

Patrick Sinewe (Hrsg.)

Tax Due Diligence

Patrick Sinewe (Hrsg.)

Tax Due Diligence

Tax Audit beim Unternehmenskauf –
Ablauf, Beratung, Muster



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<<http://dnb.d-nb.de>> abrufbar.

1. Auflage 2010

Alle Rechte vorbehalten

© Gabler | GWV Fachverlage GmbH, Wiesbaden 2010

Lektorat: RA Andreas Funk

Gabler ist Teil der Fachverlagsgruppe Springer Science+Business Media.

www.gabler.de



Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürften.

Umschlaggestaltung: KünkelLopka Medienentwicklung, Heidelberg

Druck und buchbinderische Verarbeitung: Ten Brink., Meppel

Gedruckt auf säurefreiem und chlorfrei gebleichtem Papier

Printed in the Netherlands

ISBN 978-3-8349-1440-8

Vorwort

Bei einem anvisierten Kauf eines Unternehmens oder eines Unternehmensteils ist es für den potentiellen Käufer von essentiellm Interesse, das zu erwerbende Unternehmen unter dem Gesichtspunkt der Vergangenheits-, Gegenwarts- und Zukunftssituation genau zu analysieren, um etwaige Risiken bereits zu Beginn eines Unternehmenskaufsprozesses zu erkennen. Für eine solche Vorfeldanalyse hat sich in der Beratungspraxis der Begriff der Due Diligence¹ durchgesetzt. Damit ist die gebotene Sorgfalt gemeint, die bei dem Prozess eines Unternehmenserwerbs anzuwenden ist, um die Chancen und Risiken eines solchen Erwerbs vor Vertragsschluss zu evaluieren. Über die letzten zehn Jahre hinweg haben sich standardisierte Vorgehensweisen für eine solche Due Diligence-Prüfung herauskristallisiert, die vielfach nach den jeweiligen Untersuchungsgebieten in rechtliche DD, steuerliche DD, finanzielle DD, vertragliche DD, umweltrechtliche DD und weitere Abschnitte aufgliedert werden.

Das vorliegende Handbuch sieht seinen Schwerpunkt in der steuerlichen Due Diligence. Es soll hierbei als Leitlinie für Unternehmensentscheider und Berater dienen, einen solchen Due Diligence-Prozess zu gestalten und zu begleiten. Hierbei liegt der Fokus auf rein nationalen Unternehmenskäufen, so dass Aspekte des internationalen Steuerrechts und des Außensteuerrechts nur ansatzweise behandelt werden.

Dieses Handbuch ist als Praxisleitfaden ausgestaltet und behandelt somit neben dem organisatorischen Ablauf Empfehlungen zum Umfang von bereitzustellenden Informationen und Dokumenten, die inhaltliche Gestaltung des zu erstellenden DD-Berichts sowie die nach durchgeführter Prüfung im Rahmen der Vertragsbehandlung aufzunehmenden Steuerklauseln im Unternehmenskaufvertrag.

Das Handbuch berücksichtigt die bis Mitte 2009 in Kraft getretenen und bereits näher konkretisierten Gesetzesänderungen².

Dank gilt den einzelnen Autoren für ihre Beiträge. Für die tatkräftige Unterstützung bei der Erstellung danke ich außerdem Frau Meike Otto.

Frankfurt am Main, im August 2009

Der Herausgeber

¹ Nachfolgend auch als „DD“ bezeichnet.

² Insbesondere das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007, BGBl. I 2007, 1912, das Jahressteuergesetz 2009 vom 20.12.2007, BGBl. II 2007, 3150, das Jahressteuergesetz 2009 vom 19.12.2008, BGBl. 2008, 2794, und die Erbschaftsteuerreform vom 24.12.2008, BGBl. I 2008, 3018.

Inhaltsübersicht

Vorwort	5
Abkürzungsverzeichnis	14
Literaturverzeichnis	16
Bearbeiterverzeichnis	18
§ 1 Einführung	19
A. Vor- und Nachteile der Durchführung einer Due Diligence	19
B. Vorgehensweise	19
§ 2 Ablauf einer Tax Due Diligence	21
A. Anlässe und Ziele einer Tax Due Diligence	21
B. Tax Due Diligence-Listen	22
I. Typische Regelungsbereiche einer Tax Due Diligence-Checkliste	22
1. Steuererklärungen und Steuerbescheide der letzten drei bis fünf Veranlagungszeiträume	22
2. Jahresabschlüsse bzw. Prüfungsberichte der letzten drei bis fünf Veranlagungszeiträume	22
3. Bericht der letzten steuerlichen Betriebsprüfung	23
4. Steuerlich relevante Rechtsverhältnisse	23
a) Handelsregisterauszüge	23
b) Konzernübersicht	23
c) Grundbuchauszüge	24
d) Gesellschaftsvertrag, andere Verträge	24
e) Gesellschafterbeschlüsse der letzten drei bis fünf Veranlagungszeiträume	24
II. Informationsquellen	24
III. Sachlicher und zeitlicher Umfang	25
IV. Muster eines steuerlichen Fragekatalogs	26
C. Datenraumregeln	27
I. Restriktionen bei der Offenlegung von Informationen	27
II. Regelungen zum Ablauf	27
III. Muster einer Datenraumregelung	28
D. Geheimhaltungsvereinbarung	29
I. Sinn und Zweck	29
II. Muster einer Geheimhaltungsvereinbarung	30
E. Erstellung eines Tax Due Diligence-Berichts	34
I. Ziel und Umfang eines steuerlichen Berichts	34
II. Muster eines Leitfadens für die einheitliche Gestaltung des Due Diligence-Berichts	34
III. Muster eines Due Diligence-Berichts	36
F. Abgabe einer Tax Opinion	37
I. Hintergründe für die Abgabe einer Tax Opinion	37
II. Muster einer Tax Opinion	38

