
Buy-Out-Gestaltungen bei Konzern-spin offs mittels „umgekehrtem Kombinationsmodell“

Rechtsanwalt/Steuerberater Dr. Hans-Jochen Otto, Stuttgart

I. Einleitung

Konzern-spin offs, d. h. die Ausgliederung bzw. der Verkauf von nicht mehr als Kerngeschäft definierten Unternehmensbereichen deutscher Konzerne als Maßnahme eines umfassenden „Corporate Restructuring“ wurden angesichts der seit Ende der achtziger Jahre im anglo-amerikanischen Raum zu beobachtenden Entwicklungen bereits seit ca. 10 Jahren als bedeutsames Potential für den deutschen Buy-Out-Markt gehandelt¹. Mit dem schon üblich zu nennenden „time lag“ haben inzwischen auch die deutschen Großunternehmen begonnen, sich unter Abkehr von dem noch aus den sechziger Jahren stammenden Diversifizierungsgedanken auf den Weg „back to basics“ zu begeben. Zugrunde liegt die schlichte Erkenntnis, daß der in zusammenwachsenden Märkten erheblich gesteigerte Wettbewerbsdruck die Managementkapazitäten von Unternehmen überfordert, die auf zu vielen, nicht wirklich zusammengehörigen Geschäftsfeldern tätig sind². Seit nunmehr ca. zwei Jahren haben Verkaufsprogramme großer deutscher Konzerne zu einer erheblichen Belebung des deutschen Buy-Out-Marktes geführt, bei tendenziell steigenden Transaktionsvolumina³. Dement-

sprechend hat sich die Attraktivität des deutschen Marktes für die zumeist international agierende private equity-Branche erhöht, obgleich sich die steuerlichen Rahmenbedingungen für Risikokapitalinvestitionen in Deutschland in jüngster Zeit wieder deutlich verschlechtert haben. Ob Finanzinvestoren bei dem von der Konzernspitze zumeist im Auktionsverfahren betriebenen Veräußerungsprozeß konkurrenzfähige Preise im Vergleich zu industriellen Kaufinteressenten bieten können, hängt jedoch im wesentlichen Maße davon ab, ob die Voraussetzungen für eine (uneingeschränkte) steuerliche Abschreibbarkeit des Investments gegeben sind bzw. durch geeignete Gestaltungen geschaffen werden können.

II. Bislang übliche Akquisitionsstrukturen

Ob bzw. in welchem Umfang die steuermindernde Abschreibung des Investments und die Verwendung hieraus generierter Liquidität zur Kreditrückführung möglich ist, richtet sich danach, ob Gegenstand des Erwerbs die Anteile des Konzernunternehmens (share deal) oder deren Aktiva und Passiva (asset deal) sind.

1. Asset deal

Werden die Aktiva und Passiva des Unternehmens erworben, stehen der steuerlich wirksamen Kaufpreisabschreibung keinerlei Hinderungsgründe entgegen. Meinungsverschiedenheiten mit dem Finanzamt können dann allenfalls noch hinsichtlich der Frage entstehen, inwieweit der Kaufpreis auf schnell abschreibbare Wirtschaftsgüter (z. B. Maschinen, Anlagen), auf den Firmenwert (Abschreibungszeitraum 15 Jahre) oder auf langsame bzw. gar nicht abschreibbare Wirtschaftsgüter (Gebäude bzw. Grundstücke) zu verteilen ist. Allerdings scheitern Konzern-spin offs in Form von asset deals zumeist an der entgegenstehenden Interessenlage der als Verkäufer auftretenden Konzernmutter.

1 Vgl. z. B. OTTO, DB 1988, 1389 ff., 1390 f. m. w. N.; Continental Bank (Hrsg.), Management Buy-Out, 1990.

2 Zusätzliche Probleme, nicht zuletzt in puncto Managementmotivation, ergeben sich dann, wenn erfolgreiche Unternehmensbereiche zur Stützung von weniger erfolgreichen herangezogen werden (cross-subsidies); darüber hinaus belasten die Vermögenswerte von sich im Konzernverbund suboptimal entwickelnden Unternehmensbereichen die Kapitalrendite des Gesamtkonzerns und damit die „Akquisitionswährung“ Aktienkurs.

3 Vgl. u. a. die Buy-Outs von Sirona Dentalsysteme (Verkäufer: Siemens; Vol. ca. 700 bis 800 Mio. DM); I-Center (Verkäufer: Siemens; Vol. ca. 500 bis 700 Mio. DM); Vianova (Verkäufer: Hoechst; Vol. ca. 900 Mio. DM); Kalle Nalo (Verkäufer: Hoechst; Vol. ca. 170 Mio. DM); Thyssen Schulte Bautechnik (Verkäufer: Thyssen; Vol. ca. 800 Mio. DM); Impress Metal Packaging (Verkäufer: Schmalbach Lubeca/Péchiney; Vol. ca. 1,3 Mrd. DM); Herberts (Verkäufer: Hoechst; Vol. ca. 3 Mrd. DM; dieser geplante Buy-Out scheiterte kurz vor seinem Abschluß).

Diese entgegenstehende Interessenlage ist bei inländischen Konzernobergesellschaften in der Regel nicht steuerlich bedingt, da bei diesen der Verkauf der Anteile genauso wie der Verkauf des Vermögens der Konzerntochter sowohl der Körperschaftsteuer als auch der Gewerbesteuer zum normalen Tarif unterliegt. Zwar können die für die Höhe des steuerpflichtigen Veräußerungsgewinns maßgeblichen Buchwerte einerseits des Beteiligungsansatzes und andererseits des Eigenkapitals der Tochtergesellschaft divergieren; hieraus sich im Falle des asset deals für die veräußernde Konzernmutter eventuell ergebende Steuernachteile wird ein Finanzinvestor, von Extremfällen abgesehen, jedoch zumeist über den Kaufpreis ausgleichen können, um auf diese Weise in den Genuß der Kaufpreisabschreibung zu kommen.

