

WP/StB Prof. Dr. Ulrich Prinz / M.Sc. Fabian Ludwig, beide Köln

Due Diligence-Aufwand bei geplanten Akquisitionsmaßnahmen

– Zweifelhafte Aktivierungspflicht –

WP/StB Prof. Dr. Ulrich Prinz und M.Sc. Fabian Ludwig

sind für die WTS Steuerberatungsgesellschaft mbH in Köln tätig.

Kontakt: autor@der-betrieb.de

Die bilanzsteuerliche Qualifizierung von Due Diligence-Aufwand als Anschaffungsnebenkosten eines Beteiligungserwerbs oder als sofort abziehbare Betriebsausgaben im Vorfeld einer Akquisitionsentscheidung gehört zu den „Dauerbrennern“ in Betriebsprüfungen. Das FG Köln stellt in seiner rechtskräftigen Entscheidung vom 06.10.2010 auf den Zeitpunkt des Abschlusses eines Letter of Intent (LoI) ab und fordert eine Aktivierung sämtlicher anschließend anfallenden Due Diligence-Aufwendungen. Eine aktuelle Entscheidung des Österreichischen Verwaltungsgerichtshofs vom 23.02.2017 stützt diese Rechtsauffassung. Der Beitrag entwickelt als „Kontrapunkt“ ein differenziertes Beurteilungsbild, welches auf die verschiedenartigen Formen von Due Diligence-Tätigkeiten und LoI-Typen abstellt, und weist nach, dass in den meisten Praxisfällen ein sofortiger Betriebsausgabenabzug geboten ist.

I. Problemstellung: Vielgestaltiger Due Diligence-Aufwand im Rechtsstreit

Das M&A-Transaktionsvolumen in Deutschland weist seit Jahren eine erhebliche Größenordnung auf. Deutsche Mittelständler und Konzerne sind und waren in der Vergangenheit häufig auf der Suche nach geeigneten Zielunternehmen (= Targets), teils mit, teils ohne Erfolg. Auf der anderen Seite haben sich insoweit auch steuerausländische Unternehmen auf dem deutschen M&A-Markt betätigt.

In den verschiedenen Phasen eines (geglückten oder gescheiterten) Unternehmenskaufs fallen durchweg erhebliche Aufwendungen für zivilrechtliche, steuerliche und betriebswirtschaftliche Beratung an. Insb. für KapGes., die im Wege eines Share Deals Beteiligungen erwerben, stellt sich die Frage, ob die entstandenen Kosten als aktivierungspflichtige Anschaffungsnebenkosten oder als Aufwand bzw. sofort abziehbare Betriebsausgabe (§ 4 Abs. 4 EStG) zu qualifizieren sind.¹ Hinzu kommt in Fällen einer gescheiterten Akquisition: Teilwertabschreibungen und Veräußerungsverluste einer Beteiligung dürfen das Einkommen der KapGes. gem. § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG im Wege einer außerbilanziellen Korrektur nicht mindern; es können sich weitere steuerliche Mehrbelastungen ergeben, sofern der Betriebsausgabenabzug abgelehnt wird.² Soweit Personenunternehmen mit „natürlichen Mitunternehmern“ als Akquisitionsinteressenten betroffen sind, greift das 40%ige Teilabzugsverbot des § 3c Abs. 2 EStG ein. Die

1 Vgl. eingehend Kahle/Hiller, ifSt-Schrift Nr. 495 (2014) = IFST0649573; Ditz/Tcherveniacki, DB 2011 S. 2676.

2 Vgl. Kaminski/Strunk, Stgb 2011 S. 63.

Rechtslage ist nicht abschließend geklärt. Nicht selten wird die Thematik im Rahmen von Betriebsprüfungen aufgegriffen, mit dem Ziel einer Aktivierung der Kosten als Anschaffungsnebenkosten.

Konkret im praktischen Rechtsstreit sind häufig sog. Due Diligence-Kosten. Nach h.M. in Rspr.³ und Schrifttum⁴ sind die Due Diligence-Aufwendungen ab dem Zeitpunkt der grds. getroffenen Erwerbsentscheidung als Anschaffungsnebenkosten zu aktivieren. Somit ist für die richtige Abgrenzung entscheidungserheblich, um welche konkrete Form einer Due Diligence es sich handelt und zu welchem Zeitpunkt des Akquisitionsprozesses von einer grds. getroffenen Erwerbsentscheidung ausgegangen werden kann. Während Teile der Literatur gestützt auf die Rspr. des FG Köln vom 06.10.2010⁵ den Zeitpunkt des Abschlusses eines Letter of Intent (LoI) als maßgeblich erachten,⁶ geht eine Gegenansicht im Schrifttum davon aus, dass eine Erwerbsentscheidung zu diesem Zeitpunkt i.d.R. noch nicht getroffen ist.⁷ Eine neue restriktive Entscheidung des Österreichischen Verwaltungsgerichtshofs vom 23.02.2017 erzeugt vor diesem Hintergrund auch in Deutschland fortgesetzten Diskussionsbedarf.⁸ Es sollen die relevanten Beurteilungsgesichtspunkte dargestellt werden.

II. Zur Illustration: Erfolgreicher/vergeblicher Due Diligence-Aufwand bei Share Deal nach Abschluss eines LoI

Sachverhalt: Die A-GmbH möchte den Ausbau ihrer Marktstellung im Telekommunikationsbereich durch Akquisitionen verbessern und beauftragt einen Berater in 05/01, entsprechende „Targets“ zu identifizieren. Die für das Jahr 01 in Rechnung gestellten Honorare werden von der A-GmbH als Beratungsaufwand verbucht. Nach einem längeren Auswahlprozess schlägt der Berater zwei „potenzielle Erwerbskandidaten“ vor. Mit beiden Unternehmen (inländische/ausländische KapGes.) wird in 04/02 ein LoI abgeschlossen, in dem strikte Vertraulichkeit mit einem Zeit- und Step-Plan für die beiderseitige Entscheidungsfindung vereinbart wird. Die deutlich auseinanderliegenden Preisvorstellungen werden genannt, der Kaufpreis selbst bleibt ausdrücklich offen. Dem LoI kommt

3 Vgl. FG Köln vom 06.10.2010 – 13 K 4188/07, EFG 2011 S. 264, rkr. geworden, mit Anm. Trossen. Die Revision zum BFH war vom FG Köln zugelassen, wurde aber vom betroffenen Unternehmen nicht eingelegt.