	G. Strukturierung einer Tax Due Diligence aus Unternehmenssicht	39
	I. Allgemeine Grundlagen	39
	1. Verpflichtung des Käufers zur Durchführung einer Due Dilligence	40
	2. Zugang zu den Informationen und Unterlagen des Zielunternehmens	42
	3. Organisation der Due Diligence	43
	a) Optimierung des Due Diligence Prozesses	44
	b) Ablauf der Due Diligence	45
	c) Auswahl der Berater	46
	II. Besonderheiten bei Immobilientransaktionen	47
	1. Erwerb eines Grundstücks (asset deal)	48
	2. Erwerb der Anteile an der Grundstücksgesellschaft (share deal)	49
§ 3	Analyse der Steuerbilanz	51
	A. Spezifische Zielsetzung im Rahmen der Tax Due Diligence	51
	B. Durchsicht spezifischer Unterlagen	51
	C. Analyse ausgewählter Bilanzpositionen	52
	I. Anlagevermögen	52
	1. Immaterielle Vermögensgegenstände	53
	a) Geschäfts- oder Firmenwert	53
	b) Übrige immaterielle Anlagewerte	53
	2. Sachanlagen	54
	a) Werthaltigkeitsanalyse	54
	b) Immobilien	55
	c) Übrige Sachanlagen	56
	3. Finanzanlagen	56
	4. Sonderfall Finanzunternehmen	58
	5. Beteiligungen an Personengesellschaften	58
	II. Umlaufvermögen	59
	1. Vorratsvermögen	59
	2. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände	59
	3. Forderungen gegen nahe stehende Personen	60
	4. Wertpapiere und andere Finanzinstrumente des Umlaufvermögens	60
	5. Sonderfall Finanzunternehmen	61
	6. Steuerforderungen	61
	III. Latente Steuern	62
	IV. Eigenkapital	62
	1. Eigenkapitalpositionen	62
	2. Chancen- und Risikoanalyse im Eigenkapital	63
	3. Eigenkapitalgarantien	66
	4. Verlustvorträge	67
	V. Sonderposten mit Rücklageanteil	67
	VI. Rückstellungen	67
	1. Allgemeine Rückstellungen	67
	2. Pensionsrückstellungen	68
	3. Steuerrückstellungen	69
	4. Rückstellungen für latente Steuern	69
	VII. Verbindlichkeiten	69
	1. Allgemeine Risiken im Rahmen der Tax Due Diligence	69

	2. Besonderheiten bei Gesellschafterdarlehen	70
	3. Rangrücktritt und Forderungsverzichte	71
	VIII. Analyse der Gewinn- und Verlustrechnung	71
	1. Personalaufwand	71
	2. Zinsen und ähnliche Aufwendungen	73
	3. Erträge aus Beteiligungen	74
	4. Abschreibungen auf Finanzanlagen und Wertpapiere des Umlaufvermögens	74
	D. Steuerliche Finanzplanmodelle	74
§ 4	Risikobereiche beim Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften	78
	A. Durchsicht spezifischer Unterlagen	79
	B. Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen	80
	I. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	80
	II. Kapitalertragsteuer bei verdeckten Gewinnausschüttungen	81
	1. Inländische Anteilseigner	81
	2. Ausländische Anteilseigner	82
	III. Prüfungsschwerpunkte in einer steuerlichen Due Diligence	83
	1. Verdeckte Gewinnausschüttungen	83
	a) Beratungskosten	83
	b) Darlehen von Gesellschaftern, diesem nahe stehenden Personen und von verbundenen Unternehmen	84
	c) Gesellschafter-Geschäftsführer	86
	d) Gründungskosten	88
	e) Sicherheiten für Bankdarlehen an Konzerngesellschaften	88
	f) Transaktionskosten	89
	g) Verrechnungspreise	90
	h) Formulierungsvorschläge	90
	2. Verdeckte Einlagen	91
	C. Verlustnutzung	92
	I. Bis Veranlagungszeitraum 2007 (§ 8 Abs. 4 KStG)	93
	1. Voraussetzungen § 8 Abs. 4 a.F.	93
	2. Prüfungsschwerpunkte in einer Due Diligence	93
	II. Ab Veranlagungszeitraum 2008 (§ 8c KStG)	96
	1. Voraussetzungen nach § 8c KStG	97
	2. Prüfungsschwerpunkte in einer Due Diligence	98
	a) Anteilsübertragungen und Fünf-Jahres-Zeitraum	98
	b) Vergleichbarer Sachverhalt	100
	c) Erwerber nahe stehende Personen und Erwerber mit gleichgerichteten Interessen	101
	d) Unterjähriger Beteiligungserwerb	102
	e) Sanierungsklausel	103
	III. Verlustvorträge bei Verschmelzungen	104
	1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen	104
	2. Prüfungsschwerpunkte in einer Due Diligence	105
	a) Zeitliche Anwendbarkeit	105
	b) Fortführung des Verlustbetriebes	105
	IV. Mindestbesteuerung	106

