Baker McKenzie.

BUJ
Bundesverband der Unternehmensjuristen

Die Beendigung der Organschaft in Zusammenhang mit M&A-Transaktionen

TRANSACTIONAL POWERHOUSE

Leading and closing complex deals – every day

Einleitung

Zur Herstellung der ertragssteuerlichen Organschaft (§§ 14, 17 KStG) schließen deutsche Konzerngesellschaften Gewinnabführungsverträge ab. Um die organisatorische Eingliederung für Zwecke der umsatzsteuerlichen Organschaft herbeizuführen, greifen sie regelmäßig auf das Instrument des Abschlusses eines Beherrschungsvertrages zurück. Wird eine Partei eines solchen Unternehmensvertrages (i.d.R. die Untergesellschaft) veräußert, muss der Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag beendet werden. Die dabei zu bedenkenden Themen gehen weit über die Frage des richtigen Zeitpunkts der Beendigung hinaus. Insbesondere Veräußerer sollten auch die Risiken, die mit der Beendigung einhergehen, umfassend kennen und wenn möglich dafür im M&A-Vertrag Vorsorge treffen.

Dieses Whitepaper gibt einen Überblick über die Themen, die man bei einer M&A-Transaktion in Zusammenhang mit der Beendigung einer unternehmensvertraglichen Organschaft bedenken sollte.

Ausgestaltung der Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsverträge

In der Konzernpraxis finden sich reine Gewinnabführungsverträge (sogenannte Ergebnisabführungsverträge) zur Herstellung der ertragssteuerlichen Organschaft. Daneben werden Beherrschungsverträge abgeschlossen. Mit diesen erzielt man eine organschaftliche Eingliederung für eine umsatzsteuerliche Organschaft oder vermeidet Abhängigkeitsberichte (§ 317 Abs. 1 AktG).

Schließen dieselben Parteien einen Gewinnabführungs- und einen Beherrschungsvertrag ab, kann dies im Rahmen eines einheitlichen Vertragswerkes oder mittels zweier gesonderter Verträge erfolgen. Der Abschluss gesonderter Verträge findet sich in der Praxis zum einen, weil die umsatzsteuerliche und ertragssteuerliche Organschaft zu unterschiedlichen Zeitpunkten begründet wurde.

Zum anderen schließt man gesonderte Verträge ab, um sich die Flexibilität zu erhalten, Gewinnabführungsvertrag und Beherrschungsvertrag unabhängig voneinander zu beenden. Auf diesem Weg entstehen keine Unsicherheiten etwa darüber, ob ein Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag im Wege der Vertragsänderung in einen reinen Gewinnabführungsvertrag geändert werden kann oder ob hierzu eine Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages und der Neuabschluss eines Gewinnabführungsvertrages – mit etwaigen steuerlichen Nachteilen – erforderlich ist.

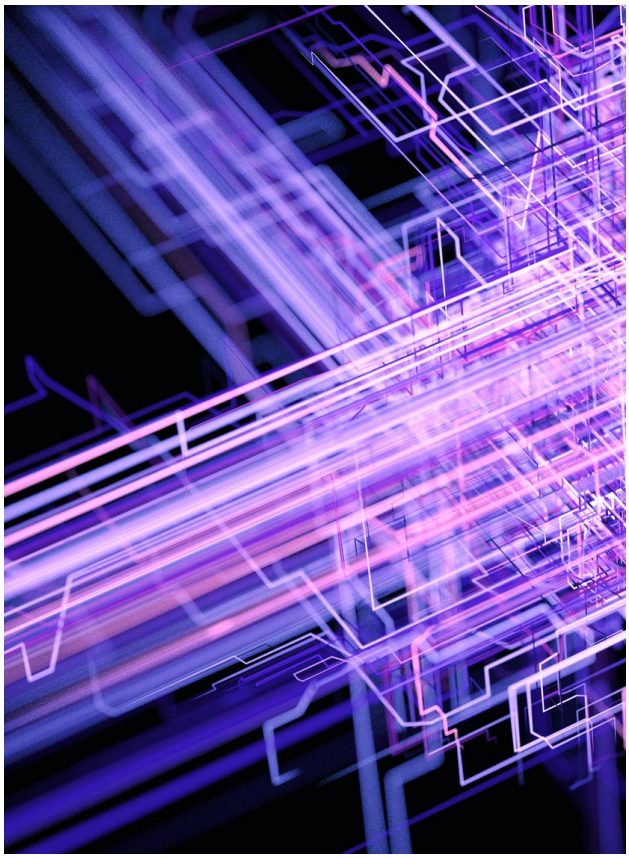
Für die Beendigung im Rahmen einer M&A-Transaktion bedeuten zwei getrennte Verträge etwas mehr Aufwand. Für beide ist die Beendigungsdokumentation zu erstellen. Zudem können die Verträge möglicherweise unterschiedliche Beendigungsregelungen enthalten und/oder zu unterschiedlichen Zeitpunkten beendet werden.

Formen der Beendigung

Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsverträge können als Unternehmensverträge durch Kündigung (ordentlich oder außerordentlich), durch Aufhebung oder durch Eintritt eines automatischen Beendigungsgrundes beendet werden.

Automatische Beendigung

Die automatische Beendigung spielt in der M&A-Praxis i.d.R. keine Rolle. Eine automatische Beendigung tritt z. B. nach § 307 AktG ein, wenn bei der Untergesellschaft ein außenstehender Aktionär hinzukommt. Die Erwerbergesellschaft ist zwar regelmäßig außenstehender Aktionär/Gesellschafter. Für die GmbH als Untergesellschaft ist aber bereits umstritten, ob diese Regelung Anwendung findet. Die Beendigungswirkung würde zudem erst zum Ende des laufenden Geschäftsjahres eintreten (§ 307 a.E. AktG), also i.d.R. erst geraume Zeit nachdem die Veräußerung bereits vollzogen ist.



