

ORGANSCHAFT UND M&A

Oliver Rosenberg
Rechtsanwalt, Steuerberater

Linklaters LLP

Frankfurt am Main, 27. Juni 2019



FORUM

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

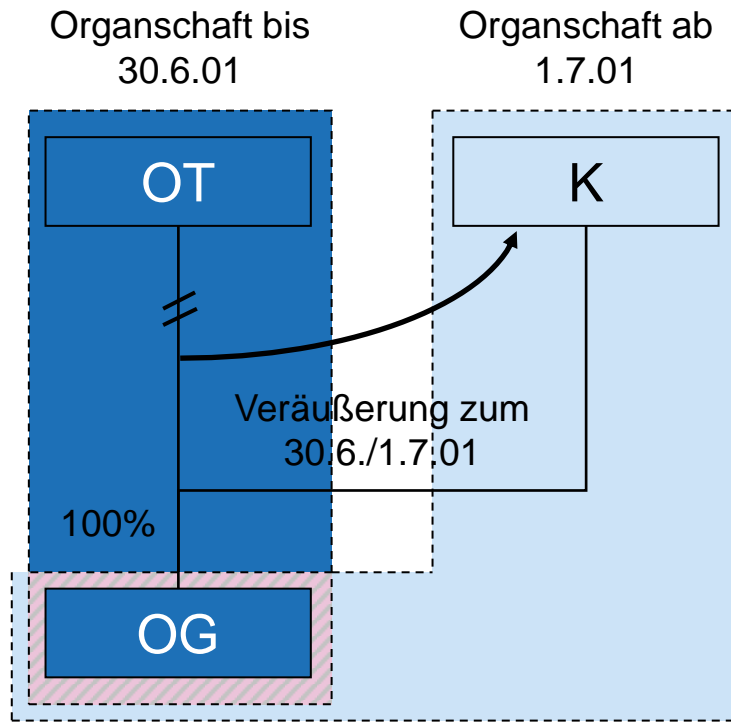
GLIEDERUNG

- 1 Ausgangsfall: Verkauf einer Organgesellschaft
- 2 Das richtige Timing: Beendigung der Organschaft / Begründung einer Anschlussorganschaft
- 3 „Abwicklung“ des EAV für das WJ des Closings
- 4 „Nachwirkungen“ der Organschaft
- 5 Typische Regelungen im SPA bei Verkauf von Organgesellschaften
- 6 Ausblick: Zukunft der deutschen Organschaftsbesteuerung (Podiumsdiskussion)

1

Ausgangsfall: Verkauf einer Organgesellschaft

AUSGANGSFALL: VERKAUF EINER ORGANGESELLSCHAFT



- Die M-GmbH ("OT") ist zu 100% an der T-GmbH ("OG") beteiligt
- Zwischen OT und OG besteht seit drei Jahren eine ertragsteuerliche Organschaft
- Das Wirtschaftsjahr ("WJ") von OT und OG entspricht dem Kalenderjahr ("KJ")
- OT plant, die Anteile an OG an die K-GmbH ("K") mit (dinglicher) Wirkung zum 30.6./1.7.01 (Closing) zu verkaufen
- Dazu unterzeichnen OT und K am 31.3.01 (Signing) einen Anteilskaufvertrag (Share Purchase Agreement – "SPA")

2

Das richtige Timing: Beendigung der Organschaft / Begründung einer Anschlussorganschaft

BEENDIGUNG DER ORGANSCHAFT / BEGRÜNDUNG EINER ANSCHLUSSORGANSCHAFT (1/7)

- **Finanzielle Eingliederung**

Die Anerkennung der ertragsteuerlichen Organschaft setzt die finanzielle Eingliederung der OG in den OT von Beginn bis zum Ende ihres Wirtschaftsjahres voraus (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KStG)

- **Beendigung des Ergebnisabführungsvertrages („EAV“)**

- Umstritten, ob zivilrechtlich die Veräußerung der OG eine (unterjährige) Kündigung des EAV aus wichtigem Grund rechtfertigt, wenn nicht ausdrücklich im EAV vereinbart
- Jedenfalls ist eine Aufhebung des EAV zum Ende eines WJ möglich (§ 296 AktG)
- Kündigung aus insolvenzrechtlicher Sicht gegenüber der Aufhebung vorzugswürdig
- Gesellschaftsrechtliche Formerfordernisse bei Beendigung des EAV zu beachten
- Veräußerung der OG steuerlich als wichtiger Grund für eine vorzeitige Beendigung der Organschaft?