	D. Finanzierungsaufwendungen	106
	I. Bis Veranlagungszeitraum 2007	107
	1. Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 8a KStG a.F.	107
	2. Prüfungsschwerpunkte in einer Due Diligence	108
	a) Ermittlung des maßgeblichen Eigenkapitals und „safe haven“	108
	b) Holdinggesellschaften	110
	c) Fremdkapital von wesentlich Beteiligten Anteilseignern und nahe stehenden Personen	110
	d) Fremdkapital von rückgriffberechtigten Dritten	111
	e) Konzerninterne Anteilsüberwerb	112
	II. Ab Veranlagungszeitraum 2008	113
	1. Voraussetzungen § 4h EStG, 8a KStG n.F.	113
	2. Prüfungsschwerpunkte in einer Due Diligence	114
	a) Berechnung Netto-Zinsaufwand	114
	b) Anwendung der „Escape-Klausel“	115
	c) Übertragung des Betriebes oder Teilbetriebes	117
	d) Schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung	118
	e) Untergang bzw. Fortbestand Zinsvortrag	118
	E. Organschaft	119
	I. Organschaftsvoraussetzungen	120
	1. Körperschaftsteuer	120
	2. Gewerbesteuer	121
	3. Umsatzsteuer	121
	II. Prüfungsschwerpunkte in einer steuerlichen Due Diligence	122
	1. Finanzielle Eingliederung	122
	2. Wirksamer Ergebnisabführungsvertrag	122
	3. Eintragung im Handelsregister	123
	4. Tatsächliche Durchführung des Ergebnisabführungsvertrages	124
	5. Personengesellschaft als Organträger	125
	6. Beendigung des Ergebnisabführungsvertrages	126
	7. Ausgleichszahlungen an Minderheitsgesellschafter	126
	8. Haftung Organkreis	127
	a) Vermeidung einer Haftung	127
	b) Steuergarantie für „verunglückte“ Organschaften	128
	F. Sonstige Prüfungsschwerpunkte	129
	I. Verrechnungspreisdokumentation	129
	II. Steuerliche Behandlung von Transaktionskosten	130
	1. Due Diligence Kosten	130
	2. Rechtsberatung	131
	3. Grunderwerbsteuer	132
	4. Finanzierungskosten	133
	5. Steuerfreie Sanierungsgewinne	134
	G. Regelungen über die Gewinnzuweisung	135
§ 5	Risikobereiche beim Erwerb von Anteilen an Personengesellschaften/Betrieben	137
	A. Durchsicht spezifischer Unterlagen	137
	B. Steuerliche Behandlung der Veräußerung von Anteilen an einer Personengesellschaft	138