4 Vgl. Ettinger, Ubg 2017 S. 41 m.w.N.; Peter/Graser, DStR 2009 S. 2032.

5 FG Köln vom 06.10.2010, a.a.O. (Fn. 3).

6 Vgl. Ettinger, Ubg 2017 S. 41; Hruschka, Stbg 2012 S. 1.

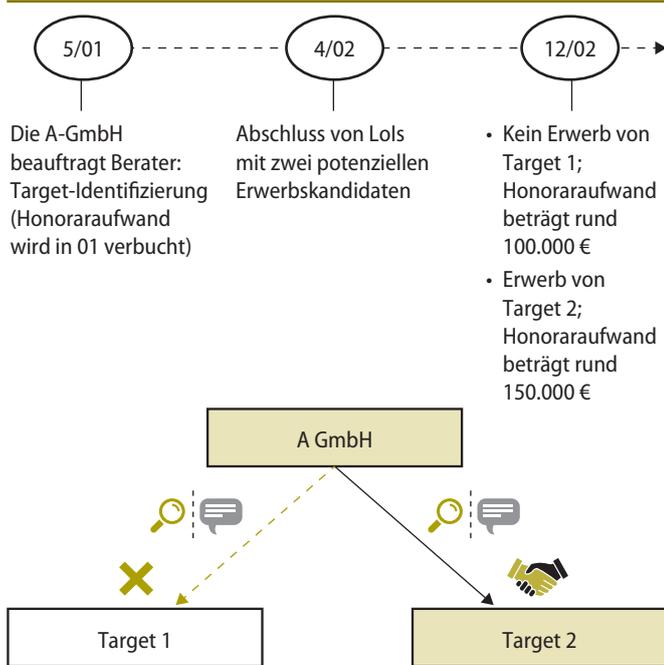
7 Vgl. Kahle/Hiller, ifSt-Schrift Nr. 495 (2014), IFST0649573; dies., DB 2014 S. 500; Ditz/Tcherveniacki, DB 2011 S. 2676; Farwick, BC 2016 S. 165; Hoffmann, StuB 2011 S. 81; Krumm, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen (Hrsg.), Bilanzrecht, 2017, § 255 Rz. 50.

8 Vgl. die Entscheidung des Österreichischen Verwaltungsgerichtshofs vom 23.02.2017 – Ro 2016/15/0006.

nach der Vertragsvereinbarung der Parteien ausdrücklich keine rechtliche Bindungswirkung zu.

Die anschließende Due Diligence bei Target 1 deckt erhebliche Risikopositionen auf. Der Erwerb kommt nicht zustande. Der Honoraraufwand beträgt rund 100.000 €. Die Due Diligence bei Target 2 bestätigt dagegen die Erwartungen der A-GmbH. Der Kaufvertrag über den Erwerb von 80% der Anteile wird in 12/02 abgeschlossen. Das Honorarvolumen für Due Diligence 2 beträgt rund 150.000 € (s. zur Veranschaulichung Abb. 1).

Abb. 1: Ablauf des (potenziellen) Akquisitionsprozesses



Beide Honorarnoten werden von der A-GmbH als Betriebsausgaben verbucht. Die Bp greift dies auf und aktiviert beide Beträge in der Prüferbilanz. Die anschließende Teilwertabschreibung für den Honoraraufwand Due Diligence 1 wird außerbilanziell korrigiert gem. § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG. Dies alles zu Recht?

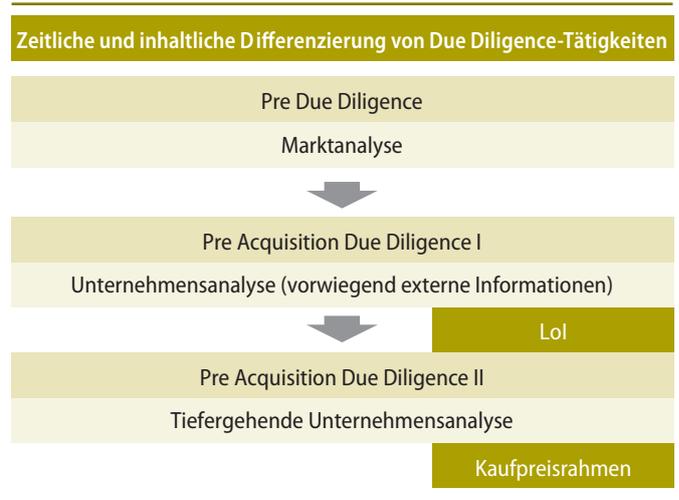
III. Qualifikationsrelevante Ausgestaltungsformen von Due Diligence-Aufwand

Der Begriff der Due Diligence ist in Deutschland nicht gesetzlich definiert. Ein festgelegter Rechtsrahmen für Due Diligence-Prüfungen besteht daher nicht. Ansatz und Umfang einer Due Diligence sind vielmehr stark einzelfallabhängig. Im Allgemeinen versteht man unter einer Due Diligence die sorgfältige Prüfung und Analyse eines Unternehmens im Zuge einer geplanten Akquisitionsmaßnahme im Hinblick auf seine wirtschaftlichen, rechtlichen, steuerlichen und finanziellen Verhältnisse. Im Einzelfall und eher selten sind auch post-akquisitorische Due Diligence-Tätigkeiten zu beobachten. Die Due Diligence wird meist durch den potenziellen Käufer eines Unternehmens vorgenommen (sog. Buyers Due Diligence), es gibt allerdings auch die Möglichkeit einer Due Diligence von Verkäuferseite (sog. Vendor Due Diligence).⁹ Üblicherweise sollen die Chancen und Risiken des Zielunternehmens aufgedeckt werden. Zudem ist die Due Diligence häufig Grundlage der Wertfindung aus

