

Patrick Sinewe *Hrsg.*

Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf

Ablauf, Beratung, Muster

3. Auflage



Springer Gabler

Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf

Patrick Sinewe
(Hrsg.)

Tax Due Diligence beim Unternehmenskauf

Ablauf, Beratung, Muster

3., aktualisierte Auflage

Hrsg.
Patrick Sinewe
Steuerberatungsgesellschaft mbH
Prof. Dr. Sinewe & Kollegen
Worms, Deutschland

ISBN 978-3-658-38818-8 ISBN 978-3-658-38819-5 (eBook)
<https://doi.org/10.1007/978-3-658-38819-5>

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

© Der/die Herausgeber bzw. der/die Autor(en), exklusiv lizenziert an Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH, ein Teil von Springer Nature 2010, 2014, 2023

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von allgemein beschreibenden Bezeichnungen, Marken, Unternehmensnamen etc. in diesem Werk bedeutet nicht, dass diese frei durch jedermann benutzt werden dürfen. Die Berechtigung zur Benutzung unterliegt, auch ohne gesonderten Hinweis hierzu, den Regeln des Markenrechts. Die Rechte des jeweiligen Zeicheninhabers sind zu beachten.

Der Verlag, die Autoren und die Herausgeber gehen davon aus, dass die Angaben und Informationen in diesem Werk zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vollständig und korrekt sind. Weder der Verlag, noch die Autoren oder die Herausgeber übernehmen, ausdrücklich oder implizit, Gewähr für den Inhalt des Werkes, etwaige Fehler oder Äußerungen. Der Verlag bleibt im Hinblick auf geografische Zuordnungen und Gebietsbezeichnungen in veröffentlichten Karten und Institutionsadressen neutral.

Planung/Lektorat: Catarina Gomes de Almeida

Springer Gabler ist ein Imprint der eingetragenen Gesellschaft Springer Fachmedien Wiesbaden GmbH und ist ein Teil von Springer Nature.

Die Anschrift der Gesellschaft ist: Abraham-Lincoln-Str. 46, 65189 Wiesbaden, Germany

Inhaltsverzeichnis

1 Einführung	1
Patrick Sinewe	
1.1 Vor- und Nachteile einer steuerrechtlichen Unternehmensanalyse	1
1.2 Vorgehensweise	2
Literatur	3
2 Ablauf einer Tax Due Diligence	5
Frank Kewitz, David Witzel und Marcel Späth	
2.1 Anlässe und Ziele einer Tax Due Diligence	5
2.2 Tax Due Diligence-Listen	7
2.2.1 Typische Regelungsbereiche einer Tax Due Diligence-Checkliste	7
2.2.2 Informationsquellen	10
2.2.3 Sachlicher und zeitlicher Umfang	11
2.2.4 Muster einer steuerlichen Checkliste/eines Fragenkatalogs	12
2.3 Datenraumregeln	13
2.3.1 Restriktionen bei der Offenlegung von Informationen	14
2.3.2 Elektronischer bzw. virtueller Datenraum	14
2.3.3 Regelungen zum Ablauf	15
2.3.4 Muster einer Datenraumregelung	16
2.4 Vertraulichkeitsvereinbarung	17
2.4.1 Sinn und Zweck	17
2.4.2 Muster einer Vertraulichkeitsvereinbarung	18
2.5 Erstellung eines Tax Due Diligence-Berichts	21
2.5.1 Ziel und Umfang eines steuerlichen Berichts	21
2.5.2 Muster eines Leitfadens für die einheitliche Gestaltung des Tax Due Diligence-Berichts	22
2.5.3 Muster eines Masterdokuments	24
2.6 Abgabe einer Tax Opinion	25
2.6.1 Hintergründe für die Abgabe einer Tax Opinion	25

2.6.2	Muster einer Tax Opinion	26
2.7	Strukturierung einer Tax Due Diligence aus Sicht des Unternehmens bzw. der Geschäftsleitungsorgane	28
2.7.1	Allgemeine Grundlagen	28
2.7.2	Besonderheiten bei Immobilientransaktionen	37
2.7.3	Besonderheiten bei Unternehmen mit werttreibendem geistigem Eigentum	41
	Literatur	44
3	Risikobereiche beim Erwerb von Anteilen an Kapitalgesellschaften	45
	Michael Adolf	
3.1	Durchsicht spezifischer Unterlagen	48
3.2	Verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Einlagen	49
3.2.1	Voraussetzungen und Rechtsfolgen	49
3.2.2	Kapitalertragsteuer bei verdeckten Gewinnausschüttungen	51
3.2.3	Prüfungsschwerpunkte in einer steuerlichen Due Diligence	54
3.3	Verlustnutzung	67
3.3.1	Verlustabzug bei Körperschaften (§ 8c KStG)	68
3.3.2	Prüfungsschwerpunkte in einer Due Diligence	71
3.3.3	Fortführungsgebundener Verlustvortrag (§ 8d KStG)	81
3.3.4	Verlustrücktrag und Mindestbesteuerung	83
3.4	Finanzierungsaufwendungen	83
3.4.1	Voraussetzungen § 4 h EStG, 8a KStG	84
3.4.2	Prüfungsschwerpunkte in einer Due Diligence	85
3.4.3	Voraussetzungen § 4 k EStG	91
3.5	Organschaft	94
3.5.1	Organschaftsvoraussetzungen	96
3.5.2	Prüfungsschwerpunkte in einer steuerlichen Due Diligence	98
3.6	Sonstige Prüfungsschwerpunkte	108
3.6.1	Verrechnungspreisdokumentation	108
3.6.2	Steuerliche Behandlung von Transaktionskosten	110
3.6.3	Abweichende steuerliche Rückstellungen	116
3.7	Regelungen über die Gewinnzuweisung	116
	Literatur	117
4	Risikobereiche beim Erwerb von Anteilen an Personengesellschaften	121
	Klaus Dumser	
4.1	Durchsicht spezifischer Unterlagen	121
4.2	Steuerliche Behandlung der Veräußerung von Anteilen an einer Personengesellschaft	122
4.2.1	Anwendungsbereich des § 16 EStG	123
4.2.2	Steuerliche Grundprinzipien bei der Personengesellschaft	126