Auch Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz wie eine Verschmelzung der Untergesellschaft oder eine Spaltung können – je nach Gestaltung und beteiligten Unternehmen - zur automatischen Vertragsbeendigung führen. Eine solche Maßnahme zur Beendigung findet man jedoch im Rahmen von M&A-Transaktionen sehr selten. Jedenfalls werden diese Maßnahmen nicht gezielt zur Beendigung eingesetzt, sondern sind allenfalls ein Nebeneffekt.

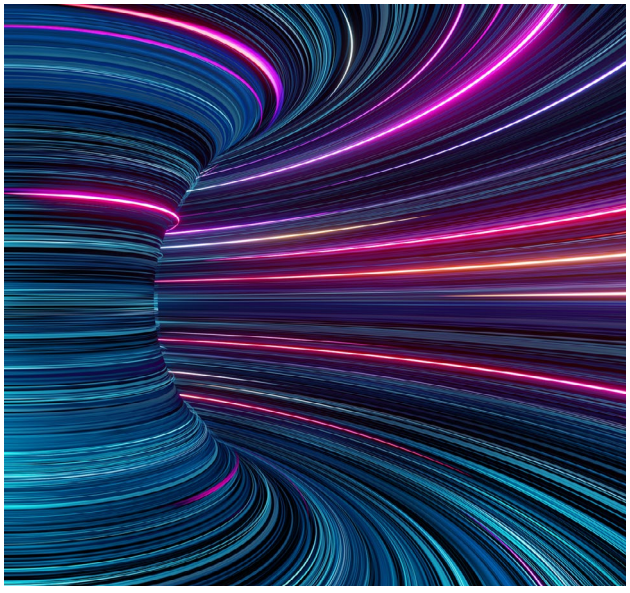
Formen der Kündigung

Ordentliche Kündigung

Nach überwiegender Ansicht in der Literatur ist eine ordentliche Kündigung bei Beherrschungs- und oder Gewinnabführungsverträgen nur möglich, wenn diese im Vertrag vorgesehen ist.

Besteht der Gewinnabführungsvertrag noch keine volle fünf Zeitjahre, scheidet für diesen eine ordentliche Kündigung i.d.R. bereits von vornherein aus. Für die Begründung der ertragssteuerlichen Organschaft ist es erforderlich, dass für den Vertrag eine feste Mindestlaufzeit von fünf Zeitjahren vereinbart wird (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 KStG). Somit ist für derartige Verträge regelmäßig vorgesehen, dass sie innerhalb der ersten fünf Zeitjahre nicht ordentlich gekündigt werden können. Würde dieser Vertrag vor der Veräußerung geändert, und ein Kündigungsrecht vor Ablauf der fünf Jahr begründet, entfiele die ertragssteuerliche Organschaft rückwirkend für die gesamte Laufzeit.

Lässt der Vertrag die ordentliche Kündigung zu, bestimmt sich die Kündigungsfrist nach der getroffenen vertraglichen Regelung. Ist die Frist nicht bestimmt, ist für Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsverträge die Kündigungsfrist in Analogie zu § 132 HGB zu bestimmen. Sie beträgt also mindestens sechs Monate. Für den Kündigungstermin ist ebenfalls die Vereinbarung der Parteien maßgeblich. § 296 Abs. 1 AktG findet keine analoge Anwendung, weil es an einer Regelungslücke fehlt. Haben die Parteien keine Vereinbarung getroffen, bietet sich auch dafür rechtsanaloge Anwendung des § 132 HGB und des § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG an, so dass mangels abweichender Vertragsregelung mit Sechsmonatsfrist zum Ende des Geschäftsjahrs zu kündigen ist.



Auch wenn der Gewinnabführungs- und/oder Beherrschungsvertrag ein ordentliches Kündigungsrecht vorsieht, sind die Kündigungsfristen häufig zu lang oder es wird nur eine Kündigung auf das Geschäftsjahresende der Untergesellschaft zugelassen. Die Regelungen sind dann nicht hinreichend flexibel, um sie in das Closing für eine M&A-Transaktion zu integrieren.

Außerordentliche Kündigung

Wichtiger Grund

Die außerordentliche Kündigung setzt einen wichtigen Grund voraus. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist zunächst einmal aus gesellschaftsrechtlicher Sicht zu beurteilen. Denn auch aus steuerlicher Sicht liegt nur eine wirksame Beendigung vor, wenn der Vertrag gesellschaftsrechtlich wirksam beendet wurde.

Ein wichtiger Grund liegt i.d.R. vor, wenn einer Vertragspartei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin nicht zugemutet werden kann. Nach § 297 Abs. 1 S. 2 AktG liegt ein wichtiger Grund "namentlich" vor, wenn der andere Vertragsteil voraussichtlich seine auf Grund des Vertrages bestehenden Verpflichtungen (das sind insbesondere die der §§ 302 bis 305 AktG) nicht erfüllen kann.

Für den Fall der Veräußerung von Geschäftsanteilen wird zivilrechtlich ein wichtiger Grund für die Obergesellschaft überwiegend verneint, weil die Obergesellschaft die Veräußerung selbst vornimmt und damit der Grund in ihrer eigenen Sphäre liegt. Für die Untergesellschaft kann die Anteilsveräußerung hingegen ein wichtiger Grund zur Kündigung sein.

Gesellschaftsrechtlich ist anerkannt, dass man Kündigungsgründe im Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag vereinbaren kann. Daher wird die Veräußerung von Geschäftsanteilen als wichtiger Grund für eine Kündigung ständig vereinbart ¬ – und zwar für beide Vertragsparteien.