Erwerbersicht. Zusammengefasst dient eine Due Diligence deshalb der Entscheidungsfindung des potenziellen Erwerbers, wobei unterschiedlicher „Bindungswille“ hinsichtlich der tatsächlichen Realisierung des Erwerbsvorgangs besteht.¹⁰

Es gibt unterschiedliche Formen (vgl. Abb. 2¹¹) und Zeitpunkte einer Due Diligence. Sie kann teils zu Beginn des Transaktionsprozesses, teils in einem relativ späten Zeitstadium – mitunter sogar erst nach Vertragsabschluss über das Kaufobjekt – erfolgen. Der endgültige Kaufpreis wird auch bei erfolgreicher Akquisition üblicherweise erst nach Abschluss der Due Diligence und Analyse des Due Diligence-Reports zwischen den Parteien festgelegt/vereinbart.¹²

Abb. 2: Unterschiedliche Formen von Due Diligence im Akquisitiionsprozess



Die Phasen unterscheiden sich vorwiegend im Grad der Informationen, die dem potenziellen Erwerber bereits zur Verfügung stehen. Der Erwerber muss im Transaktionsprozess detailliertere Informationen über das Target beschaffen, um mögliche „Deal Breaker“ zu identifizieren und um folglich im fortgeschrittenen Akquisitionsablauf eine grundsätzliche Erwerbsentscheidung treffen zu können. Es ist hervorzuheben, dass nicht alle aufgezeigten Phasen der Due Diligence in jedem Transaktionsprozess durchgeführt werden. Der Schwerpunkt in der Praxis liegt bei den „Pre Acquisition Due Diligences“. Eine Due Diligence nach Vertragsabschluss ist eher selten, kann aber aufgrund bestimmter Closing-Bedingungen, Earn outs oder Rücktrittsrechten sinnvoll sein. Eine Einzelfallbetrachtung ist notwendig. Sofern die Due Diligence erst nach der Kaufpreisfestlegung erfolgt, dürften an der Aktivierungspflicht keine Zweifel bestehen.

Schließlich ist auch die Gebührengestaltung einer Due Diligence sehr unterschiedlich. Teils werden Gebühren „gedeckt“, falls die Transaktion scheitert, teils werden Gebühren auch auf den Kaufpreis angerechnet. Es ist nicht zwingend, dass die Erwerbsgesellschaft selbst stets die Due Diligence-Gebühren

⁹ Zur Vendor Due Diligence vgl. Weilep/Dill, BB 2008 S. 1946.

¹⁰ Vgl. Bea/Helm/Schweitzer, BWL-Lexikon, 2009, Due Diligence. Zum Status Quo der Due Diligence in Deutschland vgl. Knauer/Herrmann/Wagener, WPG 2017 S. 1274.

¹¹ Vgl. Berens/Schmitting/Strauch, in: Berens/Brauner/Strauch (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 6. Aufl. 2011, S. 67, mit Verweis auf Binder/Lanz, „Due-diligence“: Systematisches und professionelles Instrument für erfolgreichere Firmen-Akquisitionen, in: Index, H 4-5/1993, 20. Die Autoren verweisen zudem auf die sog. Post Completion Due Diligence und die sog. Post Acquisition Due Diligence. Diese Spezialformen von Due Diligence-Tätigkeiten werden u.U. erst nach der Vertragsunterzeichnung durchgeführt.

¹² Vgl. Kahle/Hiller, DB 2014 S. 504.

leistet, ggf. werden diese auch durch die Mutter- oder Schwertgesellschaften im Konzern erbracht mit etwaigen Folgen für verdeckte Einlagen bzw. vGA.¹³

IV. Abgrenzungskriterien zur Aktivierung/Nichtaktivierung von Due Diligence-Aufwand

1. Umfang der Anschaffungskosten einer Beteiligung

Die Beteiligung an einer inländischen/ausländischen KapGes. ist bilanziell als Vermögensgegenstand/Wirtschaftsgut zu qualifizieren.¹⁴ Handelsrechtlich sind Vermögensgegenstände mit den Anschaffungskosten anzusetzen (§ 253 Abs. 1 Satz 1 HGB). Steuerrechtlich erfolgt die Zugangsbewertung ebenfalls mit den „Anschaffungskosten der Beteiligung“ gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG im Anlagevermögen. Eine eigenständige steuerbilanzielle Definition des Anschaffungskostenbegriffs fehlt jedoch.¹⁵ Wegen der Maßgeblichkeit handelsrechtlicher GoB erfolgt deshalb ein Rückgriff auch für steuerbilanzielle Zwecke auf § 255 Abs. 1 HGB. Dabei gilt der Anschaffungskostenbegriff für Gewinn- und private Überschusseinkünfte (insb. im V+V-Bereich) im Grundsatz gleichermaßen.¹⁶ Durch Aktivierung der Anschaffungskosten soll die Erfolgsneutralität des Anschaffungsvorgangs im Hinblick auf bloße Vermögensumschichtungen mit üblicherweise mehrjährigem Nutzungspotenzial sichergestellt werden (Anschaffung mit „gespeicherten Betriebsausgaben“). Vorsichts- und Realisationsprinzip lassen eine Aktivierung aber nur bei finalem Anschaffungsbezug zu; ansonsten handelt es sich auch unter Leistungsfähigkeitsgesichtspunkten um sofort abziehbare Betriebsausgaben, die keinen direkten Wertbezug zu einer Bilanzposition aufweisen.¹⁷

