch dann, wenn dadurch ein Teil der mit einer Kreditaufnahme verbundenen Risiken der auftretenden Zinsschwankungen abgedeckt werden soll. Aufwendungen bzw. Erträge für ein derartiges Geschäft stellen deshalb Zinsen i. S. von § 4 h Abs. 3 EStG dar."*

## Erwerber

Finanzierungskosten: Beraterkosten?

- 
- voll und sofort abziehbar
  - keine aktivische Abgrenzung, da keine Vorleistung für Gegenleistung mit Laufzeitbezug
  - kein Zinsschranke/Hinzurechnung, da keine Vergütung für Fremdkapital



**FORUM**

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

TRANSAKTIONSKOSTEN: ÜBERBLICK

VERÄUßERER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

ERWERBER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

**Fragen des Vorsteuerabzugs**

SONDERTHEMEN

THESEN

# Fragen des Vorsteuerabzugs

---

## Meilensteine der jüngeren Rechtsentwicklung

- **EuGH v. 16.7.2015 zu verbundenen Rechtssachen *Larentia & Minerva* und *Marenave* (C-108/14 und C-109/14):** voller Vorsteuerabzug für Managementholdings
- **BFH v. 19.1.2016, XI R 38/12:** anteilig kein Vorsteuerabzug für Managementholding, soweit diese – nicht nur hilfweise – Kapital verzinslich bei Bank anlegt und/oder steuerfrei Kredite an Konzerngesellschaften vergibt
- **BFH v. 6.4.2016, V R 6/14 und Abschn. 15.22 S. 4 UStAE:** kein Vorsteuerabzug für Managementholdings, soweit Kosten nicht im Zusammenhang mit Beteiligungserwerb stehen, weil eingeworbenes Kapital "in keinem Verhältnis" zum Beteiligungserwerb steht (Ls. 2)

# Fragen des Vorsteuerabzugs

## Voraussetzungen für Vorsteuerabzug

### 1. Veräußerer / Erwerber ist "Unternehmer" (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG)

- Unternehmerbegriff i.S.d. § 2 Abs. 1 UStG
- Holdinggesellschaft ist Unternehmer u.a. dann, wenn sie unmittelbar oder mittelbar in Verwaltung ihrer Tochtergesellschaft(en) eingreift (z.B. durch das Erbringen von entgeltlichen administrativen, finanziellen, kaufmännischen oder technischen Dienstleistungen)  
(st. Rspr., zuletzt EuGH v. 16.7.2015, C-108/14 und C 109/14 Larentia+Minerva und Marenave Schifffahrt);

unschädlich ist, wenn

- die „Eingriffsleistung“ mangels inländischen Leistungsorts („B2B“) nicht der deutschen Umsatzsteuer unterliegt;  
Bsp.: Leistung an (ausländische) Tochtergesellschaft
- die Holding die „Eingriffsdienstleistungen“ selbst von Dritten (z.B. Konzernmutter) bezieht und an Tochtergesellschaft wie ein Geschäftsbesorger entgeltlich weitergibt (vgl. EuGH v. 6.9.2012, C-496/11 Portugal Telecom; s. aber FG Niedersachsen v. 4.2.2010, DStRE 2011, 31, rkr.)
- Kritik an Holdingrechtsprechung: widerspricht Neutralitätsprinzip und Charakter der Mehrwertsteuer als Steuer auf Endverbrauch (eingehend *Datzer*, UR 2016, 653 ff.)
- Praxishinweis:
  - Downstream-Verschmelzung der Erwerber-Gesellschaft auf Zielgesellschaft gefährdet VoSt-Abzug, wenn schon im Zeitpunkt des Leistungsbezugs beabsichtigt
  - Upstream-Verschmelzung grundsätzlich unschädlich, wenn Zielgesellschaft steuerbare Umsätze erbringt (*Pyszka*, DStR 2011, 1013)

# Fragen des Vorsteuerabzugs

---

## Voraussetzungen für Vorsteuerabzug

### **2. Veräußerer / Erwerber ist Empfänger der Leistung (für "sein" Unternehmen) (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG)**

- Leistungsempfänger ist derjenige, der aus zugrunde liegendem Schuldverhältnis als Auftraggeber berechtigt und verpflichtet
- nicht maßgeblich ist, wem die empfangene Leistung wirtschaftlich zuzuordnen ist oder wer sie bezahlt hat
- Vgl. BFH 30.4.2014, XI R 33/11 betreffend die Übernahme von Kosten für Due Diligence-Leistung durch Zielgesellschaft
- Zur Problematik der rechtzeitigen Überleitung der Beratungsverträge siehe unten Folie 45