4.2.3	Beurteilung von Sonderbetriebsvermögen im Zuge der Due Diligence	127
4.2.4	Steuerliche Überprüfung von Ergänzungsbilanzen	131
4.2.5	Doppelstöckige Personengesellschaften	133
4.2.6	Verluste der Mitunternehmerschaft	135
4.2.7	Überentnahmen im Sinne des § 4 Abs. 4a EStG	137
4.2.8	Übertragungen i. S. d. § 6 Abs. 5 EStG	138
4.2.9	Überprüfung vergangener Realteilungen	139
4.2.10	Begünstigung nicht entnommener Gewinne (§ 34a EStG)	141
4.2.11	Atypisch stille Gesellschaften	141
4.2.12	Beendigung einer Betriebsaufspaltung	142
4.2.13	Erbschaftsteuern	143
4.2.14	Aufteilung des Kaufpreises	144
4.3	Formulierungsvorschläge	147
4.3.1	Aufbau eines typischen Due Diligence Berichts für Personengesellschaften/Einzelunternehmen aus ertragsteuerlicher Sicht	147
4.3.2	Steuerklauseln im Kaufvertrag	148
	Literatur	153
5	Ausgewählte Risikobereiche im Steuerrecht	155
	Patrick Sinewe, Marcel Späth, David Witzel und Lars Kloster	
5.1	Umstrukturierungen	155
5.1.1	Analyse spezifischer Unterlagen	155
5.1.2	Überprüfung von steuerlichen Haltefristen	156
5.2	Gewerbesteuerliche Risikobereiche	164
5.2.1	Durchsicht spezifischer Unterlagen	164
5.2.2	Gewerbesteuerliche Hinzurechnungen	164
5.2.3	Veräußerungsvorgänge	166
5.2.4	Gewerbesteuerliche Organschaft	170
5.2.5	Formulierungsvorschläge	171
5.3	Umsatzsteuerliche Risikobereiche	173
5.3.1	Durchsicht spezifischer Unterlagen	173
5.3.2	Anforderungsprofil eines Unternehmenserwerbers an eine umsatzsteuerliche Due Diligence	174
5.3.3	Kurzüberblick zur Umsatzsteuer aus der Sicht eines Erwerbers eines Unternehmens	175
5.3.4	Typische umsatzsteuerliche Risikobereiche	176
5.3.5	Umsatzsteuerliche Due Diligence Liste	187
5.3.6	Formulierungs- und Aufbauvorschläge	189
5.4	Grunderwerbsteuerliche Risikobereiche	193
5.4.1	Durchsicht spezifischer Unterlagen	193

5.4.2	Anforderungsprofil eines Unternehmenserwerbers an eine grunderwerbsteuerliche Due Diligence	194
5.4.3	Kurzüberblick zur Grunderwerbsteuer aus der Sicht eines Erwerbers eines Unternehmens	195
5.4.4	Typische grunderwerbsteuerliche Risikobereiche	198
5.4.5	Muster einer grunderwerbsteuerlichen Due Diligence Liste	201
5.4.6	Formulierungsvorschläge	201
	Literatur	204
6	Beurteilung aufgedeckter Steuerrisiken	205
	Patrick Sinewe und David Witzel	
6.1	Quantifizierung des Steuerrisikos	205
6.2	Risikominimierung durch Steuerklauseln	207
6.2.1	Steuergarantien/Freistellungen	207
6.2.2	Mindest- und Höchstbeträge	208
6.2.3	Kaufpreisanpassungsregelungen	212
	Literatur	215
	Stichwortverzeichnis	217



Patrick Sinewe

1.1 Vor- und Nachteile einer steuerrechtlichen Unternehmensanalyse

Eine steuerrechtliche Unternehmensanalyse („Tax Due Diligence“) hat sowohl für den Verkäufer als auch für den potenziellen Käufer wesentliche Vorteile, wobei gerade dem Verkäufer bewusst sein muss, dass im Rahmen der Unternehmensanalyse auch negative wirtschaftliche Begleiterscheinungen erkennbar werden. Nicht selten führt eine Due Diligence dazu, dass sich eine angedachte Transaktion wegen hierbei zutage getretener Risiken zerschlägt.

Aus Sicht des Verkäufers ist ein möglicher Vorteil der Tax Due Diligence, dass die steuerrechtliche Haftung für Vorgänge vor dem Verkauf im Unternehmenskaufvertrag weitestgehend ausgeschlossen oder jedenfalls beschränkt werden kann. Schließlich wurde potenziellen Käufern zuvor ausreichend Gelegenheit gegeben, das Unternehmen auf Risiken zu prüfen.¹

Dem Käufer dient die Tax Due Diligence als Basis für die Kaufpreisfindung und die Bestimmung des notwendigen Gewährleistungs- und Garantiekatalogs. Für die Leitungsorgane des potenziellen Käufers kommt hinzu, dass nach dem Erwerb auftretende Risiken bei unterlassener Tax Due Diligence gegebenenfalls zur persönlichen Haftung führen können.²

¹ Rasner, WM 2006, 1425; Knauer/Hermann/Wagener, WPg 2017, 1274.

² Rittmeister, M&A Review 2008, 578.

P. Sinewe (✉)

Prof. Dr. Sinewe & Kollegen Steuerberatungsgesellschaft mbH, Worms, Deutschland

E-Mail: p.sinewe@sinewe-kollegen.de

Die Überprüfung eines Unternehmens unter Einsatz von Beratergruppen führt allerdings häufig zu Unruhe im Zielunternehmen. Zudem ist mit jeder Due Diligence eine Offenlegung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verbunden, die nur bedingt über Vertraulichkeitsvereinbarungen rechtssicher geschützt werden können³. Verkäuferseitig ist daher zu überlegen, bestimmte sensible Unternehmensinformationen nur auszugsweise in der Tax Due Diligence zur Verfügung zu stellen und notfalls hierfür im Unternehmenskaufvertrag verkäuferseitige Garantien abzugeben.