Anschaffungskosten sind lt. § 255 Abs. 1 HGB sinngemäß: Sämtliche Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben, soweit sie diesem einzeln zugeordnet werden können; eine Gemeinkostenaktivierung erfolgt nicht. Nebenkosten und nachträgliche Anschaffungskosten gehören ebenfalls zu den Anschaffungskosten. Einzelne zuzuordnende Anschaffungspreisminderungen sind abzusetzen. Unter dem Gesichtspunkt der Erfolgsneutralität dürften nur solche Aufwendungen als Anschaffungskosten behandelt werden, die einen vermögensumschichtenden Bezug aufweisen. Unter Vorsichts- und Realisationsgesichtspunkten geht im Zweifel der Betriebsausgabenabzug einer Aktivierung steuersystematisch vor (Vermeidung einer Überbewertung). Im Einzelnen lässt sich zum Anschaffungskostenbegriff festhalten:¹⁸

- Es besteht ein finaler einzelkostenbezogener und durch einen Veranlassungszusammenhang geprägter Anschaffungskostenbegriff. Bei seiner Auslegung sind wirtschaftliche Gesichtspunkte entscheidend.

13 Vgl. zu weiteren Details Pyszka, DStR 2010 S. 1468.

14 Abweichendes gilt bei einem steuerlichen Asset Deal in Gestalt eines PersGes.-Erwerbs, der den Regeln transparenter Mitunternehmerbesteuerung (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG) folgt; handelsbilanziell liegt allerdings auch insoweit ein Vermögensgegenstand vor. Im Folgenden wird nur der Share Deal betrachtet.

15 Steuerrechtlich verweist lediglich H 6.2 EStH auf den handelsrechtlichen Anschaffungskostenbegriff.

16 Vgl. BFH vom 02.09.2014 – IX R 50/13, BStBl. II 2015 S. 260 = DB 2015 S. 530, m.w.N.

17 Vgl. Peter/Graser, DStR 2009 S. 2032; Stobbe, in: HHR, § 6 EStG Anm. 170.

18 Vgl. BFH vom 27.03.2007 – VIII R 62/05, BStBl. II 2010 S. 159 = DB 2007 S. 1386, im Anschluss an BFH vom 20.04.2004 – VIII R 4/02, BStBl. II 2004 S. 597 = DB 2004 S. 1240. Beide Urteile sind zu den privaten Überschusseinkünften ergangen. Zur Neuakzentuierung nachträglicher Anschaffungskosten bei Darlehensverlusten/Bürgschaftsinanspruchnahme nach Aufhebung des Eigenkapitalersatzrechts vgl. BFH vom 11.07.2017 – IX R 36/15, DB 2017 S. 2330 = DStR 2017 S. 2098.

- Zum Kaufpreis i.e.S. kommen für die Anschaffungskostenermittlung die Nebenkosten des Erwerbs wie typische Makler-, Gutachter- oder Bewertungskosten, hinzu.
- Aufwendungen für „bloße Maßnahmen zur Vorbereitung einer noch gänzlich unbestimmten und später vielleicht eventuell noch zu treffenden Erwerbsentscheidung“ bleiben Aufwand und sind nach Maßgabe des Vorsichtsprinzips/Realisationsprinzips nicht aktivierungsfähig. Dies gilt etwa für Kosten einer Marktstudie.
- Das entscheidende Abgrenzungskriterium für Due Diligence-Aufwand ist die Frage, ob die Aufwendungen nach einer „grds. gefassten Erwerbsentscheidung“ entstanden sind. Eine endgültige, kaum widerrufliche Erwerbsentscheidung muss dies nicht sein. Durch dieses Abgrenzungskriterium gewinnen die verschiedenen Phasen, die ein Akquisitionsprozess üblicherweise durchläuft, an Bedeutung.¹⁹

2. Rspr. mit Leitliniencharakter: Grundsätzliche Erwerbsentscheidung, Bedeutung des LoI

Die Leitentscheidung in der Praxis für die Beurteilung von Due Diligence-Aufwand ist die des FG Köln vom 06.10.2010.²⁰ Das FG gelangt dabei zu dem Ergebnis, dass die Kosten einer Due Diligence regelmäßig aktivierungspflichtige Nebenkosten der Anschaffung einer Beteiligung sind, da sie nach Fassung der grundsätzlichen Erwerbsentscheidung anfallen.²¹ Dies ist in seiner Pauschalierung u.E. letztlich problematisch und wird weder den unterschiedlichen Formen von Due Diligence-Aufwand noch den rechtlich notwendigen Differenzierungen eines LoI gerecht.

Das Gericht zieht bei der Würdigung des Sachverhalts vor allem „seine vorhandene Lebenserfahrung“ heran, ohne dies in irgendeiner Form näher zu konkretisieren oder durch Nachweise objektiverbar zu machen. Danach sei die Erwerbsentscheidung regelmäßig vor einer Due Diligence, z.B. bei Abschluss eines Vorvertrags (LoI), gefallen. Die bloße Möglichkeit der späteren Aufgabe des Entschlusses sei nicht entscheidungserheblich. Hinsichtlich des LoI führt das FG Köln abseits ansonsten eher „nüchterner Formulierungskunst“ aus: „Es bedarf sprachlicher Verrenkungen, um nach einem Vorvertrag die Auffassung zu vertreten, es bestehe keine grundsätzliche Erwerbsabsicht, die grundsätzliche Erwerbsentscheidung sei nicht gefallen.“²²