# Fragen des Vorsteuerabzugs

---

## Voraussetzungen für Vorsteuerabzug

### 3. Leistungsbezug "für Unternehmen" des Veräußerers / Erwerbers (§ 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UStG)

- Vgl. UStAE 2.3:
  - reine Managementholding (Führungs- oder Geschäftsleitungsholding) => voll abzugsberechtigt
  - reine Finanzholding => nicht abzugsberechtigt
  - gemischte Holding => teilweise abzugsberechtigt; Aufteilung nach "objektiven" von den Mitgliedstaaten festzulegenden Kriterien (im Einzelnen Aufteilung str., z.B. Investitions- vs. Umsatzschlüssel) => Vorsteueraufteilung nach § 15 Abs. 4 UStG
- verzinsliche Kapitalanlage (sowohl in Form von Krediten an Konzerngesellschaften als auch als Spareinlage bei Kreditinstitut) durch Holding ist unternehmerisch und damit *per se* nicht vorsteuerschädlich (EuGH v. 29.4.2004, C-77/01 "EDM")

# Fragen des Vorsteuerabzugs

---

## Voraussetzungen für Vorsteuerabzug

### 4. Keine Verwendung für steuerfreie Ausgangsumsätze (§ 15 Abs. 2 UStG) (1/2)

- reine Managementholding erbringt ausschließlich zum VoSt-Abzug berechtigte Ausgangsumsätze in Form der "Eingriffs"-Dienstleistungen

#### *Veräußerer*

- Vorfrage: Stellt Anteilsveräußerung **nicht steuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen (§ 1 Abs. 1a UStG)** dar?
  - bei GiG beurteilt sich VoSt-Abzug des Veräußerers auf Transaktionskosten nach Verwendungsverhältnissen vor GiG (EuGH v. 22.2.2001, C-408/98 Abbey National)
  - GiG im Falle einer Anteilsveräußerung?
    - BFH v. 27.1.2011, V R 38/09: (+) wenn mehr als 50% übertragen werden und Erwerber objektiv erkennbar beabsichtigt, USt-Organschaft zu begründen (beruhte auf EuGH v. 29.10.2009, C 29/08 AB SKF)
    - EuGH v. 30.5.2013, C-651/11 X-BV: (-) wenn nur 30%-Beteiligung übertragen wird
    - UStAE Abschn. 1.5 Abs. 9: wenn Anteile Teil einer eigenständigen Einheit, die eine selbständige wirtschaftliche Betätigung ermöglicht, die vom Erwerber fortgeführt wird
- Falls keine GiG: steuerfreier Umsatz (§ 4 Nr. 8 Buchst. e oder f UStG); Option nach § 9 Abs. 1 UStG in der Regel in praxi nicht durchsetzbar
- Falls steuerfreie Anteilsveräußerung: in der Regel "direkter und unmittelbarer" Zusammenhang zwischen Beraterleistungen und steuerfreier Veräußerung (EuGH v. 6.4.1995, C-4/94 BLP; v. 20.10.2009, C-29/08 AB SKF) => kein Vorsteuerabzug

# Fragen des Vorsteuerabzugs

---

## Voraussetzungen für Vorsteuerabzug

### 4. Keine Verwendung für steuerfreie Ausgangsumsätze (§ 15 Abs. 2 UStG) (2/2)

#### *Erwerber*

- zwar kein direkter und unmittelbarer Zusammenhang zwischen Erwerbsnebenkosten und "Eingriffs"-Dienstleistungen der Holding
- direkter und unmittelbarer Zusammenhang mit unternehmerischer (zum Vorsteuerabzug berechtigender) Gesamttätigkeit der Holding jedoch ausreichend (st. Rspr., z.B. EuGH v. 27.9.2001, Rs. C-16/00, Cibo Participations oder v. 6.9.2012, C 496/11 Portugal Telecom)
- **Praxisproblem:** Vergabe von Krediten an Tochtergesellschaften / verzinsliche Kapitalanlage (z.B. Spareinlage bei Banken)
  - steuerbare (s. oben ), aber steuerfrei (§ 4 Nr. 8 Buchst. a UStG) Leistung
  - steuerfreie Kreditvergabe unschädlich, wenn Darlehensnehmer aus Drittstaat (§ 15 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. b UStG)
  - ansonsten Option (§ 9 UStG) möglich, die allerdings bei Darlehensnehmer aus EU-Ausland i.d.R. nicht zulässig ist
  - falls steuerfreie Kreditgewährung: Vorsteueraufteilung (§ 15 Abs. 4 UStG), wenn nicht bloßer "Hilfsumsatz" i.S.v. § 43 UStDV
  - BFH v. 19.1.2016, XI R 38/12: restriktive Auslegung des § 43 UStDV; nicht anwendbar, wenn Leistung "den eigentlichen Gegenstand des Unternehmens bildet", was bei Finanzierungsleistung einer Holding indes anzunehmen sein dürfte