BEENDIGUNG DER ORGANSCHAFT / BEGRÜNDUNG EINER ANSCHLUSSORGANSCHAFT (2/7)

- Begründung einer nahtlosen Anschlussorganschaft für den Käufer möglich durch Bildung eines Rumpf-WJ bei der OG, das am Closing endet
 - Umstellung des WJ auf das Closing mit praktischen Problemen verbunden, da
 - Zeitpunkt des Closings erst mit Erfüllung der Vollzugsbedingungen feststeht und
 - Zustimmung des Finanzamtes und Eintragung im Handelsregister erforderlich ist

BEENDIGUNG DER ORGANSCHAFT / BEGRÜNDUNG EINER ANSCHLUSSORGANSCHAFT (3/7)

- **Praktische Lösungsansätze**

- Abstimmung mit dem Finanzamt, ob Zustimmung für ein „flexibles“ Closing erteilt wird
- Vorabstimmung mit dem Handelsregister, um Eintragung innerhalb kurzer Zeit zu erreichen
- **Alternative 1:** Closing nicht zum Monatsende, in dem die Vollzugsbedingungen erfüllt sind, sondern erst im Folgemonat

BEENDIGUNG DER ORGANSCHAFT / BEGRÜNDUNG EINER ANSCHLUSSORGANSCHAFT (4/7)

- **Praktische Lösungsansätze**

- **Alternative 2:** Umstellung auf einen festen Zeitpunkt vor Closing (z.B. zum Ende des Monats, in dem das SPA abgeschlossen wurde), aber
 - keine nahtlose Anschlussorganschaft möglich
 - Organschaft wird nicht bis zum Closing beibehalten
 - fraglich, ob zivilrechtlich eine Kündigung aus wichtigem Grund oder nur eine Aufhebung zum Ende des Rumpf-WJ möglich ist
 - ebenfalls fraglich, ob steuerlich eine Beendigung aus wichtigem Grund anzuerkennen ist, wenn die Anteile erst später übertragen werden (vergleichbare Fragestellung kann bei einer Verzögerung des Closings nach Umstellung des WJ auftreten)

BEENDIGUNG DER ORGANSCHAFT / BEGRÜNDUNG EINER ANSCHLUSSORGANSCHAFT (5/7)

- Übertragung der Anteile zum Ende des Rumpf-WJ (24:00/0:00) der OG, da nach R 14.4 Abs. 2 Satz 1 KStR 2015 dem OT die Anteile bis zum Ablauf des WJ und dem Käufer von Beginn des folgenden WJ an zuzuordnen sind
- Die bilanzielle Behandlung beim OT und Käufer ist bisher noch nicht abschließend geklärt, aber bei unterjährigen Verkäufen regelmäßig weniger relevant, da beim OT und Käufer laufender Geschäftsvorfall des WJ (Ausnahme: Quartalsabschluss und/oder (auch) Ende des WJ beim OT / Käufer)
 - **Auffassung 1:** Keine Durchbrechung der Bilanzkontinuität (§ 252 HGB)
 - Entscheidung über die Bilanzierung auf Basis der Auslegung des Vertrages
 - Regelmäßig kein Ausweis der Anteile in der (Schluss-)Bilanz des OT zum Ende des Rumpf-WJ der OG (einschließlich Gewinnrealisierung)
 - Entsprechende Aufnahme der Beteiligung in die (Schluss-)Bilanz des Käufers auf diesen Tag

BEENDIGUNG DER ORGANSCHAFT / BEGRÜNDUNG EINER ANSCHLUSSORGANSCHAFT (6/7)

- **Auffassung 2:** Partielle Durchbrechung der Bilanzkontinuität (§ 252 HGB)
 - Basis für diese Auffassung ist § 252 Abs. 2 HGB, nach dem in begründeten Ausnahmefällen vom Grundsatz der Bilanzkontinuität abgewichen werden kann
 - OT zeigt die Beteiligung entweder noch in der (Schluss-)Bilanz zum Ende des Rumpf-WJ der OG, aber nicht mehr in der Eröffnungsbilanz, oder bereits nicht mehr in der (Schluss-)Bilanz auf diesen Zeitpunkt
 - Käufer zeigt die Beteiligung in der (Eröffnungs-)Bilanz, aber nicht in der Schlussbilanz zum Ende des Rumpf-WJ der OG
 - Auffassung kann sich auf das BFH-Urteil vom 2. Mai 1974 – IV R 47/73 (BStBl. II 1974, 707) stützen: Es könne Ereignisse geben, die in dem *„unmeßbaren Zeitpunkt, in welchem das Jahr bereits zu seinem Ende gelangt ist um sofort und ohne Unterbrechung in ein neues Jahr überzugehen“* stattfinden.