U.E. ist fraglich, ob diese auf die vermeintliche „gerichtliche Lebenserfahrung“ gestützte Tatsachenwürdigung sachgerecht ist. Wichtig dabei ist: Ein LoI ist kein rechtlich normiertes Vertragsinstrument und weist daher vielfältige Ausgestaltungsformen auf. Der rechtliche Bindungswille der Vertragsparteien kann in diesem Transaktionsstadium deshalb unterschiedlich stark ausgeprägt sein. So gibt es etwa „weiche“ oder „harte“ LoIs (mit oder ohne Schadensersatz und Erfüllungsansprüche in Bezug auf den Hauptvertrag). Die Verletzung sog. vorvertraglicher Sorgfaltspflichten (culpa in contrahendo) bleibt ohnehin unberührt. Dementsprechend ist zu unterscheiden. Ein rechtlich bindender Vorvertrag entsteht durch einen LoI

19 Zu den Einzelschritten des Akquisitionsprozesses vgl. Kahle/Hiller, DB 2014 S. 500 (505): Planung, LoI, Due Diligence, Kaufvertragsverhandlungen, Kaufvertragsabschluss, Integration.

20 FG Köln vom 06.10.2010, a.a.O. (Fn. 3).

21 Vgl. FG Köln vom 06.10.2010, a.a.O. (Fn. 3); Ettinger, Ubg 2017 S. 43 ff.; a.A. u.E. zutreffend etwa Kahle/Hiller, DB 2014 S. 500; Farwick, BC 2016 S. 170.

22 FG Köln vom 06.10.2010, a.a.O. (Fn. 3).

Abb. 3: Typische Regelungsinhalte eines LoI

Niedrige Bindungswirkung	Hohe Bindungswirkung
Bloße unverbindliche Absichtserklärung	Regelungen mit Verpflichtungscharakter
Keine bzw. geringe Beschreibung des Transaktionsobjekts	Intensive Beschreibung des Transaktionsobjekts
Einseitig abgeschlossener LoI	Zweiseitig abgeschlossener LoI
Keine bzw. grobe Beschreibung der geplanten Transaktion	Präzise Beschreibung der geplanten Transaktion
Keine Exklusivität für den Käufer	Exklusivität für den Käufer
Unbestimmter Kaufpreis; unpräzise Bandbreite	Indikativer Kaufpreis
Kein bzw. unbestimmter Zeitplan für die Due Diligence	Festgeschriebener enger Zeitplan für die Due Diligence
Keine bzw. grobe Regelungen zur anstehenden Due Diligence	Präzise Regelungen zur anstehenden Due Diligence
Noch nicht angesprochene Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Kaufvertrag (Zustimmung Aufsichtsrat etc.)	Erfüllte Wirksamkeitsvoraussetzungen für den Kaufvertrag (Zustimmung Aufsichtsrat etc.)
Keine Vertragsstrafen (Ausschluss von Schadenersatzfolgen bei Scheitern der Gespräche)	Vertragsstrafen (Ausschluss von Schadenersatzfolgen bei Scheitern der Gespräche)
Keine Regelungen zur Gewährleistung	Regelungen zur Gewährleistung

jedenfalls für den Käufer auf keinen Fall.²³ Auch das Schrifttum ist überwiegend kritisch hinsichtlich der pauschalierten Aktivierung von Due Diligence-Aufwendungen.²⁴ In der folgenden Abb. 3²⁵ werden typische Regelungselemente, die in einem LoI enthalten sein können, vereinfacht nach ihrem Grad der rechtlichen Bindungswirkung für die Vertragspartner geordnet; die konkrete LoI-Abfassung beinhaltet häufig ein Mix dieser Detailregelungen.

Die Ausgestaltung ist stark einzelfallabhängig. Dabei ist zu beachten: Je konkreter und präziser die Regelungen im LoI ausgestaltet sind, desto verbindlicher kann der Vorvertrag für die Vertragsparteien sein. Eine pauschale Aktivierung der Aufwendungen als Anschaffungsnebenkosten bei Abschluss eines LoI ist deshalb zu unspezifiziert und abzulehnen, da die Konkretisierung des Kaufes in vielen Fällen noch offen und nicht so weit fortgeschritten ist, dass wirklich von einer grds. getroffenen Erwerbsentscheidung die Rede sein kann.²⁶

In weitgehender Übereinstimmung mit dem FG Köln-Judikat urteilt der Österreichische Verwaltungsgerichtshof in einer Entscheidung vom 23.02.2017 in Aufhebung einer Bundesfinanzgerichtsentscheidung (BFG) vom 03.06.2015 (Aktenzeichen: RV/2100567/2015): Danach sind Kosten einer Due Diligence-Prüfung zu aktivieren, „wenn sie nach einer grundsätzlichen (wenn auch noch nicht unumstößlich) gefassten Erwerbsentscheidung anfallen und es sich nicht lediglich um eine Maßnahme zur Vorbereitung einer noch unbestimmten, erst später zu treffenden Erwerbsentscheidung handelt ...“.²⁷ Diese Beurteilung steht in weitgehender Übereinstimmung mit der deutschen Rspr. Aber auch nach Meinung der österreichischen Literatur ist eine Aktivierung in Abhängigkeit von

den konkreten Umständen des LoI und der Ausgestaltung der Due Diligence-Maßnahmen nicht zwingend.²⁸ I.Ü. ist bemerkenswert: Nach IFRS 3.53 sind „acquisition-related costs“ (also auch Due Diligence-Aufwendungen) immer als Aufwand zu behandeln, unabhängig davon, ob sie direkt dem Erwerbsvorgang zurechenbar sind oder nicht. Dies ergibt sich aus dem Kernprinzip des beizulegenden Zeitwerts. Im Ergebnis wird deshalb in den IFRS „vorsichtiger“ bewertet als nach den auch für das Steuerbilanzrecht geltenden handelsrechtlichen GoB, eine eigentlich paradox erscheinende Beurteilung.²⁹