# Fragen des Vorsteuerabzugs

---

## Voraussetzungen für Vorsteuerabzug

### 5. Verhältnismäßigkeit (1/2)?

- *"Es stellt sich damit die Frage, ob die bei Unternehmenskäufen im Rahmen eines sog. share deals bisweilen in zweistelliger Millionenhöhe anfallenden Erwerbsnebenkosten ... zum Vorsteuerabzug berechtigen, wenn sich die Umsatztätigkeit der die Beteiligung erwerbenden Holdinggesellschaft gegenüber der erworbenen Tochtergesellschaft auf z.B. 100.00 Euro jährlich beschränkt ..."* (Wäger in FS Reiss, 2008, S. 240)
- BFH v. 6.4.2016, V R 6/14:
  - auch bei Managementholding kein Vorsteuerabzug, da eingeworbenes Kapital *"in keinem Verhältnis"* zu Kapital stand, das bei Beteiligungserwerb eingesetzt wurde
  - *"... kann offen bleiben, ob ein weitergehender Vorsteuerabzug im Rahmen einer Schätzung nach § 15 Abs. 4 UStG nicht bereits daran scheitert, dass die Steuer auf Leistungsentgelte ... eine Obergrenze für den Vorsteuerabzug darstellt."*
- Abschn. 15.22 Abs. 1 S. 4 UStAE: *„Ein Recht auf Vorsteuerabzug aus Leistungen im Zusammenhang mit dem Einwerben von Kapital zur Anschaffung einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung besteht für den Unternehmer (insbesondere für eine Holding) jedoch nicht, soweit das eingeworbene Kapital in keinem Verhältnis zu der im unternehmerischen Bereich gehaltenen gesellschaftsrechtlichen Beteiligung steht, **oder wenn die Umsätze, die dieses Recht begründen sollen, eine missbräuchliche Praxis darstellen.**“*
- aktuelle Verwaltungspraxis: VoSt-Abzug auf Erwerbsnebenkosten wird größtenteils versagt, wenn **Ausgangsumsätze** der **Managementholding** deutlich hinter **vorsteuerbelasteten Aufwendungen** zurückbleiben

# Fragen des Vorsteuerabzugs

---

## Voraussetzungen für Vorsteuerabzug

### 5. Verhältnismäßigkeit (2/2)

- Kritik:
  - weder Wortlaut noch System der MwStSystem-RL rechtfertigen Verhältnismäßigkeitsprüfung
  - EuGH-Urteile (Larentia & Minerva und Marenave) bietet keinerlei Anhalt für Verhältnismäßigkeitsprüfung (inbs. wurden dort die jeweils geringen Tätigkeitsvergütungen der Holdings überhaupt nicht problematisiert)
  - Widerspruch zu Rechtsformneutralität des Mehrwertsteuersystems: Schlechterstellung der Betätigung über selbständige Tochtergesellschaften gegenüber unselbständigen Niederlassungen
  - BFH V R 6/14 von FinVerw überinterpretiert: betraf Kapitalbeschaffungsmaßnahme (s. auch *Huschens*, UVR 2016, 286: „Missverhältnis kann wohl nur in Einzelfällen zum Vorsteuerauschluss führen“; *Heinrichshofen*, UStB 2016, 201: „keine besondere Bedeutung über Einzelfall hinaus“)

# Fragen des Vorsteuerabzugs

---

## Behandlung nicht abziehbarer Vorsteuer

- Bei Veräußerer: Abzug als Betriebsausgabe, wenn nicht Veräußerungskosten i.S.d. § 8 Abs. 2 S. 2 KStG
- Bei Erwerber: Abzug als Betriebsausgabe, wenn nicht Anschaffungsnebenkosten