Der Käufer muss außerdem bedenken, dass der Verkäufer bei späteren Vertragsverhandlungen argumentieren könnte, dass im Rahmen des Due Diligence-Prozesses die relevanten Unternehmensinformationen einsehbar gewesen seien, sodass verkäuferseitige Gewährleistungen bzw. Zusicherungen nur eingeschränkt abgegeben werden.

Üblicherweise findet eine Tax Due Diligence vor dem Vertragsschluss des Unternehmenskaufvertrages statt. Teilweise ist in der Transaktionspraxis jedoch festzustellen, dass nach Vertragsschluss, bis zum Vollzug des Kaufvertrags (Closing) oder sogar darüber hinaus noch Due Diligence-Prozesse stattfinden, deren Ergebnisse regelmäßig in Kaufpreisanpassungsklauseln berücksichtigt werden; diese Vorgehensweise ist jedoch nur ausnahmsweise zu empfehlen.

1.2 Vorgehensweise

Die Tax Due Diligence wird üblicherweise auf Basis einer Vielzahl durch das Zielunternehmen vorbereiteter Dokumenten-Ordner bzw. die Einrichtung einer Cloud-Plattform durchgeführt, die in einem sogenannten Datenraum zur Verfügung gestellt werden.⁴ Regelmäßig handelt es sich um einen virtuellen (elektronischen) Datenraum. Insgesamt ist zu empfehlen, dass der Verkäufer grundsätzlich den Inhalt des Datenraums vorgibt und jede Partei einen Ansprechpartner für die Tax Due Diligence bestimmt⁵.

Auch für 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.

Die Ergebnisse der steuerlichen Analyse der im Datenraum zur Verfügung gestellten Dokumente sollten von den Beratern des potenziellen Käufers vorteilhafterweise in einem schriftlichen Tax Due Diligence-Bericht niedergelegt werden, wobei es natürlich von dem käuferseitig gewünschten Prüfungsumfang abhängt, ob dieser Bericht nur als Problemabriss (sogenannter „red flag-Report“), als Bericht über die wesentlichen Risiken oder als detaillierter Report erstellt werden soll⁶. Die schriftlich zusammengestellten

³ Gran, NJW 2008, 1409; Linke/Fröhlich, GWR 2014, 449.

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

⁵ Vgl. Abschn. 2.3.

⁶ Vgl. Abschn. 2.5.

Ergebnisse sollten danach eine wesentliche Grundlage bei den Kaufverhandlungen und den Vereinbarungen von Steuerklauseln sein.

Literatur

- Gran, Andreas. 2008. Abläufe bei Mergers & Acquisitions. *NJW*, 1409 ff.
- Middlehoff, Dirk. 2007. Verwendung von digitalen Datenräumen im Rahmen der Due Diligence. *M&A Review* 03/2007: 278 ff.
- Rasner, Andreas. 2006. Die Bedeutung von Parteiwissen für die Gestaltung von Unternehmenskaufverträgen. *WM*, 1425 ff.
- Rittmeister, Maximilian. 2008. Due Diligence beim Unternehmenskauf – Teil 1: Rechtliche Zulässigkeit der Informationsweitergabe durch die Geschäftsführung der Zielgesellschaft. *M&A Review* 11/2008: 528 ff.
- Linke, Johann und Fröhlich Martin. 2014. Gestaltungsoptionen für Vertraulichkeitsvereinbarungen bei Unternehmenstransaktionen, *GWR* 2014, 449.
- Knauer, Thorsten, Hermann Fabian, und Wagener Sebastian. 2017. Status Quo der Due Diligence in Deutschland, *WPg* 2017, 1274.



Ablauf einer Tax Due Diligence

2

Frank Kewitz, David Witzel und Marcel Späth

2.1 Anlässe und Ziele einer Tax Due Diligence

Frank Kewitz und Marcel Späth

In der Praxis existieren unterschiedliche Gründe eine Tax Due Diligence durchzuführen. Grundsätzlich kommen steuerliche Unternehmensanalysen bei nachstehenden unternehmerischen Vorhaben in Betracht:

- Unternehmenskauf/-verkauf (Hauptanwendungsfall in der Praxis)
- Ausscheiden eines Gesellschafters
- Erbauseinandersetzung
- Börseneinführung
- Unternehmenskooperationen (Joint Venture)
- Umwandlungen/Umstrukturierungen
- Management Buy-Out/Management Buy-In.

F. Kewitz

KGAL Equity Partners GmbH & Co. KG, Frankfurt am Main, Deutschland

E-Mail: frank.kewitz@kgal.de

D. Witzel

Dr. Witzel & Partner, Frankfurt am Main, Deutschland

E-Mail: dw@witzel-law.com

M. Späth (✉)

EY, EY, Eschborn, Germany

E-Mail: Marcel.Spaeth@de.ey.com

In der Regel beauftragt der potenzielle Käufer die Durchführung einer Tax Due Diligence, da es grundsätzlich ratsam ist, das Kaufobjekt vor dem Erwerb auf steuerliche „Fallstricke“, aber auch Steuerplanungspotenziale, zu prüfen¹. Der potenzielle Käufer kann so frühzeitig Risiken und Chancen des Kaufobjekts erkennen. Im angelsächsischen Raum sind Due Diligence-Analysen seit langem üblich (und rechtlich geboten), in Deutschland haben sich diese – trotz anderer rechtlicher Rahmenbedingungen – in der Praxis des Unternehmenskaufs ebenfalls durchgesetzt. Auf Basis dieser steuerlichen Unternehmensanalyse und abhängig von der Verhandlungsposition und -stärke der jeweiligen Parteien lassen sich dann die steuerlichen Gewährleistungsvereinbarungen und gegebenenfalls die Höhe des Kaufpreises beeinflussen.