I.	Konkretisierung des Veräußerungsgegenstandes	138
II.	Begünstigungen des Veräußerungsgewinns nach § 16 EStG	139
III.	Steuerliche Grundprinzipien bei der Personengesellschaft	140
IV.	Beurteilung von Sonderbetriebsvermögen im Zuge der Due Diligence	141
	1. Überprüfung der Zuordnung von Sonderbetriebsvermögen	141
	2. Verkäuferseitige Strukturierung des Sonderbetriebsvermögens beim Verkauf	143
V.	Steuerliche Überprüfung von Ergänzungsbilanzen	144
VI.	Doppelstöckige Personengesellschaften	146
VII.	Verlustnutzungsbeschränkung (§ 15a EStG)	147
VIII.	Überentnahmen im Sinne des § 4 Abs. 4a EStG	148
IX.	Übertragungen i.S.d. § 6 Abs. 5 EStG	148
X.	Überprüfung vergangener Realteilungen	149
XI.	Begünstigung nicht entnommener Gewinne (§ 34a EStG)	150
XII.	Atypisch stille Gesellschaften	150
XIII.	Beendigung einer Betriebsaufspaltung	151
XIV.	Aufteilung des Kaufpreises	151
C.	Formulierungsvorschläge	152
	I. Aufbau eines typischen Due Diligence Berichts für Personen- gesellschaften/Einzelunternehmen aus ertragsteuerlicher Sicht	152
	II. Steuerklauseln im Kaufvertrag	153
§ 6	Weitere ausgewählte Risikobereiche	157
A.	Umstrukturierungen	157
	I. Durchsicht spezifischer Unterlagen	157
	II. Überprüfung von steuerlichen Haltefristen	158
	1. Umwandlungsrechtliche Sperrfristen	158
	2. Einkommensteuerliche Behaltefristen	158
	3. Behaltefristen bei steuerlichen Rücklagen	159
	a) Investitionsabzugsbetrag (§ 7g EStG)	159
	b) Rücklage nach § 6b EStG	160
	4. Umstrukturierungen durch Anteilstausch	160
	a) Anteilstausch hat in der Vergangenheit stattgefunden	160
	b) Verkauf erfolgt gegen Gewährung von Anteilen als Kaufpreis	161
	5. Aufbau eines typischen umstrukturierungsrechtlichen Due Diligence Berichts	162
B.	Gewerbesteuerliche Risikobereiche	163
	I. Durchsicht spezifischer Unterlagen	163
	II. Gewerbesteuerliche Hinzurechnungen	164
	III. Veräußerungsvorgänge	164
	1. Gewerbebesteuer auf Veräußerungsvorgänge	165
	2. Gewerbebesteuerbelastung durch vorgeschaltete Umstrukturierungen	166
	3. Gewerbebesteuerbelastung auf Ebene des Veräußerers	167
	IV. Gewerbesteuerliche Organschaft	167
	V. Formulierungsvorschläge	168
	1. Aufbau eines typischen gewerbesteuerlichen Due Diligence-Berichts	168
	2. Steuerklauseln im Kaufvertrag	169
C.	Umsatzsteuerliche Risikobereiche	170

I.	Durchsicht spezifischer Unterlagen	170
II.	Anforderungsprofil eines Unternehmenserwerbers an eine umsatzsteuerliche Due Diligence	170
	1. Aufzeigen und Quantifizieren von bestehenden Risiken	170
	2. Aufzeigen und Quantifizieren von Risiken durch den Erwerb als solchen	171
III.	Kurzüberblick zur Umsatzsteuer aus der Sicht eines Erwerbers eines Unternehmens	171
	1. Das Zielunternehmen führt ausschließlich Abzugsumsätze aus	171
	2. Zielunternehmen führt ausschließlich Ausschlussumsätze aus	172
IV.	Typische umsatzsteuerliche Risikobereiche	172
	1. Allgemeines	172
	2. Umsatzsteuerliche Risiken beim share deal	173
	a) Fehlender oder falscher Umsatzsteuerausweis in Rechnungen	173
	b) Fehlerhafte umsatzsteuerliche Beurteilung der Weiterbelastung von Eingangsleistungen des Unternehmens inklusive ihrer Inrechnungstellung und Dokumentation	174
	c) Inkorrekte buchtechnische Behandlung sowohl der Eingangs- als auch der Ausgangsleistungen oder Nichtdurchführung notwendiger Korrekturen	175
	d) Inkorrekte Erklärung von Eingangs- und Ausgangsleistungen im Steuererklärungsverfahren (Umsatzsteuer-Compliance im engeren Sinne)	175
	e) Nichteinhaltung der Dokumentationspflichten im Zusammenhang mit dem innergemeinschaftlichen Erwerb oder Ausfuhrlieferungen	176
	f) Beurteilung steuerbarer bzw. steuerpflichtiger Leistungen als nicht steuerbar bzw. steuerpflichtig und jeweils umgekehrt	176
	g) Nicht- oder fehlerbehaftete Durchführung von Steuerberichtigungen infolge von umsatzsteuerlich relevanten Veränderungen der tatsächlichen Verhältnisse	176
	3. Umsatzsteuerliche Risiken, die sich bei einem asset deal, der sich als Geschäftsveräußerung im Ganzen qualifiziert, ergeben können	177
	4. Umsatzsteuerliche Risiken, die sich aus einem asset deal ergeben können, der sich nicht als Geschäftsveräußerung im Ganzen qualifiziert	178
	5. Umsatzsteuerliche Risiken, die sich beim Erwerb eines Unternehmens einer Unternehmensgruppe (Organschaft) ergeben können	179
V.	Umsatzsteuerliche Due Diligence Liste	180
VI.	Formulierungs- und Aufbauvorschläge	182
	1. Aufbau eines typischen umsatzsteuerlichen Due Diligence Berichts	182
	2. Steuerklauseln im Kaufvertrag	183
	a) Share deal	183
	b) Asset deal, der sich als Geschäftsveräußerung im Ganzen qualifiziert	184
D.	Grunderwerbsteuerliche Risikobereiche	185