Nachdem die Finanzverwaltung in der Körperschaftssteuerrichtlinie 2004 (R 60 VI KStR 2004) und dem Umwandlungssteuererlass vom 11.11.2011 verschiedene steuerlich anerkannte wichtige Gründe genannt hat, darunter auch die Veräußerung der Organbeteiligung, dürfte auch geklärt sein, dass die Anteilsveräußerung als wichtiger Grund im Vertrag vereinbart sein kann, ohne dass dies dazu führt, dass die fünfjährige Mindestlaufzeit nicht eingehalten wird.

Ist ein solch wichtiger Grund vereinbart, muss man dennoch innerhalb der fünfjährigen Mindestlaufzeit prüfen, ob die konkrete Kündigung auf Basis einer solchen vertraglichen Regelung steuerlich unschädlich ist. Dies vor dem Hintergrund, dass der BFH ausgeführt hat, dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob für die erfolgte Kündigung ein wichtiger Grund besteht. So heißt es etwa in der Körperschaftssteuerrichtlinie 2015 (R 14.5 (6) S. 3) "*Stand bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses fest, dass der GAV vor Ablauf der ersten fünf Jahre beendet werden wird, ist ein wichtiger Grund nicht anzunehmen*".

Regelung im Vertrag

Zudem sollte sich der Veräußerer auch frühzeitig mit dem Wortlaut der Kündigungsregelung im Vertragstext befassen. Vielfach sieht der Vertrag die Standardregelung vor, dass die Veräußerung der Anteile an der Organgesellschaft durch den Organträger einen wichtigen Grund darstellt. Ist der Vertrag aber zwischen Muttergesellschaft und Enkelgesellschaft abgeschlossen, erfolgt die Veräußerung der Anteile nicht durch den Organträger sondern durch seine Tochtergesellschaft.

Häufig findet man auch die Formulierung, dass der Verkauf bzw. die Veräußerung der Anteile zur Kündigung berechtigt. Das ließe vermuten, schon der Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrages begründe das Kündigungsrecht. Allerdings ist für das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach dem Steuerrecht der Anteilsübergang maßgeblich. Folglich ist das dingliche Vollzugsgeschäft und nicht der schuldrechtliche Verkauf entscheidend.

Zeitpunkt der Kündigung

Hieran schließen sich dann Folgefragen an wie z.B.: Darf die Kündigung im Vorhinein vorbereitet werden? Dies ist zu bejahen, da die Kündigungserklärung Willenserklärung ist und ihre rechtsgestaltende Wirkung erst mit Zugang bei der anderen Vertragspartei entfaltet. Diese Wirkung wird durch den Entwurf der Kündigungserklärung oder sowie die Einholung zustimmender Gesellschafterbeschlüsse nicht bewirkt.

Kann die Kündigungserklärung selbst bereits vor Wirksamwerden des Anteilsübergangs abgegeben werden? Hiergegen könnte sprechen, dass der wichtige Grund im Zeitpunkt der Kündigung vorliegen muss. Zudem können später hinzutretende Gründe zur Begründung der erfolgten Kündigung grundsätzlich nicht mehr herangezogen werden. Ist allerdings der Anteilsübertragungsvertrag abgeschlossen, und sind alle Bedingungen für den Anteilsübergang eingetreten mit Ausnahme des reinen Zeitablaufs, weil etwa die Anteilsübertragung auf ein bestimmtes Datum und eine bestimmte Uhrzeit erfolgt ist (z. B. 31. Dezember 24 Uhr), erscheint es als reiner Formalismus, den Zeitablauf noch abzuwarten und die Kündigung nicht bereits dann zu erklären, wenn es für das Wirksamwerden des Anteilsübergangs nur noch auf den reinen Zeitablauf ankommt.

Beenden durch Aufhebung

Statt durch Kündigung kann man einen Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag auch durch Aufhebung beenden. Eine Aufhebung ist ebenso wie die Kündigung nur mit Wirkung in die Zukunft und zudem nur zum Ende eines Geschäftsjahres oder einer anderen vertraglichen Abrechnungsperiode möglich (§ 296 Abs. 1 S. 1, 2 AktG).

Diese gesetzliche Regelung führt im Regelfall dazu, dass der Vertrag nur zum Geschäftsjahresende der Untergesellschaft beendet werden kann. Dieses macht es dann erforderlich, ggf. ein Rumpfgeschäftsjahr bei der Untergesellschaft einzuziehen. In der Praxis wird ein Gewinnabführungsvertrag mittels Vertragsaufhebung im Regelfall vor der Anteilsübertragung beendet. Diese Variante kommt allerdings nur in Betracht, wenn die steuerliche fünfjährige Mindestlaufzeit abgelaufen ist. Das Steuerrecht stellt zwar die Aufhebung der Kündigung gleich. Allerdings liegt bei dieser Gestaltung im Aufhebungszeitpunkt der wichtige Grund für eine Kündigung (Aufhebung) noch nicht vor.

Nach dem Grundsatz "sicher ist sicher" werden in der Praxis zudem Aufhebung und Kündigung aus wichtigem Grund kombiniert. Folglich wird der Vertrag zum Ende eines eingezogenen Rumpfgeschäftsjahres aufgehoben und dann vorsorglich unmittelbar nachdem Anteilsübergang noch einmal aus wichtigem Grund gekündigt.

Verfahren der Beendigung

Ablauf der Kündigung

Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist schriftlich zu erklären (§ 297 Abs. 3 AktG). Dies gilt für die ordentliche sowie für die außerordentliche Kündigung. Schriftlich bedeutet Einhaltung der Schriftform des § 126 BGB. Nach § 126 Abs. 3 BGB kann die Schriftform durch eine elektronische Form nach § 126a BGB zwar ersetzt werden, jedoch ist bei elektronischen Signaturen Vorsicht geboten.