Eine Due Diligence kann auch vom Verkäufer aus motiviert sein, um steuerliche (und gegebenenfalls finanzielle) Risiken zu analysieren und vor einem Verkaufsprozess zu beseitigen.² Hierbei spricht man von einer Vendor Due Diligence (auch bekannt unter „die Braut hübsch machen“). Der Verkäufer verschafft sich durch eine solche „Inventur“ eine gute Ausgangsposition für Vertragsverhandlungen und kann durch entsprechende Vorfeldmaßnahmen im Idealfall einen höheren Kaufpreis durchsetzen.

Die Tax Due Diligence dient hauptsächlich der Identifizierung steuerlicher Risiken des Zielunternehmens. Hierfür werden aus steuerrechtlicher Sicht die vergangenen Wirtschaftsjahre und bestehende oder drohende Verpflichtungen des Zielunternehmens gegenüber der Finanzverwaltung analysiert, insbesondere solche, die noch keine steuerrechtliche Würdigung dem Grunde oder der Höhe nach in der Bilanz gefunden haben. Basierend auf dieser Risikoanalyse werden die nachfolgenden Haftungs- und Gewährleistungsklauseln des Unternehmenskaufvertrages ausgearbeitet³. Ferner zielt die steuerliche Unternehmensanalyse auf eine optimierte Gestaltung des Unternehmenskaufs ab.⁴ Häufig schlagen sich die Befunde der steuerlichen Due Diligence auch im Kaufpreis nieder.

Bei größeren Transaktionen findet neben der Tax Due Diligence gelegentlich auch eine gesonderte Financial Due Diligence statt. Hierbei stehen nicht steuerliche, sondern betriebswirtschaftliche Aspekte des Zielunternehmens im Vordergrund (Vermögens- und Ertragslage, Liquidität).⁵

Bei der Strukturierung des Verkaufs und Bemessung des Kaufpreises besteht typischerweise ein Interessenkonflikt zwischen dem Käufer und Verkäufer. Neben dem zu erzielenden Kaufpreis verfolgt der Verkäufer vorrangig das Ziel, eine niedrige beziehungsweise gar keine Steuerbelastung aus dem Veräußerungsvorgang zu erreichen⁶, wohingegen der Käufer den Kaufpreis idealerweise steuersparend abschreiben und alle

¹ Böttcher, NZG 2007, 481.

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

³ Körber/Fleischer, BB 2001, 841.

⁴ Steinke/Niewerth/Ludwig, Due Diligence bei Grundstücksunternehmen, 8, Rz. 17.

⁵ Zur Financial Due Diligence vgl. beispielsweise Pehmöller/Gehlen, BB 2010, 1139; Schobert/Wittmann, BB 2012, 759.

⁶ Insbesondere durch einen share deal bei 95 %-iger Steuerbefreiung nach § 8b KStG.

sonstigen Erwerbs- und Finanzierungsaufwendungen optimal steuerlich geltend machen möchte⁷. Eine steuerliche Optimierung für Verkäufer und Käufer kann gegebenenfalls dadurch erreicht werden, dass durch präakquisitorische Strukturierungsmaßnahmen die Parteien steuerliche Rahmenbedingungen nutzen und sich den Steuervorteil im Sinne eines „Win-Win“ teilen.

2.2 Tax Due Diligence-Listen

Frank Kewitz und Marcel Späth

2.2.1 Typische Regelungsbereiche einer Tax Due Diligence-Checkliste

Die steuerliche Unternehmensanalyse erfolgt in der Praxis häufig unter Zeitdruck. Vielfach kommen Budgetvorgaben hinzu. Damit wird eine allumfassende Risikoanalyse problematisch. Inwieweit der Prüfungsumfang beispielsweise zeitlich (Begrenzung auf Veranlagungsjahre) oder im Hinblick auf bestimmte Steuerarten (beispielsweise Lohnsteuer) beschränkt wird, hängt von den Gegebenheiten der spezifischen Transaktion (Volumen) und den Wünschen des Auftraggebers ab. Hinzu kommt, dass angefragte Dokumente durch die Verkäuferseite teilweise schlicht nicht innerhalb des angeforderten Zeitraums zur Verfügung gestellt werden.

Um eine effiziente Auswertung der zur Verfügung stehenden Informationen erreichen zu können, nutzt die Praxis Checklisten⁸. Diese dienen dazu, Prüfungsschwerpunkte einzugrenzen. Checklisten sind auf das individuelle Zielunternehmen (gegebenenfalls einschließlich Tochterunternehmen) und den Umfang der Transaktion anzupassen. Praxistaugliche Checklisten sollten jedoch folgenden Mindestinhalt umfassen:

2.2.1.1 Steuererklärungen und Steuerbescheide der letzten drei bis fünf Veranlagungszeiträume

Nicht nur die Steuerbescheide, sondern auch die Steuererklärungen sind anzufordern. Diese Unterlagen können Aufschluss über den Stand der Veranlagung und den Abgabzeitpunkt der einzelnen Steuererklärungen geben. Ferner können erste Rückschlüsse auf Steuerstreitverfahren oder Betriebsprüfungen gezogen werden. Steuererklärungen, die bereits in Steuerbescheide umgesetzt sind, sind auf Abweichungen hin zu untersuchen. Insgesamt kann hieraus ersehen werden, wie zügig das Unternehmen seinen steuerrechtlichen Pflichten nachgekommen ist und inwieweit die Finanzverwaltung den eingereichten Steuererklärungen bei Erlass der Steuerbescheide gefolgt ist.

Bei geänderten Steuerbescheiden sind die Hintergründe und die zugrunde liegende Korrespondenz abzufragen.

⁷ Insbesondere durch einen Unternehmenskauf im Rahmen eines asset deals.

⁸ Vögt, DStR 2001, 2027.