I.	Durchsicht spezifischer Unterlagen	185
II.	Anforderungsprofil eines Unternehmenserwerbers an eine grunderwerbsteuerliche Due Diligence	185
III.	Typische grunderwerbsteuerliche Risikobereiche	188
IV.	Muster einer grunderwerbsteuerlichen Due Diligence Liste	189
V.	Formulierungsvorschläge	190
	1. Textbausteine für den steuerlichen Bericht	190
	2. Steuerklauseln im Kaufvertrag	191
§ 7	Beurteilung aufgedeckter Steuerrisiken	192
A.	Quantifizierung des Steuerrisikos	192
B.	Risikominimierung durch Steuerklauseln	193
	I. Steuergarantien/Freistellungen	193
	II. Mindest- und Höchstbeträge	194
	1. Haftungseingangsschwellen	194
	2. Haftungshöchstbeträge	195
	3. Steuerliche Verjährungsklausel	195
	III. Kaufpreisanpassungsregelungen	196
	Stichwortverzeichnis	199

Abkürzungsverzeichnis

AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AO	Abgabenordnung
ArbG	Arbeitsgericht
AStG	Außensteuergesetz
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BC	Bilanzbuchhalter und Controller (Zeitschrift)
Begr RegE	Begründung zum Regierungsentwurf
BFH	Bundesfinanzhof
BFH/NV	Bundesfinanzhof/nicht veröffentlicht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BR-Drs.	Bundesrats-Drucksache
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst (Zeitschrift)
EFG	Entscheidung der Finanzgerichte
EstG	Einkommensteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
FG	Finanzgericht
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
FR	Finanzrundschau (Zeitschrift)
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GmbHR	GmbHR-Rundschau (Zeitschrift)
GmbH-StB	Der GmbH-Steuerberater (Zeitschrift)
GrEStG	Grunderwerbsteuergesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
IDW Standard	Grundsätze zur Durchführung von Unternehmensbewertungen des IDW (Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V.)
IStR	Internationales Steuerrecht (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)

KÖSDI	Kölner Steuerdialog (Zeitschrift)
KStG	Körperschaftsteuergesetz
M&A Review	Mergers and Acquisitions Review (Zeitschrift)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
OFD	Oberfinanzdirektion
UmwG	Umwandlungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
UR	Umsatzsteuer-Rundschau (Zeitschrift)
UStDV	Umsatzsteuerdurchführungsverordnung
UStG	Umsatzsteuergesetz
VZ	Veranlagungszeitraum
WG	Wirtschaftsgut oder Wirtschaftsgüter
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
ZGR	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)

Literaturverzeichnis

Baetge/Kirsch/Thiele: Bilanzanalyse, 2. Auflage, Düsseldorf 2004

Bäumer, Heike: Die Thesaurierungsbegünstigung nach § 34a EStG - einzelne Anwendungsprobleme mit Lösungsansätzen in: DStR 2007, S. 2089 ff.

Beisel, Wilhelm/Klumpp, Hans-Herman: Der Unternehmenskauf, 5. Auflage, München 2006

Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim: Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 5. Auflage, Stuttgart 2008

Blumberg, Jens/Benz, Sebastian: Die Unternehmenssteuerreform 2008, Köln 2007

Boruttau, Ernst: Grunderwerbsteuergesetz, 16. Auflage, München 2007

Brück, Michael/Sinewe, Patrick (Hrsg.): Steueroptimierter Unternehmenskauf, Gabler-Verlag, 2. Auflage, Wiesbaden, 2009

Dötsch, Ewald/Jost, Werner/Pung, Alexandra/ Witt, Georg (Hrsg.): Die Körperschaftsteuer, 65. Ergänzungslieferung, Stuttgart 2009

Ernst & Young: Körperschaftsteuergesetz Kommentar, Loseblatt (Stand: 67. Aktualisierung), Bonn/Berlin

Ernst & Young: Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen, Loseblatt, Bonn/Berlin

Herrmann, Carl/Heuer, Gerhard/Raupach, Arndt: Einkommensteuer und Körperschaftsteuer Kommentar, Loseblatt, Köln

Hettler, Stephan/Stratz, Rolf-Christian/Hörtnagl, Robert (Hrsg.): Beck'sches Mandats Handbuch Unternehmenskauf, München 2004

Hofmann, Gerda/Hofmann, Ruth: Grunderwerbsteuer Kommentar, 8. Auflage, Herne/Berlin 2004

Hölters, Wolfgang (Hrsg.): Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskauf, 4. Auflage, Otto Schmidt Verlag, Köln 1996.

Kneip, Christoph/ Jänisch, Christian (Hrsg.): Tax Due Diligence – Steuerrisiken und Steuergestaltungen beim Unternehmenskauf, München 2005

Koch, Wolfgang/ Wegmann, Jürgen: Praktiker-Handbuch Due Dilligence, Analyse mittelständiger Unternehmen, 2. Auflage, Stuttgart 2002

Kohlhepp, Ralf: Verdeckte Gewinnausschüttung, Gabler Verlag, 2008.