3. Lösung für Beispielfall

a) Keine Aktivierung von Kosten für eine Marktstudie

Im beschriebenen Sachverhalt sind Beratungskosten für die Identifizierung von Targets im Jahr 01 durch einen externen Berater zutreffend als Beratungsaufwand verbucht worden. Eine Voraussetzung für die Aktivierung von Anschaffungsnebenkosten ist, dass die Aufwendungen einem konkreten Vermögensgegenstand/Wirtschaftsgut zuordenbar sind.³⁰ Diese Voraussetzungen werden vorliegend nicht erfüllt. Es handelt sich vielmehr um Kosten, die eindeutig vor einer potenziell später zu treffenden Erwerbsentscheidung anfallen.³¹

b) Keine Aktivierung vergeblichen Due Diligence-Aufwands

Im Jahr 02 ist für die Einordnung der Due Diligence-Kosten als Anschaffungsnebenkosten oder als Aufwand zwischen dem Fall vergeblicher Due-Diligence-Kosten (Target 1) und den Aktivierungsgrenzen bei erfolgreichem Beteiligungserwerb (Target 2) zu differenzieren.

23 Vgl. Lutter, Der Letter of Intent, 3. Aufl. 1998, S.101 ff.

24 Vgl. Kahle/Hiller, DB 2014 S. 500. Zu den verschiedenen Ausgestaltungsformen von Lols vgl. Semler, in: Hölters (Hrsg.), Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl. 2015, S. 797 f.

25 Vgl. zu den typischen Regelungen im LoI Jaques, in: Ettinger/Jaques (Hrsg.), Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand, 2. Aufl. 2017, Kap. C, Rz. 59; Berens/Mertes/Strauch, in: Berens/Brauner/Strauch (Hrsg.), Due Diligence bei Unternehmensakquisitionen, 6. Aufl. 2011, S. 50.

26 Vgl. Kahle/Hiller, DB 2014 S. 500.

27 VwGH vom 23.02.2017 – Ro 2016/15/0006, Rz. 22.

28 Vgl. Panholzer/Mitterlehner, WTS Journal 3/2017 S. 46; Renner, SWK 2017 S. 579 mit der plakativen Unterscheidung pre-decision costs/post decision costs; Pinetz/Mayer, ecolex 2017 S. 288.

29 Vgl. Senger/Brune, Beck'sches IFRS-Handbuch, 5. Aufl., § 34 Rn. 202.

30 Vgl. zur Einzelzuordenbarkeit beim Erwerb von Kapitalgesellschaftsanteilen Kaminski/Strunk, Stbg 2011 S. 63 ff.

31 Vgl. Trossen, EFG 2011 S. 268; Kahle/Hiller, ifst-Schrift Nr. 495 (2014), IFST0649573, S. 27; Farwick, BC 2016 S. 168.

Im Jahr 02 führte die Due Diligence-Prüfung bezogen auf Target 1 letztlich dazu, dass der Erwerb nicht zustande kam. Es handelt sich insoweit um „vergebliche“ Due Diligence-Aufwendungen, die letztlich direkt als Aufwand in der GuV zu verbuchen sind oder (zumindest) einer Teilwertabschreibung auf die Beteiligung zugeführt werden müssen. Auf der zweiten Stufe der Gewinnermittlung stellt sich dann bei KapGes. als potenzielle Erwerber mit qualifizierter Beteiligung (unmittelbar/mittelbar mehr als 25%) die Frage, ob eine außerbilanzielle Korrektur gem. § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG vorzunehmen ist. Dies wird vom BFH in seiner Entscheidung vom 09.01.2013³² abgelehnt. Danach unterfallen vergebliche Kosten für sog. Due Diligence-Prüfungen aus Anlass eines gescheiterten Erwerbs einer Kapitalbeteiligung nicht dem Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 KStG. Der BFH lässt dabei allerdings die Frage offen, ob der Due Diligence-Aufwand auch bei gescheitertem Beteiligungserwerb zunächst hätte aktiviert werden müssen (so die Finanzverwaltung).³³ Mangels Erwerb eines Wirtschaftsguts kommt u.E. letztlich keine Aktivierung in Betracht.³⁴

c) Aktivierungsgrenzen bei erfolgreichem Beteiligungserwerb

Der Erwerb von Target 2 führte hingegen zu einem erfolgreichen Beteiligungserwerb. Die Feststellung, ob die Due Diligence-Aufwendungen zeitlich nach der „grundsätzlichen Erwerbsentscheidung“ angefallen sind, muss die gesamten Tatumstände des Einzelfalls berücksichtigen. Dies ist letztlich keine Rechts-, sondern Tatfrage. Bei der Würdigung des FG Köln-Falls vom 06.10.2010 ist als Besonderheit zu beachten: Der entscheidungsrelevante LoI wurde vom Unternehmen – aus welchen Gründen auch immer – nicht vorgelegt. Das Gericht hat diesen Umstand dann zulasten des klagenden Unternehmens gewertet. Die vom FG zugelassene Revision wurde nicht eingelegt. Schon unter diesem Gesichtspunkt lassen sich die Ausführungen in der FG Köln-Entscheidung nicht über den Einzelsachverhalt hinaus verallgemeinern.