Vorsorglich ist die für den zu prüfenden Zeitraum relevante Korrespondenz mit der Finanzverwaltung abzufragen, namentlich bei verbindlichen Auskunftsverfahren (anhängig oder bereits beschieden), Rechtsbehelfen oder finanzgerichtlicher Verfahren.

2.2.1.2 Jahresabschlüsse der letzten drei bis fünf Veranlagungszeiträume

Der veröffentlichte und (je nach Größe des Unternehmens durch einen Wirtschaftsprüfer testierte) handelsrechtliche Jahresabschluss bzw. der Prüfungsbericht eines Wirtschaftsprüfers beinhaltet weitere relevante Informationen (beispielsweise über latente Steuern, bestehende Gewinnabführungsverträge oder Gesellschafterdarlehen).

Aus betriebswirtschaftlicher (nicht zwingend steuerlicher) Sicht 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. Die Analyse dieser Informationen kann, wenn der Gegenstand der steuerlichen Due Diligence nicht ausdrücklich entsprechend weit gefasst ist, auch Gegenstand eines gesonderten Financial (Commercial) Due Diligence Reports sein.

Zudem können die rechtlichen Verhältnisse, wesentliche Änderungen der Beteiligungsstruktur, bestehende Beteiligungsverhältnisse sowie in der Vergangenheit durchgeführte Umstrukturierungsmaßnahmen oftmals aus den Jahresabschlüssen abgeleitet werden. Auch aus den Prüfungsberichten des Wirtschaftsprüfers lassen sich weitere wertvolle Informationen über Risiken im Unternehmen gewinnen.

2.2.1.3 Betriebsprüfungsberichte

Die letzten beiden Betriebsprüfungsberichte (zu jeder Steuerart, soweit vorhanden) sollten zwingend angefordert werden. Ein Betriebsprüfungsbericht kann konkrete Anhaltspunkte über mögliche Steuerrisiken im Zielunternehmen aufzeigen. Es sollte untersucht werden, ob beanstandete Punkte des Betriebsprüfers in den nachfolgenden (noch nicht berücksichtigten) Veranlagungszeiträumen berücksichtigt worden sind.

Sollten bestimmte Problemfelder durch die Betriebsprüfung aufgegriffen, aber in den nachfolgenden Steuererklärungen durch den Steuerpflichtigen nicht entsprechend umgesetzt worden sein, können diese Punkte bei vergleichbaren Rahmenbedingungen bzw. Handhabung in den zukünftigen Betriebsprüfungen wieder Gegenstand einer Diskussion mit der Finanzverwaltung sein. Das hartnäckige Festhalten an steuerlichen Einschätzungen, die von der Finanzverwaltung in vorangegangenen Betriebsprüfungen bereits ausdrücklich verworfen wurden, in den nachfolgenden Veranlagungszeiträumen kann im Extremfall sogar als Steuerstraftat gewertet werden.

2.2.1.4 Steuerlich relevante Rechtsverhältnisse

2.2.1.4.1 Handelsregistrauszüge

Für die steuerliche Due Diligence sind zudem bestimmte Informationen und Dokumente von Interesse, die, sofern einschlägig, auch für die rechtliche Due Diligence

von Relevanz sind. Grundsätzlich ist es empfehlenswert, in der Position als potenzieller Käufer die Handelsregistrauszüge des Zielunternehmens zu ziehen⁹. Anhand der Handelsregistrauszüge können Erkenntnisse über die Firma, den Sitz, den Gegenstand des Unternehmens, die Höhe des Stamm- oder Grundkapitals, die Leitungsorgane, alle eintragungspflichtigen Rechtsverhältnisse (z. B. Umstrukturierungen, Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag) gewonnen werden.

Ein umfassender und aktueller Überblick über das Zielunternehmen kann nur durch Einsicht in die Handelsregisterakte erlangt werden. Dabei können Informationen über den Gründungsvorgang, die Beteiligungsverhältnisse und eventuell noch nicht bearbeitete Handelsregisteranmeldungen gewonnen werden.

2.2.1.4.2 Konzernübersicht

Im Vorfeld zum Erwerb des Zielunternehmens empfiehlt es sich die Konzernstruktur in einem Organigramm darzustellen. Durch die Übersicht der Konzernstruktur werden die von dem Verkaufsprozess umfassten Unternehmen eingegrenzt, die in die Tax Due Diligence einbezogen werden sollen. Dadurch kann der sachliche Umfang der anzufordernden Unterlagen beeinflusst werden.

Weiterhin kann auf der Grundlage der Konzernübersicht eine Gestaltung der Akquisitionsstruktur sowie post- und präakquisitorische Beratung vorgenommen werden. Typische Problemfelder, die bei der Tax Due Diligence aufgrund einer Konzernübersicht zu analysieren sind, können z. B. im Bereich der Körperschaftsteuer liegen:

- Einbehaltung von Quellensteuer¹⁰ bzw. Vorhandensein einer Freistellungsbescheinigung bei Dividendenzahlungen an ausländische Unternehmen;
- Angemessene Verrechnungspreise (Transfer Pricing) bei im Ausland ansässigen verbundenen Unternehmen¹¹;
- Verdeckte Gewinnausschüttungen¹².

2.2.1.4.3 Grundbuchauszüge

Hat das Zielunternehmen Grundbesitz, ist es empfehlenswert sich Grundbuchauszüge vorlegen zu lassen. Diese geben Aufschlüsse über die rechtlichen Verhältnisse am Grundstück, wie z. B. über Eigentümerposition und über dingliche Rechte (z. B. Teileigentum, Erbbaurechte, Grunddienstbarkeiten, öffentlich-rechtliche Baulasten). Dies kann für die Bestimmung des Kaufpreises von großer Bedeutung sein, wenn z. B. die nach dem Kauf geplante Nutzung des Grundstückes durch ein dingliches Recht eingeschränkt ist. Auch für die Ermittlung einer möglichen Grunderwerbsteuer können diese Informationen von Bedeutung sein.

⁹ Elektronisch abrufbar über bundesanzeiger.de oder unternehmensregister.de.