BEENDIGUNG DER ORGANSCHAFT / BEGRÜNDUNG EINER ANSCHLUSSORGANSCHAFT (7/7)

- Sofern kein Rumpf-WJ vereinbart wird, endet die ertragsteuerliche Organschaft zum Ende des vorangegangenen WJ der OG (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 3 KStG)
 - Keine Aufhebung, sondern nur Kündigung des EAV möglich
 - Keine nahtlose Anschlussorganschaft für den Käufer möglich

3

„Abwicklung“ des EAV für das WJ des Closings

„ABWICKLUNG“ DES EAV FÜR DAS WJ DES CLOSINGS (1/5)

- Aufstellung der Bilanz auf das Closing erst nach Closing
 - Grds. auch dann erforderlich, wenn kein Rumpf-WJ gebildet wird, da Ergebnis bis zur Kündigung auch zivilrechtlich zu ermitteln ist
 - In der Praxis auch erst nach Closing abzuführender Gewinn bzw. auszugleichender Verlust für das am Closing endende (Rumpf-)WJ ermittelbar
 - ⇒ tatsächliche Durchführung des EAV für dieses WJ erst nach Closing möglich, aber ggf. Vorabgewinnabführung / -verlustübernahme und nur „Endabrechnung“ nach Closing
- Anerkennung der Organschaft setzt ordnungsgemäße Durchführung des EAV voraus (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG), d.h. ein Verzicht auf Ansprüche unter dem EAV (soweit überhaupt zulässig) wäre für die Organschaft schädlich
 - Ist ein Verzicht auf die Gewinnabführung auch dann schädlich, wenn kein Rumpf-WJ gebildet wurde und mithin die Organschaft für das WJ des Closings nicht anerkannt wird?

„ABWICKLUNG“ DES EAV FÜR DAS WJ DES CLOSINGS (2/5)

- Mögliches Vorgehen zur Abwicklung des EAV
 - Zahlung noch an OT / durch den OT
 - Abtretung an / Schuldübernahme durch den Käufer
 - Zum Schutz des OT Verpflichtung des Käufers zur tatsächlichen Zahlung mit Schadensersatzpflicht bei Verstoß gegen diese Pflicht
 - Auswirkungen auf die steuerliche Anerkennung der Organschaft?

„ABWICKLUNG“ DES EAV FÜR DAS WJ DES CLOSINGS (3/5)

- In beiden Fällen Abstimmung mit Kaufpreisermittlung wichtig, um wirtschaftliche Wirkungen des EAV in Einklang mit der wirtschaftlichen Ergebniszuordnung im SPA zu bringen (Locked Box *versus* Closing Accounts)
 - Bei Locked Box Verfahren steht das wirtschaftliche Ergebnis zwischen dem relevanten Bilanzstichtag und dem Closing dem Käufer zu
 - ◆ Daher muss im SPA geregelt werden, dass Zahlungen unter dem EAV für das Jahr des Closings wirtschaftlich vom Käufer getragen werden bzw. ihm zustehen (z.B. korrespondierende Anpassung des Kaufpreises)
 - ◆ Besonderheiten bei Fortführung der Organschaft bis zum Closing

„ABWICKLUNG“ DES EAV FÜR DAS WJ DES CLOSINGS (4/5)

- Bei Closing Accounts steht das wirtschaftliche Ergebnis bis zum Closing regelmäßig dem OT zu
- ◆ Ansprüche unter dem EAV sind in den Closing Accounts als Forderungen und Verbindlichkeiten zu erfassen
 - > Praktisches Problem: Mechanismus funktioniert nur dann sicher, wenn der Gewinn (oder Verlust) sich in einer für die Kaufpreisbestimmung relevanten Position auswirkt (z.B. Cash)
- ◆ Verschiedene Abwicklungsmöglichkeiten, wenn Closing Accounts und EAV Ansprüche zeitgleich festgestellt werden
 - > Praktisches Problem: Regelmäßig werden die Closing Accounts vor der Feststellung der Ansprüche unter dem EAV fertiggestellt

„ABWICKLUNG“ DES EAV FÜR DAS WJ DES CLOSINGS (5/5)

- Steuerliche Behandlung von Zahlungen unter dem EAV
 - Bei Beibehaltung der Organschaft bis zum Closing – keine abweichende steuerliche Behandlung
 - Bei Beendigung der Organschaft zum Ende des vorangegangenen WJ – Gewinnabführung als vGA und Verlustausgleich als vE

4

„Nachwirkungen“ der Organschaft

„NACHWIRKUNGEN“ DER ORGANSCHAFT (1/3)