Lauric Barbier: Management Letter, Helbling Corporate Finance AG, 1. Auflage Zürich 2007

Leibner, Wolfgang/Pump, Hermann: Die Vorschriften des § 75 AO und § 25 HGB. Wege zur zivilrechtlichen und steuerlichen Haftungsvermeidung in: DStR 2002, S. 1689 ff.

Meyering, Stephan: Ermittlung der Anschaffungskosten im Rahmen der Bewertung gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 7 EStG in: DStR 2008, S. 1008 ff.

Picot, Gerhard (Hrsg.): Handbuch Merger & Acquisition, 4. Auflage, Stuttgart 2008

Rödter, Thomas/Herlinghaus, Andreas/van Lishaut, Ingo: Umwandlungssteuergesetz, Köln 2008

Rödter, Thomas/Hötzel, Oliver/Mueller-Thuns, Thomas: Unternehmenskauf Unternehmensverkauf, München 2003

Schmidt, Ludwig: Einkommensteuergesetz Kommentar, 28. Auflage, München 2009

Semler, Johannes/Volhard, Rüdiger (Hrsg.): Arbeitshandbuch für Unternehmensübernahmen, Band 1, München 2001

Sölch/Ringleb: Umsatzsteuer, 60. Auflage, München, 2008

Strahl, Dr. Martin: Neues zur Kapitalkontenstruktur bei Personengesellschaften in: KÖSDI 2009, S. 16531 ff.

Van Kann, Jürgen (Hrsg.): Immobilientransaktionen, 1. Auflage, ESV, Berlin 2007

Zirngibl, Nikolas: Die Due Diligence bei der GmbH und der Aktiengesellschaft, 1. Auflage, Rhombos Verlag, Berlin 2003

Bearbeiterverzeichnis

Michael Adolf Rechtsanwalt und Steuerberater in Frankfurt am Main	§ 4
Dr. Klaus Dumser Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater in München	§ 5
Frank Kewitz Diplom-Betriebswirt (FH), Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater in Frankfurt am Main	§ 2 G
Dr. Lars Kloster Rechtsanwalt in Frankfurt am Main	§ 6, C, D
André Oelsner Diplom-Betriebswirt in Frankfurt am Main	§ 2 A - B, § 6 B, § 7
Anna Reckordt Diplom-Juristin in Frankfurt am Main	§ 6 C, D
Prof. Dr. Wilfried Ringling Steuerberater in Landau	§ 3
Dr. Patrick Sinewe Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater in Frankfurt am Main	§ 1, § 2 A - F, § 6 A, B, § 7
Dr. David Witzel Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater in Frankfurt am Main	§ 2 C, D, § 6 A, § 7

Nähere Informationen über die Autoren sind unter www.gabler-steuern.de zu finden.

§ 1 Einführung

A. Vor- und Nachteile der Durchführung einer Due Diligence

Eine gut strukturierte Due Diligence hat sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer wesentliche Vorteile, wobei den Beteiligten klar sein muss, dass mit einem solchen Prozess auch negative Begleiterscheinungen verbunden sein können. 1

Während der Verkäufer die Due Diligence dazu nutzt, bei den späteren Vertragsverhandlungen seine Haftung im Unternehmenskaufvertrag weitestgehend auszuschließen oder zumindest zu minimieren¹, da er dem Käufer bereits ausreichend Gelegenheit gegeben hatte, das Unternehmen nach Risiken und Chancen zu prüfen, dient dem Käufer die Due Diligence vielfach als Basis für die Kaufpreisfindung und die Bestimmung des notwendigen Gewährleistungs- und Garantienkatalogs. Für die Geschäftsorgane des potentiellen Käufers kommt hinzu, dass nach vordringender Auffassung² nach dem Erwerb auftretende Risiken bei unterlassener Due Diligence gegebenenfalls zur persönlichen Haftung der Leitungsorgane des Erwerbers führen könnten. 2

Es ist unbestreitbar, dass die Überprüfung des Zielunternehmens unter Einsatz von Beratergruppen vielfach zu Unruhe im zu erwerbenden Unternehmen führt, so dass im Vorfeld bereits abgewogen werden sollte, ob die Due Diligence eher in den Räumen des potentiellen Käufers oder eines Beraters stattfinden soll. Außerdem ist mit der Analyse von Unternehmensinformationen vielfach auch eine Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verbunden, die nur bedingt über Vertraulichkeitsvereinbarungen rechtssicher geschützt werden können³. Es ist deshalb anzuraten, sensible Unternehmensinformationen nur auszugsweise in der Due Diligence zur Verfügung zu stellen und notfalls hierfür im Unternehmenskaufvertrag verkäuferseitige Garantien abzugeben. 3