¹⁰ § 50a EStG.

¹¹ § 1 AStG.

¹² § 8 Abs. 3 S. 2 KStG.

2.2.1.4.4 Gesellschaftsvertrag, andere Verträge

Im Rahmen der steuerlichen Unternehmensanalyse könnten hinsichtlich des Gesellschaftsvertrages oder anderer gesellschaftsrechtlich relevanter Verträge folgende Punkte in einer Tax Due Diligence-Checkliste relevant sein:

- Wann wurde der Gesellschaftsvertrag zuletzt geändert und wurde die Änderung in das Handelsregister eingetragen?
- Wurden Einlagen offen oder verdeckt zurückgewährt?
- Wurden die gesetzlichen Vorschriften für die wirksame Begründung/Beendigung einer Organschaft eingehalten?
- Wurde der Ergebnisabführungsvertrag ordnungsgemäß durchgeführt?
- Liegt ein wichtiger Grund bei der Beendigung der Organschaft vor dem Ablauf der Mindestlaufzeit von fünf Jahren vor, der die frühzeitige Beendigung rechtfertigt?
- Sind die Tantieme-, Pensions- und Abfindungsvereinbarungen bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer angemessen?
- War der Forderungsverzicht eines Gesellschafters zugunsten des Zielunternehmens werthaltig?

Typisches Problemfeld in diesem Zusammenhang sind sogenannte verdeckte Gewinnausschüttungen¹³. Daher ist es zwingend erforderlich, ein besonderes Augenmerk auf diesen Problembereich zu legen.

2.2.1.4.5 Gesellschafterbeschlüsse der letzten drei bis fünf Veranlagungszeiträume

Ferner ist es empfehlenswert, die Gesellschafterbeschlüsse des Zielunternehmens anzufordern. Die Beschlüsse können Aufschluss über die offenen Gewinnausschüttungen, Änderungen des Gesellschaftsvertrages, Feststellung des Jahresabschlusses, Abschluss/Beendigung von Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen sowie Umstrukturierungen geben.

2.2.2 Informationsquellen

Grundsätzlich stellt der Verkäufer die für die Durchführung einer Tax Due Diligence benötigten Informationen und Unterlagen zur Verfügung („interne Informationsquellen“). Diese werden regelmäßig in einem Datenraum des Verkäufers zur Verfügung gestellt. Ferner kann sich ein potenzieller Käufer über externe Quellen Informationen und Unterlagen über das Zielunternehmen beschaffen („externe Informationsquellen“).

Als externe Informationsquellen kommen z. B. Handelsregister- und Grundbuchauszüge, die Einsicht in die Handelsregisterakte, die veröffentlichten Jahres- und Konzernabschlüsse und Auskünfte von externen Steuerberatern oder Wirtschaftsprüfern des

¹³ Siehe für weitere Informationen R. 36 ff. KStR.

Zielunternehmens in Betracht. Die Abschlüsse und weitere Informationen zu dem Zielunternehmen können vielfach unter der Web-Adresse des Zielunternehmens heruntergeladen werden¹⁴.

Die internen Informationsquellen können und sollten aus einem Datenraum entnommen werden, sofern diese in aussagekräftiger Form hinterlegt sind.

Darüber hinaus wird im Rahmen eines Frage/Antwort Verfahrens (Q&A-Prozess) dem Käufer und seinen Beratern regelmäßig die Möglichkeit eingeräumt, Fragen zu stellen und fehlende Dokumente anzufordern. Der Q&A Prozess ist somit für den Käufer ein wesentlicher Bestandteil der Datenraumprüfung¹⁵

2.2.3 Sachlicher und zeitlicher Umfang

In der Beratungspraxis hat es sich bei der Planung des sachlichen und zeitlichen Umfangs der Tax Due Diligence bewährt, in einem ersten Schritt auf standardisierte Tax Due Diligence-Listen zurückzugreifen. Diese Listen sollten jedoch nur als Grundlage dienen und nach entsprechenden ersten Recherchen zum Zielunternehmen auf die konkrete Transaktion angepasst werden. Es hängt hierbei vielfach von dem Erwerber ab, ob dieser im Rahmen der Due Diligence Schwerpunkte setzen möchte bzw. welchem Zweck die Due Diligence letztendlich dienen soll.

Grundsätzlich ist die steuerliche Due Diligence neben der rechtlichen Due Diligence, der Finanz Due Diligence, der technischen und Umwelt Due Diligence ein zwingender Bestandteil jeder Unternehmensprüfung, die von den potenziellen Erwerbern auf keinen Fall unterlassen werden sollte. Demgegenüber können Bereiche wie die Cultural Due Diligence oder die Strategic Due Diligence vielfach eher vernachlässigt werden¹⁶.

Ein wesentliches Kriterium für den Umfang der steuerlichen Due Diligence ist, in welcher Form das Zielunternehmen erworben werden soll. Es bestehen Unterschiede in der Schwerpunktsetzung im Falle eines share deals (Kauf der Anteile eines Unternehmens) verglichen mit einem asset deal (Kauf einzelner Vermögensgegenstände bzw. Unternehmensteile)¹⁷. Wird nämlich ein Unternehmen im Wege eines share deals erworben, tritt der Erwerber in die Stellung des Veräußerers und erwirbt eine operative Einheit, die grundsätzlich als eigenes Steuersubjekt auftritt. Somit wird für den potenziellen Erwerber bei einem share deal entscheidend sein, wie sich der steuerliche Status quo der Gesellschaft und die steuerliche Behandlung in der Vergangenheit darstellt. Da der Erwerber grundsätzlich mit den steuerlichen Unwägbarkeiten der Vergangenheit belastet ist, wird er sich mit diesen intensiver auseinandersetzen müssen als bei einem asset deal.

¹⁴ Siehe unter www.unternehmensregister.de.

¹⁵ Steinke/Niewerth/Ludwig, Due Diligence bei Grundstücksunternehmen, 10, Rz. 21.