# Fragen des Vorsteuerabzugs

---

## Vorsteuerabzug: Empfehlungen für die Praxis

- Unternehmer trägt Darlegungs- und Feststellungslast für Voraussetzungen des Vorsteuerabzugs
- Verwendungsabsicht im Zeitpunkt des Leistungsbezugs entscheidend
- proaktive und frühzeitige Beweisvorsorge / sorgfältige Dokumentation entscheidend, z.B. Unternehmensgegenstand der HoldCo:
  - schließt Erbringung von Dienstleistungen gegenüber verbundenen Unternehmen ein (vgl. FG Nds. v. 4.2.2010, DStRE 2011, 31 rkr.)
  - Verwaltung von Finanzanlagen nur als Hilfstätigkeit zulässig (vgl. BFH v. 19.1.2016, XI R 38/12)
- Steigerung von "Substanz" der HoldCo durch "management push-up"
- Vermeidung der „Holding-Problematik“ durch:
  - Begründung USt-Organschaft zwischen Erwerbsvehikel und Zielgesellschaft oder
  - Verschmelzung von Erwerbsvehikel und Zielgesellschaft (Vorsicht aber bei Downstream-Verschmelzung)
- Steuererklärungspraxis: voller Abzug mit Offenlegung derzeit wohl beste Variante (aber Zinsrisiko)



**FORUM**

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

TRANSAKTIONSKOSTEN: ÜBERBLICK

VERÄÜBERER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

ERWERBER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

FRAGEN DES VORSTEUERABZUGS

**Sonderthemen**

THESEN

# Personelle Zuordnung von Transaktionskosten

---

## Überleitung von Transaktionskosten auf Akquisitionsgesellschaft (1/2)?

**Sachverhalt:** Beraterverträge wurden zunächst mit Muttergesellschaft (oder nahestehendem Unternehmen) der AkquiCo geschlossen. "Überleitung" der Transaktionskosten auf AkquiCo?

### 1. Pros und cons aus steuerplanerischer Sicht

- vGA-Risiko?
  - Erwerbskosten grundsätzlich im Interesse der AkquiCo
  - nicht übergeleitet werden sollten allerdings Kosten i.Z.m. mit Etablierung der Akquisitionsstruktur selbst (= Gründung der AkquiCo)
- fehlende Abziehbarkeit bei AkquiCo (z.B. aufgrund Aktivierungspflicht, mangels erwarteter verrechenbarer Gewinne oder mangels Unternehmereigenschaft)
- etwaige Restriktionen unter Finanzierungsverträgen

### 2. Variante 1: Übernahme Beratungsvertrag durch dreiseitigen Vertrag (§§ 414 ff. BGB)

- echte zivilrechtliche Vertragsübernahme empfehlenswert; VoSt-Abzug grundsätzlich grds. nur, wenn AkquiCo zivilrechtlicher Auftraggeber (vgl. BFH v. 30.4.2014, XI R 33/11)
- Übernahme so früh wie möglich (bei neuer Akquisitionsstruktur am besten bei Gründung bzw. Erwerb der AkquiCo) und vor vollständiger Erbringung der Leistung und Rechnungsstellung (also in der Regel vor Signing) (vgl. BFH v. 23.8.2007, V R 14/05; Abschn. 3.5 Abs. 7 S. 5 f. UStAE)

# Personelle Zuordnung von Transaktionskosten

---

## Überleitung von Transaktionskosten auf Akquisitionsgesellschaft (2/2)?

### Variante 2: Weiterbelastung der Kosten

- sollte auf schriftlicher, im Vorhinein abgeschlossener Vereinbarung beruhen (formelle Fremdüblichkeit)
- umsatzsteuerbarer und -pflichtiger Leistungsaustausch?
  - von Vereinbarungen zwischen den Parteien abhängig (vgl. FG Niedersachsen v. 4.2.2010, DStRE 2011, 31, rkr.)
  - denkbare Konstellationen:
    - steuerbarer Leistungseinkauf (§ 3 Abs. 11 UStG), wenn Muttergesellschaft im eigenen Namen und für fremde Rechnung Beratungsleistungen einkauft
    - steuerbare Übertragung immaterieller Wirtschaftsgüter (z.B. know how)
    - nicht steuerbarer durchlaufender Posten wohl nur, wenn Mutter erkennbar nach außen im fremden Namen auftritt

# Personelle Zuordnung von Transaktionskosten

## Kostentragung durch Muttergesellschaft (1/4)

**Sachverhalt:** Die Tochter-GmbH veräußert 100% der Anteile an der Enkel-GmbH. Die Kosten für Beratung (Anwälte, Steuerberater, Banken) trägt die Mutter-AG, die alle Anteile an der Tochter-GmbH hält und auch die Beratungsverträge abgeschlossen hat. Die Mutter-AG belastet die Kosten nicht an die Tochter-GmbH weiter.