Elektronische Signaturen erfreuen sich im Rahmen der Corona-Pandemie zunehmender Beliebtheit, genügen jedoch i.d.R. nicht den Anforderungen einer qualifiziert elektronischen Signatur im Sinne von § 126a Abs. 1 BGB. In vielen Unternehmern besteht zwar die Möglichkeit digitaler Unterschriften, dies sind aber i.d.R. keine qualifiziert elektronischen Signaturen. Letztere bedürfen nämlich nicht nur eines asymmetrischen Verschlüsselungsverfahren, sondern zusätzlich des

Zertifikats eines Zertifizierungsanbieters. Dies verteuert das Verfahren erheblich und wird daher im Regelfall von den Unternehmen bei den entsprechenden Dienstleitern nicht mit gebucht. Es reicht zudem nicht aus, statt der Kündigungserklärung eine Niederschrift des Gesellschafterbeschlusses, mit dem der Kündigung zugestimmt wird, zu übergeben.Wird die Form nicht eingehalten, ist die Kündigung nicht wirksam erklärt (§ 125 BGB).

Ist die kündigende Ober- oder Untergesellschaft eine Aktiengesellschaft, ist kein zustimmender Beschluss der Hauptversammlung erforderlich. Unter den Voraussetzungen des § 297 Abs. 2 AktG bedarf es aber eines Sonderbeschlusses etwa vorhandener außenstehender Aktionäre.

Ist die kündigende Gesellschaft hingegen eine GmbH, so ist nach herrschender Meinung ein zustimmender Gesellschafterbeschluss einzuholen. Kündigt eine GmbH als Untergesellschaft, bedarf der zustimmende Gesellschafterbeschluss der notariellen Beurkundung. Die Kündigung des Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages ist insofern actus contrarius zum Abschluss des Vertrages. Dies hat zur Folge, dass für den zustimmenden Gesellschafterbeschluss die gleichen Formalien wie bei Abschluss des Vertrages gelten. Für den Abschluss des Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages fordert der Bundesgerichtshof (BGH) die notarielle Beurkundung des zustimmenden Gesellschafterbeschlusses. Ein Stimmverbot besteht nicht. Die vom BGH offen gelassene Frage mit welchen Mehrheiten die Beschlussfassung zu fassen ist, stellt sich in der Konzernpraxis meist nicht, da ein solcher Beschluss i.d.R. einstimmig getroffen wird. Oft hat die betroffene Gesellschaft nur einen Gesellschafter.

Zudem kündigt in der Praxis meist auch die Obergesellschaft. Deren zustimmender Gesellschafterbeschluss kann privatschriftlich gefasst werden. Die Auffassung, dass in dem Fall, dass die Obergesellschaft kündigt, auch ein zustimmender Beschluss der Gesellschafterversammlung der Untergesellschaft erforderlich ist, ist abzulehnen. Die Untergesellschaft kann nicht verhindern, dass die Obergesellschaft die Kündigung erklärt. Der Mitwirkung der Untergesellschaft bedarf es für die Kündigungserklärung nicht.

Die Kündigung oder Aufhebung (siehe nachstehend) des Gewinnabführungsvertrages im laufenden Geschäftsjahr wirkt ertragssteuerrechtlich auf den Beginn des Geschäftsjahres zurück (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 KStG). Es kommt damit zu einer zeitlichen Abweichung zwischen zivil- und steuerrechtlichem Ende des Gewinnabführungsvertrages.

Gestaltung der Aufhebung

Die Aufhebung bedarf einer schriftlichen Aufhebungsvereinbarung. Diese muss vor dem Zeitpunkt, zu dem die Aufhebung wirksam werden soll, geschlossen werden (§ 296 Abs. 1 S. 2 und 3 AktG). Wie bei der Kündigung ist auch für die Aufhebung ein zustimmender Hauptversammlungsbeschluss nicht erforderlich. Eines Sonderbeschlusses bedarf es, wenn die Untergesellschaft außenstehende Aktionäre hat (§ 296 Abs. 2 AktG). Auch wenn gute Gründe dafür sprechen, dass auch bei der GmbH ein zustimmender Gesellschafterbeschluss nicht erforderlich ist, sollte man diesen einholen. In der Konzernpraxis ist der mit der Einholung eines solchen Beschlusses verbundene Aufwand i.d.R. überschaubar. Auf Seiten der Obergesellschaft reicht auch hier ein privatschriftlicher Gesellschafterbeschluss. Der Gesellschafterbeschluss der Untergesellschaft sollte notariell beurkundet werden.

Eintragung erforderlich

Die Beendigung des Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages ist im Handelsregister der Untergesellschaft, in der auch der Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag eingetragen ist, einzutragen. Die Eintragung hat nur deklaratorische Wirkung. Dieses gilt auch für den Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag mit einer GmbH als Untergesellschaft. Wie auch der BGH ausführt, besteht kein Grund, diesen anders zu behandeln als den Vertag mit einer Aktiengesellschaft als Untergesellschaft.

Das Handelsregister macht die Beendigung bekannt und mit der Bekanntmachung der Beendigung beginnen die Fristen des § 302 Abs. 3 und Abs. 4 AktG sowie des § 303 AktG zu laufen. Insofern hat der Veräußerer ein Interesse daran, dass die Anmeldung und auch die Bekanntmachung schnell erfolgen. Dafür sollte man bereits im Vorfeld die Eintragung des Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages

im Handelsregister überprüfen und ggf. aktualisieren. Nicht selten ist gerade bei Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsverträgen, die schon lange bestehen, die Obergesellschaft als Vertragspartei im Register der Untergesellschaft noch mit einer früheren Firmierung und nicht mehr aktuellen Registerdaten eingetragen.

Wird der Vertrag durch eine Kündigung aus wichtigem Grund beendet oder erfolgt eine Aufhebung unmittelbar vor dem Anteilsübergang, erfolgt die Anmeldung der Beendigung durch die Untergesellschaft unter der Hoheit des Erwerbers als neuem Gesellschafter. Insofern ist zu erwägen, Regelungen in den M&A-Vertrag aufzunehmen und/oder etwa die Anmeldung als Closing Action (Vollzugshandlungen) vorzusehen.