Der Käufer muss andererseits beachten, dass der Verkäufer ihm bei späteren Vertragsverhandlungen vorhalten wird, dass dieser sämtliche Unternehmensinformationen eingesehen hat, so dass die verkäuferseitigen Gewährleistungen bzw. Zusicherungen insoweit ausgeschlossen oder zumindest eingeschränkt werden sollen, sofern der Käufer hiervon Kenntnis hat oder haben müsste. 4

Üblicherweise findet eine Due Diligence vor dem Vertragsvollzug des Unternehmenskaufs statt. Teilweise ist jedoch in Unternehmenstransaktionen zu beobachten, dass bereits ein Vertragsschluss stattfand und bis zu dem Vollzug des Kaufvertrags entsprechende Anpassungsmöglichkeiten erst im Rahmen einer nachfolgenden Due Diligence stattfinden; diese Vorgehensweise ist eher selten anzutreffen und auch in dieser Reihenfolge nicht immer zu empfehlen. 5

B. Vorgehensweise

Die Due Diligence wird üblicherweise auf Basis einer Vielzahl im Unternehmen bereits vorbereiteter Dokumenten-Ordner durchgeführt, die in einem so genannten (physischen)⁴ Datenraum zur Verfügung gestellt werden. Hierbei ist zu empfehlen, dass der Verkäufer grundsätzlich den Inhalt des Datenraums vorgibt und jede Partei einen Ansprechpartner für die Due Diligence bestimmt⁵. Auch für 6

1 *Rasauer*, WM 2006, 1425.

2 *Rittmeister*, M&A Review 2008, 578.

3 *Gran*, NJW 2008, 1409.

4 Zu digitalen Datenräumen, *Middlehoff*, M&A Review 2007, 278.

5 Vgl. Kapitel 2 C.

die späteren Vertragsverhandlungen ist es entscheidend, dass nicht nur der Inhalt des Datenraums, sondern sämtliche schriftlich oder mündlich erteilten weitergehenden Auskünfte bei der Prüfung der Datenraumunterlagen dokumentiert werden.

- 7 Die Ergebnisse der steuerlichen Analyse der im Datenraum zur Verfügung gestellten Dokumente sollten von den Beratern des potentiellen Käufers vorteilhafterweise in einem schriftlichen Due Diligence-Bericht niedergelegt werden⁶, wobei es natürlich von dem käuferseitig gewünschten Prüfungsumfang abhängt, ob dieser Bericht nur als Problemabriss (red flag-Report), als Bericht über die wesentlichen Risiken oder als detaillierter Report erstellt werden soll⁷. Die schriftlich zusammengestellten Ergebnisse sollten danach eine wesentliche Grundlage bei den anstehenden Kaufverhandlungen und den Vereinbarungen von Steuerklauseln sein.

⁶ *Spill*, DStR 1999, 1786.

⁷ Vgl. Kapitel 2 E.

§ 2 Ablauf einer Tax Due Diligence

A. Anlässe und Ziele einer Tax Due Diligence

Die Anlässe für eine Tax Due Diligence können von unterschiedlicher Natur sein. Vielfach wird die Durchführung einer Due Diligence bei folgenden unternehmerischen Vorhaben anvisiert:

- Ausscheiden eines Gesellschafters
- Erbauseinandersetzung
- Börseneinführung
- Going Private
- Unternehmenskooperationen (Joint Venture)
- Umwandlungen/Umstrukturierungen
- Management Buy-Out/Management Buy-In.

Der Hauptanwendungsfall einer Tax Due Diligence besteht aber in der Praxis überwiegend für den Bereich des Unternehmenskaufs bzw. des Unternehmensverkaufs.

Der Auftraggeber solch einer Prüfung ist meist der potentielle Käufer, da es grundsätzlich zu seinen Pflichten gehört, das Kaufobjekt vor einem Erwerb zu überprüfen¹. Nur so kann er herausfinden, welche Risiken und Chancen das Unternehmen verbirgt. Auf Basis einer solchen Analyse lassen sich dann der Umfang der steuerlichen Gewährleistungen gegenüber dem Verkäufer und die Höhe des Kaufpreises ableiten.

Aber auch von Seiten des Verkäufers kann der Auftrag für eine steuerliche Due Diligence erteilt werden, um im Unternehmen schlummernde steuerliche Risiken im Vorfeld zu analysieren und vor einem Verkaufsprozess zu beseitigen². Damit kann die „Braut“ im Vorfeld geschmückt und somit ein höherer Kaufpreis erzielt werden.

Das Hauptziel der Tax Due Diligence besteht darin, steuerliche Risiken im operativen und finanziellen Bereich des Zielunternehmens zu identifizieren. Dabei werden unter anderem die vergangenen Wirtschaftsjahre im Hinblick auf finanzielle Verpflichtungen gegenüber den Finanzbehörden, die noch keine Berücksichtigung in den entsprechenden Bilanzen gefunden haben, untersucht. Auf Basis dieser Risikoanalyse werden die nachfolgenden Haftungs- und Gewährleistungsklauseln des Unternehmenskaufvertrages ausgearbeitet³. Weitere wichtige Ziele der Due Diligence sind in der steuerlichen Optimierung beziehungsweise Gestaltung des Unternehmenskaufs und der Offenlegung von Vertragsgrundlagen für die Findung des Kaufpreises und Garantievereinbarungen zu finden.