Kann die Mutter-AG die Beratungskosten als Betriebsausgaben und die Umsatzsteuer darauf als Vorsteuer abziehen?

### Lösung:

#### BA-Abzug?

- keine (nicht abziehbaren) Veräußerungskosten i.S.d. § 8b Abs. 2 S. 2 KStG, da G-AG selbst keine Anteile veräußert
- keine substanzbezogener Aufwand i.S.d. § 8 Abs. 3 S. 3 KStG, sondern laufende Kosten
- verdeckte Einlage (und damit Hinzuaktivierung auf Anteile an Tochter-GmbH)?
  - keine Befreiung von Verbindlichkeit, da Mutter die Beratungsverträge selbst geschlossen hat (kein abgekürzter Zahlungsweg)
  - keine Befreiung von Aufwendungsersatzanspruch (GoA gemäß §§ 677, 683 BGB), wenn Mutter ohne Fremdgeschäftsführungswille handelt und keine Absicht hat, Ersatz zu verlangen (§ 685 Abs. 1 BGB)
  - keine Einlage von immateriellem Wirtschaftsgut (z.B. know how), weil Rechte aus Beratungsvertrag bei Mutter-AG verbleiben
  - ersparte Aufwendungen bloßer (nicht einlagefähiger) Nutzungsvorteil (BFH v. 26.10.1987, GrS 2/86; v. 19.5.2005, IV R 3/04)

# Personelle Zuordnung von Transaktionskosten

---

## Kostentragung durch Muttergesellschaft (2/4)

- a.A. Vertreter der FinVerw (z.B. *Stimpel*, GmbHR 2012, 199, 205): Zurechnung der Betriebsausgaben zur Tochter-GmbH unter Berufung auf Rechtsfigur des „abgekürzten Vertragswegs“ (Drittaufwand)
- m.E. mangels Drittleistungswillens kein Fall des abgekürzten Vertragswegs, wenn Kostentragung im eigenen Interesse der Mutter-AG (etwa als Konzernspitze und Führungsholding und damit auch wegen Nähe zu Fachabteilungen)
- in diesen Fällen sollte daher auch Missbrauch (§ 42 AO) ausscheiden

### Vorsteuerabzug?

(+) wenn Mutter-AG Unternehmer ist und die Leistung selbst in Auftrag gegeben hat (vgl. BFH v. 30.4.2014, XI R 33/11)

**Abwandlung 1:** Wie oben. Nur kauft jetzt die Tochter-GmbH Anteile an der Enkel-GmbH und die Mutter-AG trägt die Kosten.

**Lösung:** Wie oben. Insbesondere keine Aktivierung als Anschaffungsnebenkosten, da Mutter -AG keinen Vermögensgegenstand erwirbt (§ 255 Abs. 1 S. 2 HGB iVm § 5 Abs. 1 EStG).

# Personelle Zuordnung von Transaktionskosten

## Kostentragung durch Muttergesellschaft (3/4)

**Abwandlung 2:** Verkäufer/Erwerber der Anteile ist eine ausländische Gesellschaft.

Einkommenskorrektur bei Mutter-AG nach **§ 1 AStG**?

- Stellt Nutzungseinlage eine korrekturfähigen Geschäftsbeziehung dar?

- Legaldefinition in § 1 Abs. 4 S. 1 AStG:

*"Geschäftsbeziehungen ... sind ... wirtschaftliche Vorgänge (Geschäftsvorfälle) ..., denen keine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung zugrunde liegt; gesellschaftsvertragliche Vereinbarung ist eine Vereinbarung, die unmittelbar zu einer rechtlichen Änderung der Gesellschafterstellung führt; ...,"*

- FG Sachsen v. 26.1.2016, EFG 2016, 1328 (Rev. BFH I R 14/16): zinsloses/zinsgünstiges Gesellschafterdarlehen ist Geschäftsbeziehung

- hier besteht aber kein Vertrag zwischen Mutter-AG und Tochter-GmbH

- § 1 Abs. 4 AStG n.F. (siehe Satz 2) erfasst aber auch fingierte schuldrechtliche Beziehungen:

*„Liegt einem Geschäftsvorfall keine schuldrechtliche Vereinbarung zugrunde, ist davon auszugehen, dass voneinander unabhängige ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter eine schuldrechtliche Vereinbarung getroffen hätten oder eine bestehende Rechtsposition geltend machen würden, die der Besteuerung zugrunde zu legen ist, es sei denn, der Steuerpflichtige macht im Einzelfall etwas anderes glaubhaft.“*