Eine Due Diligence kann in sehr unterschiedlichen Phasen eines Akquisitionsprozesses anfallen. Teils dient sie noch weitgehend offen zur Vorbereitung einer Entscheidungsfindung, teils erfolgt sie nach grundsätzlichem Erwerbsentschluss. Deshalb ist eine differenzierte Einzelfallentscheidung erforderlich. Wird z.B. eine sog. Red Flag-Due Diligence³⁵ anberaumt, die meist sehr früh im Transaktionsprozess erfolgt und letztlich nur „wichtige Knackpunkte“ in den Blick nimmt, so ist die letztendliche Erwerbsentscheidung noch völlig ergebnisoffen. Sie gehört insoweit zur Kategorie der „weichen Due Diligences“. Insoweit sollten u.E. Betriebsausgaben vorliegen, die nicht aktiviert werden dürfen. Das alleinige Abstellen auf den Zeitpunkt des LoI als Entscheidungskriterium für die Aktivierung ist deshalb unzureichend. Vielmehr kommt es u.E. auf die konkrete Ausgestaltungsform des LoI und der Due Diligence im Transaktionsprozess an, um die Due Diligence-Kosten als Aufwand/Betriebsausgaben oder als Anschaffungskosten zu qualifizieren:

32 BFH vom 09.01.2013 – I R 72/11, BStBl. II 2013 S. 343 = DB 2013 S. 673.

33 BFH vom 09.01.2013, a.a.O. (Fn. 32), Ls. 3.

34 Vgl. dazu auch Graf, JbFSt 2012/2013, S. 376; Ditz/Tcherveniachki, DB 2013 S. 1634.

35 Vgl. Kaiser/Klinger/Pernegger, WPg 2017 S. 966 (969).

Abb. 4: Qualifizierung der Due Diligence-Kosten nach Typus des LoI und der „Verortung“ im Transaktionsprozess

	„weicher LoI“	„harter LoI“
„weiche Due Diligence“	Betriebsausgaben	Einzelfallprüfung
„harte Due Diligence“	Einzelfallprüfung	Aktivierung

In der Regel sollte nur bei Vorliegen eines „harten LoI“ mit einer hohen Regelungsdichte und einer zusätzlichen „harten Due Diligence“ zu einem späten Zeitpunkt im Transaktionsprozess eine Aktivierung der Due Diligence-Kosten möglich sein. Denn die Risikoermittlungsfunktion (Suche nach „Deal Breakern“) und die Wertermittlungsfunktion (Ermittlung des Kaufpreises) einer Due Diligence dienen der Entscheidungsfindung des Käufers. Gerade die Ermittlung des Kaufpreises erfolgt in der Regel zu einer späten Phase im Transaktionsprozess (s. Abb. 2). Folglich führen die Due Diligence-Kosten in der Regel zu sofort abziehbaren Aufwendungen/Betriebsausgaben.³⁶

V. Beratungs- und Gestaltungsaspekte

Bei Abwicklung und Beurteilung der Due Diligence-Aufwendungen im Hinblick auf ihre Aktivierungsfähigkeit im Zusammenhang mit einem denkbaren Beteiligungserwerb ist aus Beraterperspektive Folgendes zu beachten:

- Die verschiedenen Schritte des Erwerbs- und Verhandlungsprozesses sind sorgsam zu dokumentieren. Dabei sollte nicht zuletzt auch unter Corporate Governance-Aspekten und im Hinblick auf etwaige Gremienbeschlüsse der Zeitpunkt der Erwerbsentscheidung fixiert werden.
- Die Rahmenbedingungen und der Verlauf der Auftragsvergabe zur Due Diligence-Prüfung sollten ebenfalls zeitlich und inhaltlich dokumentiert werden.
- Betroffene Unternehmen sollten sich bereits im Vorfeld der Akquisition klar darüber sein, ob etwaige Bewertungs- oder Strukturierungsgutachten, der LoI, Gremienprotokolle und Beschlüsse bei späteren Betriebsprüfungen vorgelegt werden sollen. Es ist situationsabhängig, ob es sich um Unterlagen handelt, die „für die Besteuerung von Bedeutung sind“ (§ 146 Abs. 1 Nr. 5 AO).³⁷ Ohne Vorlage entsprechend substantieller Nachweise wird ein Betriebsausgabenabzug nur schwer zu erzielen sein.
- „Vermischte“ Rechnungsstellung im Hinblick auf die diversen Beratungsaufträge, auch bei identischen Partnern, sollten vermieden werden. U.U. sind Zwischenabrechnungen anzufordern zur besseren Aufteilung der Gesamthonorare.³⁸ Spesen sollten dabei stets getrennt abgerechnet werden. Lt. FG Köln vom 06.10.2010 liegen insoweit Betriebsausgaben vor.

VI. Fazit

In Anbetracht weltweit intensiver Akquisitionsbemühungen deutscher und ausländischer Unternehmen auf dem M&A-Markt ist die Behandlung von Due Diligence-Aufwand in laufenden Betriebsprüfungen und in nachfolgenden Rechtsbehelfsverfahren ein seit längerem hoch praxisrelevantes Thema. Die Finanzverwaltung ist bei Erwerb von KapGes.-

36 Vgl. Kahle/Hiller, DB 2014 S. 504, m.W.N.

37 Vgl. FG Münster vom 18.08.2014 – 6 V 1932/14 AO, rkr., DStRE 2015 S. 1141.

38 Vgl. etwa Peter/Graser, DStR 2009 S. 2032.

Anteilen um weitreichende Aktivierung von Due Diligence-Aufwand als Anschaffungsnebenkosten bemüht und stützt sich dabei vor allem auf die rkr. gewordene Entscheidung des FG Köln vom 06.10.2010. Unterstützt wird diese Beurteilungslinie durch ergänzende aktuelle Rspr. in Österreich. Pauschalierend wird deshalb in der Praxis der Abschluss eines Vorvertrags (LoI) als aktivierungsrelevanter „Ankerpunkt“ für die Fassung einer grundsätzlichen Erwerbsentscheidung durch das Akquisitionsunternehmen genommen. Höchststrichterliche Rspr. zu der Aktivierungsfrage in Deutschland liegt allerdings nicht vor.