- Freistellung des OT von der Pflicht zur Sicherheitsleistung nach § 303 AktG
- Gegenseitige Ansprüche aus dem EAV gehen mit Beendigung des EAV nicht unter, sondern bestehen weiter
- Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH/BFH beziehen sich Gewinnabführungsanspruch und Verlustausgleichspflicht auf objektiv „richtigen“ Gewinn bzw. Verlust
- Nicht bekannte (Alt-)Ansprüche wirken sich i.d.R. nicht auf den Kaufpreis aus
- Anerkennung der Organschaft setzt ordnungsgemäße Durchführung des EAV voraus, d.h. ein Verzicht auf Ansprüche unter dem EAV (soweit gesellschaftsrechtlich überhaupt zulässig) wäre schädlich für die Anerkennung der Organschaft

„NACHWIRKUNGEN“ DER ORGANSCHAFT (2/3)

- Mögliche Behandlung von (Alt-)Ansprüchen
 - Tatsächliche Zahlungen zwischen OT und OG
 - Abtretung an / Schuldübernahme durch Käufer
 - Zum Schutz des OT Verpflichtung des Käufers zur tatsächlichen Zahlung mit Schadensersatzpflicht bei Verstoß gegen diese Pflicht
- Recht des OT eine Änderung von Jahresabschlüssen zu verlangen, soweit dies für die Anerkennung der Organschaft für die Vergangenheit notwendig ist
 - Korrektur in laufender Rechnung auch nach Beendigung der Organschaft noch möglich? (§ 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 4 lit. c KStG)

„NACHWIRKUNGEN“ DER ORGANSCHAFT (3/3)

- Freistellung des OT vom Verlust von Verlustvorträgen und anderen Steuerattributen im Zusammenhang mit Sanierungsmaßnahmen bei der OG nach Closing (§ 3a EStG, § 7b GewStG und § 15 Satz 1 Nr. 1a KStG)
- Zahlreiche Zweifelsfragen betreffend die Auslegung der vorgenannten Regelungen, unter anderem:
 - Für wie viele Jahre nach Beendigung der Organschaft besteht das Risiko des Verlustuntergangs für den alten OT?
 - Gilt die Regelung auch, wenn die relevanten Verbindlichkeiten erst nach Beendigung der Organschaft begründet werden?
 - Sind Verluste des OT betroffen, die erst nach Beendigung der Organschaft entstehen?
 - Greift die Regelung auch, wenn nach der Beendigung der Organschaft eine neue Organschaft begründet wurde?

5

Typische Regelungen im SPA bei Verkauf von Organgesellschaften

TYPISCHE REGELUNGEN IM SPA BEI VERKAUF VON ORGANGESELLSCHAFTEN (1/2)

„Typische“ Regelung

Steuerfreistellung

> Steuerfreistellung durch Veräußerer für Steuern der Zielgesellschaft für die Zeit bis zum Abgrenzungstichtag

> Keine Freistellung für Steuern, die (rückwirkend) unter der Regie des Käufers ausgelöst werden

> Minderung der Freistellung um korrespondierende Steuervorteile in der Zeit nach dem Abgrenzungstichtag (Phasenverschiebung)

Besonderheiten bei Organschaft

> Freistellung läuft ins Leere, soweit Organschaft zum OT anerkannt wird

> Freistellungsanspruch des OT gegen den Käufer, soweit Organschaft (Reverse Indemnity); Covenant

> Zahlungspflicht des Käufers, sofern sich ein Steuervorteil der OG ergibt, für den der OT aufgrund einer Änderung nach dem Abgrenzungstichtag die Steuern zahlt

TYPISCHE REGELUNGEN IM SPA BEI VERKAUF VON ORGANGESELLSCHAFTEN (2/2)

„Typische“ Regelung	Besonderheiten bei Organschaft
Steuererstattung	
> Herausgabeanspruch des Veräußerers bei Erstattung von Steuern für die Zeit bis zum Abgrenzungstichtag	> Keine Herausgabe möglich, soweit Organschaft
> Abzug korrespondierender Steuernachteile in der Zeit nach dem Abgrenzungstichtag (Phasenverschiebung)	> Ggf. Freistellungsanspruch des Käufers (begrenzt auf Vorteile des OT?)
Freistellungsverfahren	
> Umfassende Rechte des Veräußerers, soweit freizustellende Steuern betroffen	> Ggf. Einschränkungen, soweit eigene Rechte des Veräußerers als OT bestehen

6

Ausblick: Zukunft der deutschen Organschaftsbesteuerung (Podiumsdiskussion)

ORGANSCHAFT UND M&A



Vielen Dank!