¹⁶ Vogt, DStR 2001, 2027; Gran, NJW 2008, 1409.

¹⁷ Welbes, in: Berens, Wolfgang/Brauner, Hans U./Strauch, Joachim (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, S. 424.

Im Gegensatz dazu werden bei einem asset deal lediglich die operative Einheit bzw. separate Unternehmenseinheiten von dem Erwerber übernommen. Die Gesellschaft als steuerliche Einheit verbleibt hierbei grundsätzlich bei dem Veräußerer. Somit liegt der steuerliche Fokus bei einem asset deal vornehmlich auf der steuerlichen Behandlung der übertragenen Wirtschaftsgüter, der Grunderwerbsteuer, der Umsatzsteuer bezüglich des Kaufpreises sowie der Grund- und Gewerbesteuer. Generell kommt hier keine steuerliche Haftung des potenziellen Erwerbers für steuerliche Umstände des Veräußerers für die Vergangenheit in Betracht. Eine Ausnahme bilden ausschließlich abgabenrechtliche Haftungstatbestände, die sich jedoch ausschließlich auf Betriebssteuern beziehen können¹⁸.

In der Beratungspraxis ist es deshalb zu empfehlen, dass sich der potenzielle Erwerber mit dem Veräußerer und dessen Berater im Vorfeld auf die Zielrichtung und den Umfang der Due Diligence verständigen, um einen strukturierten Prozess und Ablauf von Beginn an zu gewährleisten.

2.2.4 Muster einer steuerlichen Checkliste/eines Fragenkatalogs

Checkliste für den Erwerb einer GmbH

- Steuerbilanzen@#@bzw. steuerliche Überleitungsrechnung der letzten fünf Jahre der Target GmbH und Tochter-/Enkelgesellschaften
- Letzter Betriebsprüfungsbericht des Finanzamtes, einschließlich Lohnsteuer-Außenprüfungs-/Umsatzsteuer-Sonderprüfungsberichte
- Steuererklärungen und Steuerbescheide (inkl. Verlustfeststellungsbescheide) der letzten drei bis fünf Jahre
- Gesellschafterbeschlüsse und Protokolle der Gesellschafterversammlungen, insbesondere Gewinnausschüttungsbeschlüsse der letzten drei bis fünf Jahre
- Organigramm der Beteiligungsstruktur unter vollständiger Namensbezeichnung (Anteilseigner an der Target Gesellschaft, Tochtergesellschaften, Enkelgesellschaften) mit Angabe der Beteiligungsquoten und Handelsregisterauszüge
- Auflistung sämtlicher Niederlassungen bzw. Zweigstellen und sonstiger Geschäftsstellen bzw. Geschäftslokale
- Verträge, Vereinbarungen und Abmachungen zwischen der Gesellschaft und ihren verbundenen Unternehmen (wie z. B. Unternehmensverträge, Beherrschungsverträge, Ergebnisabführungsverträge, Verträge über Verrechnungspreise, Darlehensverträge)
- Unterlagen über konzerninterne Transaktionen (Veräußerungen), Umstrukturierung oder Erwerbe (Einbringungen) innerhalb der letzten sieben Jahre

¹⁸ Siehe Kap. 4.

- Verträge zwischen Gesellschafter-Geschäftsführer und Gesellschaft
- Auflistung des Grundvermögens der Gesellschaft, einschließlich der Vorlage der betreffenden Kaufverträge, unter Angabe von:
 - einer kurzen Beschreibung des jeweiligen Grundvermögens
 - der jeweiligen Adresse
 - des Grundbuchamtes und der Grundbuchnummer
 - des zuletzt ermittelten Marktwertes
- Jahresabschlüsse der Gesellschaft (Bilanz, Gewinn- und Verlustrechnung und Anhang) nebst Lagebericht der Geschäftsführung und Prüfungsbericht der Abschlussprüfer für die letzten drei bis fünf abgeschlossenen Geschäftsjahre der Gesellschaft
- Angaben über unabhängige Wirtschafts- und Rechnungsprüfer, die von der Gesellschaft beauftragt wurden (Namen, Adresse, Telefon- und Telefaxnummer)
- Aufstellung der offenen Steuerschulden
- Körperschaftsteuerliche Eigenkapitalgliederung
- Liste der Steuervergünstigungen
- Zusammenstellung aller verbindlichen Auskünfte, einschließlich des Schriftverkehrs
- Streitige Steuerforderungen
- Darstellung der Streitigkeiten mit dem Finanzamt und der Verfahren vor den Finanzgerichten
- Liste laufender oder anstehender Steuerstrafverfahren◀

2.3 Datenraumregeln

Frank Kewitz, David Witzel und Marcel Späth

Wie bereits dargelegt, sind die Leitungsorgane einer Gesellschaft nur in begrenztem Umfang autorisiert, dem Kaufinteressenten Einblick in die Interna des Unternehmens zu eröffnen. Um diesem Geheimnisschutz Rechnung zu tragen, sollten dem potenziellen Käufer ausschließlich ausgewählte Dokumente im elektronischen Datenraum zur Verfügung gestellt werden. Um unter anderem eine unkontrollierte Vervielfältigung der ausgestellten Dokumente zu verhindern, sollte der Veräußerer „Datenraumregeln“ festlegen¹⁹. Diese sollten einerseits Restriktionen bei der Offenlegung von Informationen sowie andererseits Regelungen zum Ablauf der Tax Due Diligence-Prüfung beinhalten.

¹⁹ Gran, NJW 2008, S. 1409.

2.3.1 Restriktionen bei der Offenlegung von Informationen

Für den Verkäufer ist es regelmäßig wichtig, dass die ausgestellten bzw. bereitgestellten Dokumente weder bei einem physischen Datenraum aus den Akten oder bei einem elektronischen Datenraum aus dem elektronischen Verzeichnis entfernt werden. Ferner sollen die Dokumente des Datenraums nicht kopiert werden dürfen, es sei denn, das Kopieren bestimmter Dokumente wurde ausdrücklich erlaubt.