Hinsichtlich der Ermittlung des Kaufpreises besteht typischerweise ein Interessenkonflikt zwischen Käufer und Verkäufer. Neben dem zu erzielenden Kaufpreis verfolgt der Verkäufer vorrangig das Ziel, eine niedrige beziehungsweise gar keine Steuerbelastung aus dem Veräußerungsvorgang zu erreichen⁴, wohingegen der Käufer den Kaufpreis in Abschreibungsvolumen umqualifizieren möchte⁵ und Finanzierungsaufwendungen höchstmöglich steuerlich geltend machen möchte. Dies kann für beide Parteien dadurch erreicht werden, indem vor dem Erwerb eine steuerliche Struktur geschaffen wird, bei der von beiden Parteien verschiedene steuerliche Privilegien genutzt werden.

1 Böttcher, NZG 2007, 481.

2 Zur Vendor Due Diligence, vgl. Dill, BB 2008, 1946.

3 Körber/Fleischer, BB 2001, 841.

4 Insbesondere durch einen share deal bei 95%-iger Steuerbefreiung nach § 8b UStG.

5 Insbesondere durch einen Unternehmenskauf im Rahmen eines asset deals.

B. Tax Due Diligence-Listen

I. Typische Regelungsbereiche einer Tax Due Diligence-Checkliste

- 7 Eine steuerliche Due Diligence erfolgt oft unter Zeitdruck. Daher kommt eine vollumfängliche Analyse aller Risiken, die in einem Unternehmen schlummern können, vielfach nicht in Betracht. Ob eine Einschränkung des Prüfungsumfangs in zeitlicher Hinsicht vorgenommen wird oder im Hinblick auf bestimmte Steuerarten bzw. inwieweit bestimmte Themengebiete ausgeklammert werden, hängt von den Gegebenheiten der spezifischen Transaktion ab.
- 8 Um jedoch eine effiziente Auswertung zumindest der zur Verfügung stehenden Informationen erreichen zu können, bedient man sich in der Praxis der Überprüfung anhand von Checklisten⁶. Diese dienen dazu, wesentliche Aspekte bei der Unternehmensüberprüfung nicht zu übersehen und Analyseschwerpunkte einzugrenzen. Praxistaugliche Checklisten sollten zum Beispiel folgende Bereiche beinhalten:

1. Steuererklärungen und Steuerbescheide der letzten drei bis fünf Veranlagungszeiträume

- 9 Aufgrund dieser Unterlagen lässt sich ein genauer Überblick über den Stand der Veranlagungen und des Abgabezeitpunktes der einzelnen Steuererklärungen ermitteln. Der Abgabezeitpunkt kann Informationen über gewährte Fristverlängerungen des Finanzamts geben. Auch können Rückschlüsse über anhängige Rechtsbehelfe und mögliche Betriebsprüfungen gezogen werden. Sollten geänderte Veranlagungen vom Steuerpflichtigen abgegeben oder geänderte Steuerbescheide vom zuständigen Finanzamt erlassen worden sein, ist es zwingend notwendig, den in diesem Zusammenhang bestehenden Schriftverkehr anzufordern. Dies gilt auch für sonstige Korrespondenzen, wie zum Beispiel für finanzgerichtliche Klagen oder verbindliche Auskünfte. Ferner kann man anhand der Steuererklärungen und Bescheide erkennen, wie zügig das Unternehmen seinen steuerpflichtigen Pflichten nachgekommen ist und inwiefern die Finanzverwaltung den eingereichten Steuererklärungen bei Erlass der Steuerbescheide gefolgt ist.

2. Jahresabschlüsse bzw. Prüfungsberichte der letzten drei bis fünf Veranlagungszeiträume

- 10 Diese Unterlagen beinhalten Informationen über Abweichungen zwischen Handels- und Steuerbilanz, beispielsweise in den Bereichen von Abschreibungen oder steuerlich nicht zulässigen Rückstellungen. Weiterhin kann aufgrund dieser Unterlagen eine Überprüfung des bilanziellen Eigenkapitals, der Rücklagen, die Höhe und die Art der Rückstellungen und Verbindlichkeiten sowie die Werthaltigkeit des Aktivvermögens vorgenommen werden. Zudem können die rechtlichen Verhältnisse, wesentliche Änderungen der Beteiligungsstruktur, bestehende Beteiligungsverhältnisse sowie in der Vergangenheit durchgeführte Umstrukturierungsmaßnahmen aus den Jahresabschlüssen und

⁶ Vogt, DStR 2001, 2027.