Auswirkungen auf die M&A-Transaktion mit Blick auf den M&A-Vertrag

Es bietet sich nicht nur eine Regelung der Anmeldung der Beendigung des Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages im M&A-Vertrag an. Auch die Regelung/Berücksichtigung weiterer Aspekte sollte man zumindest erwägen.

Verlustausgleich

Nach § 302 AktG muss die Obergesellschaft nach näherer Maßgabe dieser Regelung den bis zum Beendigungszeitpunkt anfallenden Verlust/Fehlbetrag ausgleichen. Die Ursache des Fehlbetrages spielt keine Rolle.

Da bei der GmbH nach den §§ 30, 31 GmbHG (anders als bei der Aktiengesellschaft) nur das der Stammkapitalziffer entsprechende Vermögen strikt gebunden ist, wird im Schrifttum teilweise vertreten, dass bei der GmbH die Verlustausgleichspflicht der Obergesellschaft gleichfalls entsprechend zu beschränken ist. Nach überwiegender Meinung hat dagegen § 302 AktG bei der GmbH ohne Einschränkungen dieselbe Reichweite wie bei der Aktiengesellschaft. Diese Streitfrage hat aber keine praktische Relevanz.

§ 17 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 KStG schreibt für die ertragssteuerliche Organschaft vor, dass in dem Gewinnabführungsvertrag ausdrücklich eine Verlustübernahme seitens der Obergesellschafts durch Verweis auf "*die Vorschriften des § 302 Aktiengesetz in seiner jeweils gültigen Fassung vereinbart wird*". Gewinnabführungsverträge mit einer GmbH werden nahezu ausschließlich aus steuerlichen Gründen vereinbart, sodass praktisch jeder Vertrag eine entsprechende Klausel enthält. Da die organisatorische Eingliederung für Umsatzsteuerzwecke erfordert, dass "*die Organgesellschaft mit dem Organträger einen*

Beherrschungsvertrag nach § 291 AktG abgeschlossen hat", verweisen auch reine Beherrschungsverträge für den Verlustausgleich auf § 302 AktG.

Die Berechnung des Fehlbetrages (auch bei Beendigung) erfolgt regelmäßig auf Basis einer Bilanz der Untergesellschaft. Idealerweise ist das die Jahresabschlussbilanz der Untergesellschaft. Häufig lässt sich allerdings eine M&A-Transaktion nicht so planen, dass das Ende des Beherrschungs-/Gewinnabführungsvertrages mit dem Geschäftsjahresende zusammenfällt. Dies macht dann die Aufstellung eines Zwischenabschlusses erforderlich. Im Idealfall kann man diesen dann auch für Zwecke des M&A-Vertrages nutzen. Vom Rechnungswesen kommt häufig die Anforderung, dass der Zwischenabschluss auf ein Monatsende (und nicht einen Tag im laufenden Monat) fallen soll.

Jahresabschlussbilanz oder Zwischenabschluss werden regelmäßig zu einem Zeitpunkt gestellt, zu dem der Erwerber bereits die Anteile an der Untergesellschaft hält. Für den Veräußerer birgt das die Gefahr, dass Bilanzierungsspielräume so ausgenutzt werden, dass sie zu einem höheren Verlustausgleich führen. Insoweit liegt es im Interesse des Veräußerers im M&A-Vertrag zu regeln, dass er in diesem Prozess involviert wird. Der Umfang der Mitwirkungsrechte ist dann eine Frage der Verhandlungen.

Nach der Rechtsprechung des BGH bestimmt sich der Verlustausgleich nach dem zum Bilanzstichtag zutreffend ausgewiesenen Fehlbetrag. Dies bedeutet, dass selbst wenn der Jahres-/Zwischenabschluss festgestellt und testiert wurde, für den Veräußerer immer noch das Risiko besteht, dass die Untergesellschaft nachträglich einen zusätzlichen Verlustausgleich geltend macht. Da der Anspruch nach § 302 Abs. 4 AktG erst zehn Jahre nach Bekanntmachung der Beendigung verjährt, besteht das Risiko für eine ziemlich lange Zeit. Auch ein Verzicht hilft hier nicht, da dieser erst drei Jahre nach Bekanntmachung der Vertragsbeendigung zulässig ist (§ 302 Abs. 3 AktG).

Auch hier bleibt nur eine Vereinbarung mit dem Erwerber im M&A-Vertrag, dass der Erwerber darauf hinwirkt, dass die Bilanz nicht "wieder aufgemacht" wird. Dem Veräußerer muss allerdings bewusst sein, dass das kein hundertprozentiger Schutz ist. Je nach der Verhandlungsmacht des Veräußerers mag es auch möglich sein, dass der Erwerber sich verpflichtet, den Veräußerer von Nachforderungsansprüchen freizustellen und zu bewirken, dass die Gesellschaft nach Ablauf des drei Jahreszeitraums auf etwaige Ansprüche verzichtet.

Solche Nachforderungen der Untergesellschaft aus Verlustausgleich können auch bei der Kaufpreisformel berücksichtigt werden. Voraussetzung: Sie sind im Zeitpunkt der finalen Bestimmung des Kaufpreises bereits erhoben.

Ist der Erwerber ein neu gegründetes Erwerbsvehicle, sollten dessen Verpflichtungen durch eine Garantie oder einen Schuldbeitritt des (hoffentlich) finanzkräftigen Gesellschafters des Erwerbsvehicles abgesichert werden. Bedacht werden sollte auch der Fall einer Weiterveräußerung der Anteile an der Untergesellschaft durch den Erwerber.