Im Falle eines elektronischen Datenraums bietet es sich an, eine webbasierende Ansicht der Dokumente zu erlauben, die jedoch strikt das Drucken verbietet. Alternativ können PDF Dateien zur Verfügung gestellt werden, die das Drucken von Dokumenten nicht gestatten.

Um diesen Interessen gerecht zu werden, sollte der physisch begehbare Datenraum bestimmte Öffnungszeiten haben, während derer eine vom Verkäufer bestimmte Person die Einhaltung der Regeln beaufsichtigt²⁰. Diese Person wacht darüber, dass keine Dokumente aus dem Datenraum entfernt bzw. kopiert werden. Soweit die potenziellen Käufer Kopierwünsche haben, sollen sie diese für Dokumentations- und Beweis Zwecke in eine Liste eintragen. Eine zuständige Person aufseiten des Verkäufers kann dann im Einzelfall entscheiden, ob diese Dokumente kopiert und dem potenziellen Käufer zur Verfügung gestellt werden können. Soweit der potenzielle Käufer zusätzliche Informationen benötigt, soll er diese in schriftlicher Form beantragen und den Antrag an eine als Verantwortliche für den Datenraum bestimmte Person richten. Nur so ist gewährleistet, dass der Verkäufer über eine Zentralperson den Überblick über alle gewährten Informationen behält.

Im Falle eines elektronischen Datenraums wird grundsätzlich der Verkäufer der Administrator der Plattform sein, da dieser grundsätzlich sicherstellen möchte, wer Zugriff auf die vertraulichen Unterlagen des Unternehmens hat. Die Zugriffsrechte sind soweit dann nur per individualisierter Email Adresse und Passwort möglich. Der Datenraum sollte so ausgestaltet sein, dass als erstes Hinweise hinsichtlich Regeln der Nutzung des Datenraumes angezeigt werden. Ferner, sollte ein elektronisches „Login“ Buch geführt werden, welches aufzeichnet wer welches Dokument wann eingesehen hat, um spätere Diskussionen von der Nichtkenntnis einiger Dokumente ausschließen zu können. Um solche Problematiken ferner zu vermeiden, sollte grundsätzlich ausschließlich ein Datenaustausch über den elektronischen Datenraum mit dem potenziellen Käufer erfolgen.

2.3.2 Elektronischer bzw. virtueller Datenraum

Um den potenziellen Käufern bei größeren Transaktionen oder Bieterverfahren die Gelegenheit zu geben, die Due Diligence schnell und effizient durchführen zu können, stellen Verkäufer vermehrt virtuelle Datenräume zu Verfügung. Hierbei handelt es sich um Online-Datenbanken, die von verschiedenen Anbietern solcher Datenbanken im Internet

²⁰ Kneip/Jänisch, Tax Due Diligence, B.I., Rz. 42.

zur Verfügung gestellt werden. Die Datenbanken werden vom Verkäufer mit Dokumenten bestückt. Der Datenraum steht dem potenziellen Käufer, seinen Mitarbeitern und Beratern nach Unterzeichnung der Vertraulichkeitsvereinbarung und den Datenraumregeln, regelmäßig 24 h am Tag, 7 Tage die Woche zur Durchsicht zur Verfügung. Hierdurch können große Teams von Beratern parallel beträchtliche Dokumenten- und Informationsmengen innerhalb des meist engen Zeitfensters prüfen und bewerten²¹. Bei einem virtuellen Datenraum sind inzwischen auch Q&A und Analytik Tools Standard, die es dem Datenrauminhaber ermöglichen effizient die Fragen zu beantworten und die Datenraum Nutzung zu analysieren, um das potenzielle Käuferinteresse besser einschätzen zu können. Mittlerweile gibt es auch Apps für iOS und Android, die die Nutzung der virtuellen Datenräume noch einfacher gestaltet.

Ziel des Datenraums ist es, den potenziellen Käufern eine vollständige, einheitliche und übersichtliche Dokumentation aller für den Veräußerungsprozess relevanten Dokumente und Informationen der zu veräußernden Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Der Datenraum sollte daher in seinem Aufbau einer klaren und logischen Struktur (einheitliche fortlaufende Nomenklatur) entsprechen und es dem Benutzer damit ermöglichen, sich schnell und zielgerecht zu orientieren.

Die im Datenraum zur Verfügung gestellten Dokumente wird man in der Regel nur teilweise zum Ausdrucken zulassen. Eine Reihe von Dokumenten wird man aufgrund besonders schutzwürdiger Inhalte lediglich mit einem Leserecht ausstatten. Für besonders vertrauliche Unterlagen bietet es sich auch an, diese erst zu einem späteren Zeitpunkt des Prozesses entweder in einem virtuellen „Red Room“ oder in einem physischen „Red Room“ zur Verfügung zu stellen. Die Zugriffsrechte können dann auf eine begrenzte Zahl von Nutzern oder auch nur für bestimmte Personen beschränkt werden, wie z. B. Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, die dann nur unter bestimmten Vorgaben die Informationen komprimiert dem potenziellen Käufer offenlegen dürfen.

Die technische Betreuung des Datenraumes sowie die technische Hilfestellung der Datenraumnutzer werden in der Regel vom Datenbankanbieter übernommen. Die Koordination innerhalb des virtuellen Datenraumes sowie die Vergabe und Steuerung der Zugangsberechtigungen wird meist vom Verkäufer selbst oder dem Verkaufsberater durchgeführt.

2.3.3 Regelungen zum Ablauf

Auch der Ablauf und Zugang zum Datenraum sollten geregelt werden. Insbesondere empfiehlt es sich, die potenziellen Käufer anzuweisen, die zugriffsberechtigten Personen namentlich für den Datenraum an den Verkäufer zu melden. Auch sollte die Anzahl der maximal in dem Datenraum erlaubten Personen beschränkt sein.

²¹ *Steinke/Niewerth/Ludwig*, Due Diligence bei Grundstücksunternehmen, 17, Rz. 37.