Führt man sich vor Augen, dass Due Diligence-Tätigkeiten höchst vielgestaltig sind und auch der Abschluss eines LoI abhängig von der konkreten Ausgestaltung des Akquisitionsprojekts ganz unterschiedliche Bindungswirkungen für Erwerber/Veräußerer entfalten kann, wird erkennbar, dass die FG Köln-Entscheidung deutlich zu pauschaliert in der Praxis angewandt wird. Auch werden die Besonderheiten des FG Köln-Sachverhalts nicht ausreichend berücksichtigt, da das seinerzeit betroffene Unternehmen die Vorlage von Due Diligence-Berichten verweigert hat und deshalb bereits unter dem Aspekt der Feststellungslast ein Betriebsausgabenabzug problematisch gewesen wäre. Geboten ist vielmehr eine Analyse des Einzelfalls mit seinen spezifischen Akquisitionsgegebenheiten. Liegt z.B. ein „weicher LoI“ vor

mit im Akquisitionsprozess zeitlich früh verankerten Due Diligence-Aktivitäten, wird eine Erwerbsentscheidung lediglich vorbereitet, die in einem solchen Fall aber sicherlich noch nicht getroffen wurde. Vorsichtsprinzip und Gläubigerschutz lassen eine steuerbilanzielle Aktivierung als Anschaffungsnebenkosten der Beteiligung dann nicht zu. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Akquisitionsunternehmens ist vielmehr unmittelbar reduziert. Der Betriebsausgabenabzug ist geboten. Ungeachtet dessen wird sich bei einem „harten LoI“ mit einer Due Diligence in Zeitnähe kurz vor dem realen Vertragsabschluss eine Aktivierung von Anschaffungsnebenkosten der Beteiligung kaum vermeiden lassen.

Redaktionelle Hinweise:

- Zu Anschaffungsnebenkosten beim Erwerb von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften vgl. *Kahle/Hiller*, ifst-Schrift Nr. 495 (2014) = IFST0649573;
- zu vergeblichen Due Diligence-Kosten vgl. auch *Ditz/Tcherveniachki*, DB 2013 S. 1634 = DB0592005;
- zur Behandlung von Akquisitionsaufwendungen im Rahmen des unmittelbaren und mittelbaren Erwerbs von Beteiligungen vgl. *Ditz/Tcherveniachki*, DB 2011 S. 2676 = DB0461981;
- zu Anschaffungsnebenkosten beim Erwerb von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften vgl. *Kahle/Hiller*, DB 2014 S. 504 = DB0649348.

RA Dr. Rainer Stadler, München / RA Florian Lechner, Frankfurt/M.

Erwerbbarkeit von Wertpapieren durch Spezial-Investmentfonds nach dem InvStG 2018

RA Dr. Rainer Stadler / RA Florian Lechner sind Partner im Münchner bzw. Frankfurter Büro der internationalen Anwaltssozietät Linklaters LLP.
Kontakt: autor@der-betrieb.de

Seit dem 01.01.2018 ist das neue InvStG („InvStG 2018“) in Kraft. Anders als früher nach dem InvStG 2004 wird für Zwecke des InvStG 2018 nicht mehr zwischen Investmentfonds einerseits und Investitionsgesellschaften andererseits unterschieden, sondern zwischen Investmentfonds und sog. Spezial-Investmentfonds. Investmentfonds, die die Anlagebestimmungen des § 26 InvStG 2018 erfüllen, qualifizieren als Spezial-Investmentfonds. Das setzt insb. voraus, dass der jeweilige Investmentfonds gem. § 26 Nr. 4 InvStG 2018 mind. 90% seines Wertes in sog. erwerbbarer Vermögensgegenstände investiert. Dazu zählen u.a. Wertpapiere (§ 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG 2018). Während nach früherer Rechtslage ein weiter, wirtschaftlicher Wertpapierbegriff maßgeblich war, legt § 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG 2018 einen engeren Wertpapierbegriff zugrunde. Der Anwendungsbereich der Neuregelung wird am Beispiel von Genussscheinen, die von einer Luxemburger Verbriefungsgesellschaft emittiert werden, untersucht.

I. Einleitung

Am 01.01.2018 ist das neue InvStG 2018 in Kraft getreten. Danach müssen Spezialfonds, um aus steuerlicher Sicht als semi-transparente Spezial-Investmentfonds zu qualifizieren, die Anlagebestimmungen des § 26 InvStG 2018 erfüllen. Diese entsprechen im Wesentlichen den Regelungen des § 1 Abs. 1b Satz 2 InvStG 2004, wurden jedoch an einigen Stellen verschärft. Dies betrifft insb. die Erwerbbarkeit von Wertpapieren. Während nach alter Rechtslage der wirtschaftliche und damit eher weite Wertpapierbegriff des § 284 KAGB maßgeblich war, sind Wertpapiere seit dem 01.01.2018 nur noch dann erwerbbarer Vermögensgegenstände für Spezial-Investmentfonds, wenn sie die engen, für OGAW geltenden Voraussetzungen des § 193 oder § 198 KAGB erfüllen (§ 26 Nr. 4 Buchst. a InvStG 2018).¹

¹ Die Finanzverwaltung wird es nicht beanstanden, wenn ein Spezial-Investmentfonds bis zum 30.06.2018 Vermögensgegenstände hält, die zwar nicht zu den zulässigen Vermögensgegenständen i.S.d. § 26 Nr. 4 InvStG 2018 zählen, aber nach alter Rechtslage gem. § 1 Abs. 1b Satz 2 Nr. 5 InvStG 2004 erwerbbar waren und sich schon am 31.12.2017 im Bestand des Spezial-Investmentfonds befanden; vgl. BMF vom 21.12.2017 – IV C 1 – S 1980-1/16/10010:016, Tz. 4, DB 2018 S. 225 = DB1260247. Darüber hinaus müssen auch die Anlagebedingungen erst ab 01.07.2018 an die neuen Anlagebestimmungen des § 26 InvStG 2018 angepasst sein; vgl. BMF vom 21.09.2017 – IV C 1 – S 1980-1/17/10010:009, DB1250919 = DStR 2017 S. 2123, Tz. 3.