- keine gesellschaftsvertragliche Vereinbarung? hier jedenfalls dann (+), wenn keine Satzungsbestimmung

# Personelle Zuordnung von Transaktionskosten

---

## Kostentragung durch Muttergesellschaft (4/4)

**Abwandlung 2:** Verkäufer/Erwerber der Anteile ist eine ausländische Gesellschaft.

- Fremdvergleich: Liegt Kostentragung im eigenbetrieblichen Interesse für Konzernmutter (Führungsholding)?
- abkommensrechtliche Schranken einer Korrektur gemäß Art. 9 Abs. 1 OECD-MA: „*kaufmännische oder finanzielle Beziehungen*“  
=> schließt dies gesellschaftlich veranlasste Beziehungen aus?
- Europarechtswidrigkeit des § 1 AStG, weil die Vorschrift auch bei Nutzungseinlage Einkommenskorrektur zulässt, die in inländischen Sachverhalten nicht möglich wäre? vgl. Vorlagebeschluss des FG Rheinland-Pfalz v. 28.6.2016, IStR 2016, 675

# Personelle Zuordnung von Transaktionskosten

---

## Übernahme der "Veräußerungskosten" durch Zielgesellschaft

**Beispiel:** Die A-GmbH gibt hinsichtlich ihrer eigenen rechtlichen und steuerrechtlichen Verhältnisse eine sog. Vendor Due Diligence in Auftrag. Die Ergebnisse der Prüfung nutzen auch der A-GmbH, weil sie dadurch in die Lage versetzt wird, bestimmte rechtliche Probleme zu beheben (Beispiel: Überarbeitung unwirksamer AGB in Kundenverträgen).

### 1. BA-Abzug

- (-) wenn gesellschaftliche Veranlassung (vGA)
- Veräußerungskosten liegen grundsätzlich im Interesse des Gesellschafters (BFH v. 17.5.2000, I R 79/99)
- in besonderen Fällen aber eigenbetriebliches Interesse denkbar; Beispiel: nur im Falle der Veräußerung wird der Gesellschaft neues Kapital zugeführt

### 2. Vorsteuerabzug

- grundsätzlich (+) wenn Zielgesellschaft aufgrund eigenen Beratungsvertrag als Auftraggeber zur Leistung berechtigt ist (vgl. BFH v. 30.4.2014, XI R 33/11)

# Interne Kosten und Gemeinkosten

Veräußerer

---

## Veräußerungskosten: Einbeziehung von internen Kosten und Gemeinkosten?

Zählen **Gemeinkosten** (z.B. allgemeine Verwaltungs-, Raum- und Personalkosten) grundsätzlich zu Veräußerungskosten i.S.d. § 8b Abs. 2 S. 2 KStG?

- BFH v. 15.6.2016, I R 64/14:
  - Gemeinkosten "jedenfalls dann" nicht abziehbar, wenn Geschäftszweck einer KapGes ausschließlich darin besteht, Vorratsgesellschaften zu gründen und deren Anteile zu veräußern (hier: Handel mit Vorratsgesellschaften)
- Lässt sich diese Rechtsprechung verallgemeinern?
  - Sind auch Gemeinkosten einer "normalen" Holding Veräußerungskosten?
    - M.E. (-), weil deren Geschäftszweck in der Regel im Halten und nicht der Veräußerung von Beteiligungen besteht (was schon durch den Ausweis im Anlagevermögen zum Ausdruck kommt)
    - S. auch Brandis, BFH/PR 2017, 23 f.: "im Normalfall" keine Einbeziehung von Gemeinkosten in Veräußerungskosten

Können auch **interne Kosten** (z.B. Kosten der M&A-, Rechts- oder Steuerabteilung) Veräußerungskosten sein?