Der Verlustausgleich ist grundsätzlich durch Geldzahlung (§ 362 BGB) zu erfüllen. Bei dem Anspruch handelt es sich um einen normalen schuldrechtlichen Leistungsanspruch. Es ist aber auch Erfüllung durch Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB) sowie durch Leistung an Erfüllung statt (§ 364 BGB) möglich. Voraussetzung ist, dass die zur Aufrechnung gestellte Forderung oder die Leistung an Erfüllung statt werthaltig sind. Hierbei liegt die Beweislast für die Werthaltigkeit der Forderung bei der Obergesellschaft.

Dieses spielt vor allem eine Rolle, wenn der Verlustausgleich über das Cash-Pooling-System in Konzernen erfolgt, insbesondere wenn die Obergesellschaft unterjährig der Untergesellschaft die nötige Liquidität zur Verfügung stellt und dann zum Jahresende mit den daraus resultierenden Darlehensforderungen gegen den Anspruch der Untergesellschaft auf Verlustausgleich aufrechnet. Voraussetzung: Die Parteien haben über die Verrechnung im Vorhinein klare Absprachen getroffen, und die (Darlehens-)Forderung der Obergesellschaft ist auch tatsächlich vollwertig. Fehlt es daran, ist die Aufrechnung - soweit die fragliche Forderung nicht werthaltig ist - unwirksam (§ 134 BGB). Bei der Beendigung im Rahmen einer M&A-Transaktion wird vom Veräußerer häufig der sicherere Weg der Geldzahlung gewählt.

Gewinnabführung

Bezogen auf den Zeitpunkt der Beendigung des Gewinnabführungsvertrages (der reine Beherrschungsvertrag ist insofern nicht betroffen) ist auch ein etwaiger Gewinn der Untergesellschaft abzuführen (§ 301 AktG).

§ 301 S. 1 AktG bestimmt nur den Höchstbetrag, also die Obergrenze der zulässigen Gewinnabführung aufgrund eines Gewinnabführungsvertrages. Er regelt, dass aufgrund eines Gewinnabführungsvertrages ohne Rücksicht auf die Abreden der Beteiligten "höchstens" der Jahresüberschuss abzüglich bestimmter Posten an die Obergesellschaft abgeführt werden darf.

Andererseits verlangt § 14 Abs. 1 S. 1 KStG (bei der GmbH nach § 17 S. 1 KStG) die Verpflichtung zur Abführung des "ganzen Gewinns" im Sinne des § 291 Abs. 1 S. 1 AktG. Für die GmbH bestimmt § 17 S. 2 Nr. 1 KStG zudem noch, dass die Gewinnabführung nicht die Grenze des § 301 AtG überschreiten darf. § 301 AktG bezeichnet mit anderen Worten steuerrechtlich zugleich die Untergrenze des abzuführenden Gewinns im Rahmen der Organschaft bei der Aktiengesellschaft und der GmbH.

Nur die genaue Beachtung des § 301 AktG gewährleistet folglich die Anerkennung der Organschaft durch die Finanzverwaltung im Körperschaft- und Gewerbesteuerrecht. Bei jeder von § 301 AktG abweichenden Praxis der Gewinnabführung besteht die Gefahr, dass die Organschaft von der Finanzverwaltung verworfen wird. Auf diese Gewinnabführung kann nicht verzichtet werden. Wenn man sicherstellen will, dass der Gewinnabführungsvertrag steuerrechtlich anerkannt wird, muss er bis zum Ende durchgeführt

werden. Auch hier wird der maßgebliche Abschluss häufig erst erstellt, wenn der Erwerber schon neuer Gesellschafter ist.

Auch insofern besteht für den Veräußerer das Risiko, dass die Untergesellschaft im Nachhinein geltend macht, der tatsächliche Gewinn sei geringer als der im Jahresabschluss ausgewiesene und einen Rückzahlungsanspruch geltend macht. Auch für diesen Fall sollte man im M&A-Vertrag Vorsorge treffen. So kann man dem Veräußerer anbieten, einen Anspruch auf Mehrgewinn an den Erwerber abzutreten, im Gegenzug aber auch die Freistellung von einem Rückforderungsanspruch der Untergesellschaft fordern.

Seitens des Veräußerers sollte man zudem darauf achten/prüfen, dass während der Laufzeit bei der Ermittlung des abzuführenden Gewinns insbesondere die folgenden Abzugsposten adäquat berücksichtigt wurden, bei denen in der Praxis häufiger Fehler passieren. Bei der Berechnung des ersten auf Basis des Gewinnabführungsvertrages abzuführenden Gewinns ist ein Abzugsposten der Verlustvortrag aus dem Vorjahr (d.h. der Verlustvortrag aus dem letzten Jahr vor Abschluss des Gewinnabführungsvertrages). Reicht der Jahresüberschuss aus dem ersten Geschäftsjahr nach Abschluss des Gewinnabführungsvertrages zur Tilgung des Verlustvortrags nicht aus, muss die Tilgung (mit Vorrang vor der Gewinnabführung) in den folgenden Geschäftsjahren fortgesetzt werden. Abzuziehen sind weiter nach § 268 Abs. 8 HGB ausschüttungsgesperrte Beträge.

Kaufpreis und Bilanzgarantien

Die Verlustausgleichspflicht bzw. Pflicht zur Abführung des Gewinns kann auch Auswirkungen auf die Kaufpreisformel haben. Insofern sollten Veräußerer und Erwerber ihre Regelung im M&A-Vertrag daraufhin überprüfen, ob und welche Auswirkungen Verlustausgleich oder Gewinnabführung haben, und ob dies so gewollt ist. Soll der Gewinnabführungsanspruch der Obergesellschaft etwa "Financial Debt" sein und/oder ist der Anspruch auf Verlustausgleich der Untergesellschaft "Cash" im Sinne der Kaufpreisformel. Beeinflusst werden kann auch die Höhe des Working Capitals.