- nur wenn sie einzeln zuordenbar – also Einzelkosten – sind (s.o.)
- an entsprechender Zuordenbarkeit wird es aber in der Regel fehlen (ebenso *Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, § 8b KStG Rn. 109b)

# Interne Kosten und Gemeinkosten

Erwerber

---

## Anschaffungsnebenkosten: Einbeziehung von internen Kosten und Gemeinkosten?

- Zählen **Gemeinkosten** des Erwerbers zu den aktivierungspflichtigen Anschaffungsnebenkosten?
  - Nein (BFH v. 17.10.2001, I R 32/00).
  - Vgl. § 255 Abs. 1 Satz 1 HGB: "*Anschaffungskosten sind die Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen, soweit sie dem Vermögensgegenstand einzeln zugeordnet werden können.*"
  - H 6.2 EStH: "*Nebenkosten gehören zu den Anschaffungskosten, **soweit sie dem Wirtschaftsgut einzeln zugeordnet werden können.***"
  - Somit können z.B. Personalkosten und Sachkosten für die M&A- und Rechtsabteilung sofort abgezogen werden.
- Können auch **interne Kosten** als Anschaffungsnebenkosten zu aktivieren sein?
  - nur wenn sie einzeln zuordenbar –also Einzelkosten – sind (BFH v. 13.4.1988, I R 104/86)
  - an entsprechender Zuordenbarkeit wird es aber in der Regel fehlen

# Kosten aus Sicherungsgeschäften (hedging)

## Fremdwährungsrisiken

---

### Fallgruppe 1: Kosten zur Absicherung eines Veräußerungspreises in Fremdwährung

- Anteilsveräußerung in Fremdwährung
  - Veräußerungspreis i.S.d. § 8b Abs. 2 S. 2 KStG ist zum Zeitpunkt der Entstehung des Veräußerungsgewinns (Übergang wirtschaftliches Eigentum) in Euro umzurechnen => auch währungsbedingter Gewinn/Verlust ist nach § 8b Abs. 2, 3 KStG steuerfrei bzw. nicht abziehbar (vgl. BFH v. 21.9.2016, I R 63/15)
- Gewinne / Verluste aus Sicherungsgeschäften (z.B. Devisentermingeschäft) oder Akquisitionsdarlehen in Fremdwährung
  - Verluste aus Sicherungsgeschäften keine Veräußerungskosten, da selbständiges Rechtsgeschäft (BFH v. 2.4.2008, IX R 73/04, BFH/NV 2008, 1658 zu § 17 EStG)
  - Ist Gewinn/Verlust aus Sicherungsgeschäft ausnahmsweise nach § 8b Abs. 2, 3 KStG steuerfrei/nicht abziehbar, wenn zwischen Anteilen und Sicherungsgeschäft Bewertungseinheit gebildet wird (§ 254 Abs. 1 HGB, § 5 Abs. 1a EStG)?
    - FG Berlin-Brandenburg v. 10.2.2016, EFG 2016, 1629 (Rev. BFH I R 20/16): nein; Bewertungseinheit als Vorschrift der Gewinnermittlung irrelevant für außerbilanzielle Korrektur nach § 8b KStG
  - Verlust aus Termingeschäft nicht abziehbar nach § 15 Abs. 4 S. 3 EStG, wenn nicht auf physische Lieferung des Basiswerts gerichtet (BFH v. 6.7.2016, I R 25/14)
- **Fazit:**
  - Kosten für Währungskurssicherung im Prinzip abziehbar (bei physischer Lieferung)
  - aber Asymmetrie, wenn Devisentermingeschäft/Darlehen Gewinn erzeugt (obwohl wirtschaftlich/bilanziell - jedenfalls per saldo - kein Gewinn/Verlust entsteht): Gewinn aus Termingeschäft/Darlehen steuerpflichtig; Verlust aus Anteilsveräußerung nicht abziehbar