Zudem sollte die Wechselwirkung mit etwaigen Garantiezusagen bedacht werden. Gibt es etwa Haftungsunter- oder -obergrenzen ist zu prüfen, ob diese nicht durch eine nachträgliche Verlustausgleichsforderung konterkariert werden. Sei es, dass der Veräußerer unterhalb der Untergrenze Verlust ausgleichen muss oder der Erwerber den Veräußerer von einer Nachforderung auf Verlustausgleich freizustellen hat, der zugrundeliegende Sachverhalt aber andererseits eine Garantieverletzung des Veräußerers darstellt.

Sicherheitsleistung

Ebenso ist zu berücksichtigen, dass nach Maßgabe des § 303 AktG Gläubiger der Untergesellschaft binnen sechs Monaten nach Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages im Handelsregister (Stichtag) Sicherheitsleistungen für Forderungen gegen die Untergesellschaft verlangen können (§ 303 AktG). Alternativ kann sich die Obergesellschaft für die Forderung verbürgen. Die Bürgschaft wird durch Vertrag zwischen der zur Sicherheitsleistung verpflichteten Obergesellschaft und dem Gläubiger begründet (§ 765 Abs. 1 BGB). Die Entscheidung zwischen der Sicherheitsleistung und der Übernahme einer Bürgschaft steht der Obergesellschaft zu (Wahlschuld mit Wahlrecht des Schuldners nach §§ 262 ff BGB).

Der Anspruch steht Gläubigern der Untergesellschaft zu, deren Forderungen vor dem Stichtag begründet worden sind. Der Begriff der Forderungen wird überwiegend weitgefasst, und umfasst vertragliche und gesetzliche, schuldrechtliche Ansprüche, die auf Geldzahlung und/oder Lieferung und/oder Dienstleistung gerichtet sind. Mitgesichert sind ferner die Nebenforderungen auf Zinsen und Kostenersatz, wenn sie vor dem Stichtag entstanden sind.

Die Forderung ist vor dem Stichtag "begründet", wenn der vertragliche oder gesetzliche Entstehungsgrund der Forderung vor dem Stichtag im Wesentlichen abgeschlossen wurde. In dem Fall bedarf es also keiner weiteren Handlungen des Gläubigers, um den Anspruch oder die Forderung endgültig zur Entstehung zu bringen. Nicht erforderlich ist, dass die Höhe der Forderung schon feststeht. Die Forderung muss nicht fällig sein. Erfasst werden auch aufschiebend und auflösend bedingte Forderungen, betagte und befristete Forderungen, selbst wenn deren Höhe noch nicht feststeht oder die Bedingung noch nicht eingetreten ist. Ebenso wenig kommt es bei gegenseitigen Verträgen darauf an, ob der Sicherheit verlangende Gläubiger seinerseits seine Leistung bereits erbracht hat.

Da die gesetzliche Regelung auf die Begründung der Forderung, nicht die Fälligkeit abstellt, ergibt sich nach der Rechtsprechung des BGH in der Praxis eine fünfjährige Nachhaftung. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist also begrenzt auf Ansprüche, die innerhalb von fünf Jahren ab Bekanntmachung der Eintragung der Beendigung des Vertrags ins Handelsregister fällig werden.

Die gesetzliche Regelung des § 303 AktG stellt nicht auf die Beendigung, sondern auf die Bekanntmachung der Beendigung ab. Es kann daher sein, dass Neugläubiger, die erst nach dem Anteilsübergang Gläubiger der Gesellschaft geworden sind, Anspruch auf Sicherheitsleistung haben.

Auch wenn Ansprüche auf Sicherheitsleistung in der Praxis eher selten erhoben werden, ist das Haftungsrisiko zu umfassend, um es außer Acht zu lassen. Neugläubigerthematik und Nachhaftungsrisiko sollten ebenfalls in den M&A-Vertrag einfließen. Inwieweit der Erwerber diese Risiken trägt, ist eine Frage der Verhandlungsmacht oder des Verhandlungsgeschicks des Veräußerers.

In der Praxis bewirkt die aus dem Bestehen eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages resultierende Verlustausgleichspflicht, dass Vertragspartner (z.B. Vermieter) auf die Bestellung von Sicherheiten verzichten. Diese Verträge sehen dann im Regelfall aber auch vor, dass, wenn der Unternehmensvertrag endet, der Vertragspartner zu unterrichten und eine Sicherheit zu stellen ist. Im M&A-Vertrag wird i.d.R. dem Erwerber aufgegeben, für diese Sicherheit Sorge zu tragen (ggf. durch einen neu abzuschließenden Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag).

Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

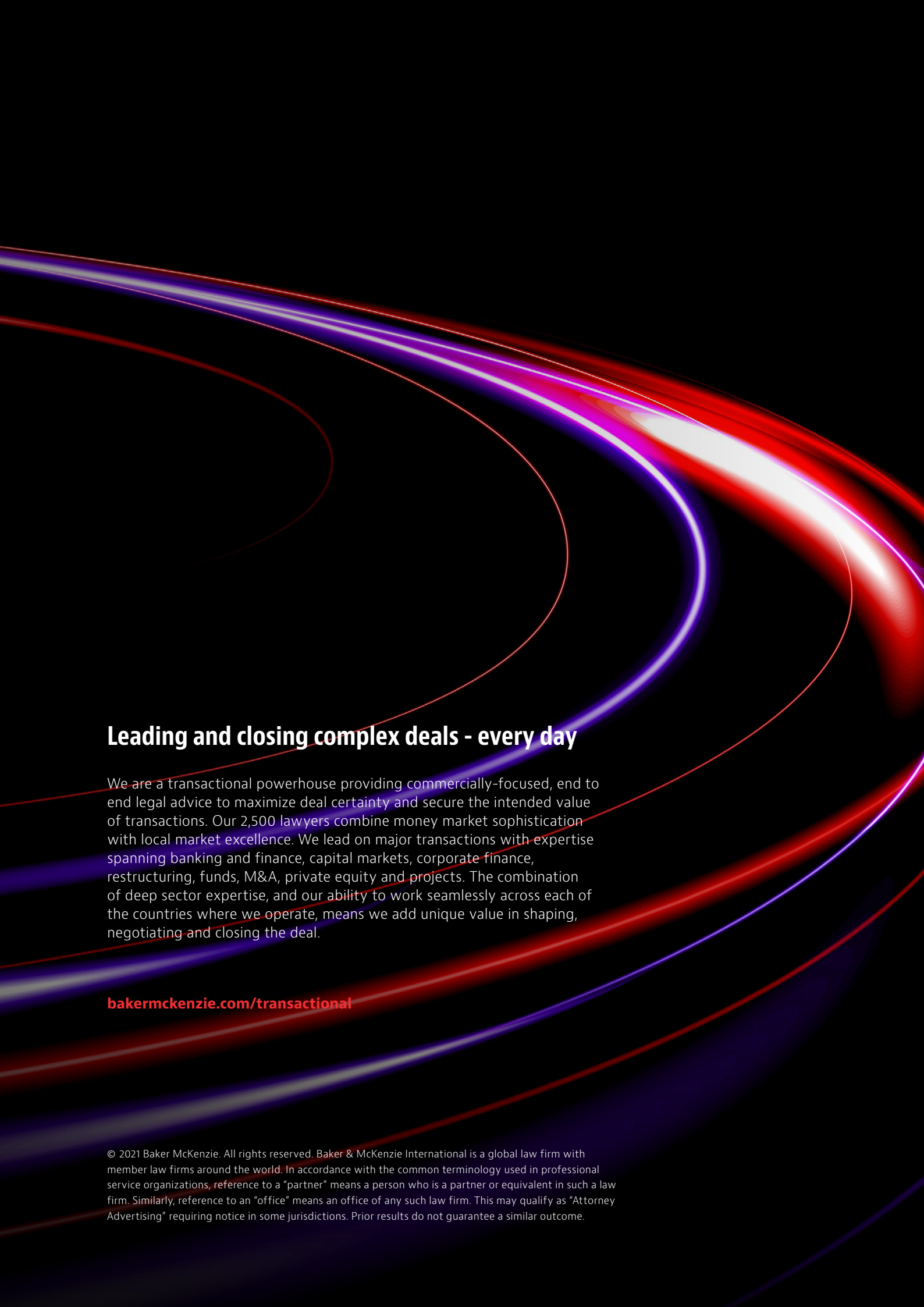
Werden die Geschäftsanteile an einer Gesellschaft, die Vertragspartei eines Organschaftsvertrages ist, veräußert, muss der Organschaftsvertrag beendet werden. Im Regelfall betrifft das die Untergesellschaft als Partei des Organschaftsvertrages. Für die Beendigung bieten sich die Kündigung aus wichtigem Grund und/oder eine Vertragsaufhebung an. Da der Veräußerer die Organschaft nur beenden möchte, wenn es zum Verkauf der Geschäftsanteile kommt, fallen Beendigung der Organschaft und Veräußerung zeitlich zusammen bzw. liegen zeitlich nahe beieinander. Da sich das Closing der M&A-Transaktion nicht auf das Geschäftsjahresende terminieren lässt, wird bei der Untergesellschaft häufig ein Rumpfgeschäftsjahr eingezogen.

Außer der formell wirksamen Beendigung der Organschaft sollte man auch die Wechselwirkungen mit der M&A-Transaktion beachten. Der für die letzte Gewinnabführung bzw. den letzten Verlustausgleich unter dem Organschaftsvertrag aufzustellende Jahres-/Zwischenabschluss wird häufig erstellt, nachdem der Erwerber bereits Eigentümer der Geschäftsanteile der Untergesellschaft geworden ist. Verlustausgleich und Gewinnabführung können ungewollte Auswirkungen auf den Kaufpreis haben, wenn die Wechselwirkungen bei der Vereinbarung der Kaufpreisformel nicht bedacht wurden.

Auch wenn in der Praxis Gläubiger der Untergesellschaft häufig von der Möglichkeit, Sicherheitsleistungen zu verlangen, keinen Gebrauch machen, ist das latente Risiko für den Veräußerer beachtlich. Dies gilt insbesondere, da diesen Anspruch auch Gläubiger geltend machen können, die nach der Beendigung des Organschaftsvertrages, aber vor Bekanntmachung der Beendigung Gläubiger geworden sind. Somit wurden diese möglicherweise erst zu Gläubigern, als die Geschäftsanteile bereits an den Erwerber übergegangen sind. Insofern ist die Beendigung des Organschaftsvertrages im Rahmen einer M&A -Transaktion keine reine Formalie.

Kontakt

Dr. Barbara Deilmann
Partner, Dusseldorf
Baker McKenzie Rechtsanwaltsgesellschaft mbH von Rechtsanwälten und Steuerberatern
+49 211 3 11 16 112
Barbara.Deilmann@bakermckenzie.com



Leading and closing complex deals - every day

We are a transactional powerhouse providing commercially-focused, end to end legal advice to maximize deal certainty and secure the intended value of transactions. Our 2,500 lawyers combine money market sophistication with local market excellence. We lead on major transactions with expertise spanning banking and finance, capital markets, corporate finance, restructuring, funds, M&A, private equity and projects. The combination of deep sector expertise, and our ability to work seamlessly across each of the countries where we operate, means we add unique value in shaping, negotiating and closing the deal.

bakermckenzie.com/transactional

© 2021 Baker McKenzie. All rights reserved. Baker & McKenzie International is a global law firm with member law firms around the world. In accordance with the common terminology used in professional service organizations, reference to a "partner" means a person who is a partner or equivalent in such a law firm. Similarly, reference to an "office" means an office of any such law firm. This may qualify as "Attorney Advertising" requiring notice in some jurisdictions. Prior results do not guarantee a similar outcome.