# Kosten aus Sicherungsgeschäften (hedging)

Anteilswert

---

## Fallgruppe 2: Kosten zur Absicherung des Werts der Anteile

- Gewinne / Verluste aus Sicherungsgeschäften (z.B. Stillhalteprämie/Anschaffungskosten für Put Option)
  - kein Abzugsverbot nach **§ 8b Abs. 3 S. 3 KStG**, da z.B. Optionsrecht kein Anteil i.S.d. Vorschrift; arg. e § 17 Abs. 1 S. 3 EStG (BFH v. 6.3.2013, I R 18/12)
  - nichtabziehbare Veräußerungskosten i.S.d. **§ 8b Abs. 2 S. 2 KStG**?
    - m.E. nicht, weil Option separates Rechtsgeschäft (vgl. Argumentation zu Devisentermingeschäft sowie BFH v. 6.3.2013, I R 18/12: Gewinn aus Stillhalteprämie nicht steuerfrei nach § 8b Abs. 2 KStG)
    - s. aber BFH v. 9.4.2014, I R 52/12 (ausdrücklich erwähnt in BMF v. 24.7.2015, BStBl. I 2015, 612): Verluste aus kompensatorischem Sicherungsgeschäft (Termingeschäft mit optionaler Lieferung von Zertifikaten) Veräußerungskosten
    - s. auch FG Nürnberg v. 1.3.2011 (EFG 2013, 966 rkr.): Prämie für Put Option Veräußerungskosten i.S.d. § 8b Abs. 2 S. 2 KStG
    - BFH I R 52/12 betraf *tax arbitrage*-Fall und sollte nicht zu sehr verallgemeinert werden („bad cases make bad law“)
    - s. aber auch BMF v. 18.1.2016, BStBl. I 2016, 85 Rn. 140: Anschaffungskosten für Optionsrecht sind im Rahmen von § 20 Abs. 4 EStG Veräußerungskosten
  - ggf. Abzugsbeschränkung **§ 15 Abs. 4 S. 3 EStG** prüfen; aber nicht anwendbar bei (i) physischer Lieferung des Basiswerts oder (ii) Absicherung von nach § 8b Abs. 2 KStG steuerfreien Aktiengeschäften (§ 15 Abs. 4 S. 5 EStG)
- **Fazit:**
  - Kosten für kompensatorische Sicherung des Anteilswerts (wohl) Veräußerungskosten und damit nicht abziehbar
  - Asymmetrie von Grund- und Sicherungsgeschäft

# Vergebliche Transaktionskosten

---

## Beim Veräußerer

- Fehlgeschlagene Veräußerungskosten sind keiner Veräußerung zuordenbar und damit keine Veräußerungskosten, sondern sofort abziehbare BA (vgl. BFH v. 17.4.1997, VIII R 47/95 zu § 17 EStG).

## Beim Erwerber

- Vergebliche "Erwerbs"-Kosten (z.B. Due Diligence) sind bei einer Körperschaft als BA abziehbar (§ 4 Abs. 4 EStG i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG):
  - mangels Anschaffung (= Erlangung wirtschaftliches Eigentum an Anteilen) keine Aktivierung als Anschaffungsnebenkosten
  - Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 KStG nicht anwendbar (BFH v. 9.1.2013, I R 72/11, BStBl. II 2013, 343):
    - Abzugsverbot setzt Anteile als sachliches Bezugsobjekt voraus
    - Abziehbarkeit teleologisch geboten, weil keine korrespondierende Steuerfreiheit von Gewinnen aus Beteiligung
  - Abziehbarkeit daher auch dann, wenn Kosten zunächst als AK aktiviert und AK jetzt aufwandswirksam ausgebucht werden müssen
- Exkurs: natürliche Person als Erwerber
  - Abziehbarkeit noch nicht höchstrichterlich geklärt
  - verneinend mit Blick auf Teilabzugsverbot des § 3c Abs. 2 EStG (gilt ab VZ 2011 auch bei bloßer Einnahmenerzielungsabsicht )  
*Ettinger, Ubg 2017, 196 ff.*

# Kosten für W&I-Versicherung

---

## Abziehbarkeit von Prämie und Versicherungssteuer

- Warranties & Indemnities-Versicherungen:
  - ermöglichen es, die Haftung des Verkäufers für Gewährleistungsverletzungen in gewissem Umfang auszuschließen und gegen eine Versicherungsprämie zu Gunsten des Käufers auf einen solventen Versicherer zu übertragen
  - Versicherungsnehmer in der Praxis fast immer der Käufer
  - S. allgemein *Hoger/Baumann*, NZG 2017, 811
- Abziehbarkeit Versicherungsprämie?
  - keine Anschaffungsnebenkosten, da keine Finalität
  - Versicherungssteuer: da es keinen dem VoSt-Abzug entsprechenden Abzug gibt, Abziehbarkeit als Betriebsausgabe (+)



**FORUM**

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

TRANSAKTIONSKOSTEN: ÜBERBLICK

VERÄUßERER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

VERÄUßERER: VORSTEUERABZUG

ERWERBER: BETRIEBSAUSGABENABZUG

ERWERBER: VORSTEUERABZUG

SONDERTHEMEN

**Thesen**

# Thesen

---

- Rechtsunsicherheit durch unscharfe Kriterien
- vielfache Asymmetrie (Bsp.: wirtschaftliche Veranlassung vs. Finalität)
- Steuerplanungsthema
- Compliance-Thema
- klare und im Vorhinein entworfene Dokumentation von höchster Wichtigkeit:
  - Zielsetzungen
  - Prozessabläufe
  - interne Vereinbarungen / gesellschaftsrechtliche Dokumentation
  - Rechnungen