Die aus Konzernsicht einem asset deal entgegenstehenden Hinderungsgründe haben jedoch zumeist andere Ursachen:

- Soweit bei der Konzerntochter Pensionsrückstellungen gebildet sind, können die gegenüber den Pensionären sowie gegenüber Arbeitnehmern mit unverfallbaren Anwartschaften bestehenden Verpflichtungen nicht auf die Erwerbengesellschaft übertragen, sondern müssen zwingend weiterhin bei der zur Veräußerung stehenden Konzerntochter passiviert werden. Möglich ist lediglich, daß die Erwerbengesellschaft die Konzerntochter im Innenverhältnis freistellt, was aber nichts daran ändert, daß die Konzerntochter weiterhin Schuldner der Pensionsansprüche bleibt und der Veräußerer (Konzernmutter) die entsprechenden Verbindlichkeiten auch auf unbestimmte Zeit in der Konzernbilanz zu erfassen hat⁴
- Sofern die Konzerntochter ein hohes, stammkapitalgebundenes Eigenkapital hat, könnte dieses seitens der Konzernobergesellschaft frühestens nach Ablauf einer Sperrfrist von einem Jahr im Rahmen einer Liquidation vereinnahmt werden. Sofern und solange noch Pensionsverbindlichkeiten bestehen, wäre im übrigen eine vollständige Abwicklung überhaupt nicht möglich.

Angesichts dieser Ausgangslage ist es nachvollziehbar, daß der veräußernde Konzern zumeist nicht bereit sein wird, die Anteile an der zum Verkauf stehenden Konzerntochter zurückzubehalten.

2. Share deal

In der Praxis kommt es daher vor diesem Hintergrund aufgrund der beschriebenen, in aller Regel nichtsteuerlichen Beweggründe der Veräußererseite zu Anteilsveräußerungen anstelle von Vermögensübertragungen. Will die vom Finanzinvestor eingesetzte Erwerbengesellschaft trotz Anteilserwerbs gleichwohl die steuerliche Abschreibbarkeit ihres Investments erreichen, bedarf es hierzu Buy-Out-typischer Umstrukturierungsmaßnahmen im Anschluß an den Anteilserwerb, die darauf abzielen, den Anteilserwerb im Nachhinein wirtschaftlich in einen asset deal umzufunktionieren, was neben der steuerlichen Motivation zugleich meist auch

aus finanzierungstechnischen Gründen⁵ erforderlich ist. Die hierzu im wesentlichen verwendeten Gestaltungsmaßnahmen, nämlich das Verschmelzungs- bzw. Umwandlungsmodell und das Kombinationsmodell, sind in der Literatur bereits vielfach diskutiert worden und sollen daher an dieser Stelle nicht erneut erläutert werden⁶. Beide Modelle bringen jedoch neben beträchtlichem Strukturierungs- und damit Kostenaufwand erhebliche, insbesondere gewerbesteuerliche Nachteile mit sich, welche die mit dem Vorteil der körperschaftsteuerlichen Abschreibung des Investments verbundenen Vorteile – gerade vor dem Hintergrund eines sich ermäßigenden Körperschaftsteuersatzes – partiell wieder aufheben:

- Beim Kombinationsmodell unterliegt der mittels „internem asset deal“ im Anschluß an den Anteilserwerb auf Ebene der Zielgesellschaft realisierte Veräußerungsgewinn in vollem Umfang der Gewerbesteuer, so daß mit einem entsprechenden, im Transaktionszeitpunkt zusätzlich anfallenden Finanzierungsaufwand gerechnet werden muß, wohingegen die aus der Buchwertaufstockung der auf NewCo übertragenen Aktiva resultierende Steuerersparnis erst mittelfristig, verteilt auf den Abschreibungszeitraum, in Anspruch genommen werden kann.
- Wird die Zielgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt oder auf eine Erwerber-Personengesellschaft verschmolzen, wird der hierdurch gemäß § 4 Abs. 6 UmwStG erzielbare step up aufgrund der geplanten Änderung des § 18 Abs. 2 UmwStG im Zuge der von der neuen Bundesregierung geplanten Steuerreform aller Voraussicht nach mit Wirkung ab 1. 1. 1999 für Gewerbesteuerzwecke neutralisiert⁷, mit der Folge, daß die erhöhten Abschreibungen nur für Körperschaftsteuerzwecke maßgeblich sind und für Gewerbesteuerzwecke eine gesonderte Buchführung auf Basis der alten, nicht um den transaktionsbedingten step up erhöhten Buchwerte weitergeführt werden muß. Auch wenn dies immer noch günstiger ist als die sofortige, gewerbesteuerliche Vollversteuerung aller stillen Reserven und des good will wie bei Anwendung des Kombinationsmodells, so bleiben die hieraus sich ergebenden Belastungen gleichwohl erheblich.
- Handelt es sich bei der Konzerntochter um ein börsennotiertes Unternehmen, birgt überdies dessen

⁴ Zusätzlich bestünde für den veräußernden Konzern das latente Risiko, daß die Erwerbengesellschaft im Falle eines Scheiterns des Buy-Outs zu einem späteren Zeitpunkt der übernommenen Freistellungsverpflichtung für die Pensionsverbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann.

⁵ Ein asset deal gewährleistet, daß cash flow und Aktiva des erworbenen Unternehmens für Rückführung und Besicherung des Akquisitionskredites herangezogen werden können, was im Falle eines bloßen Anteilserwerbs dagegen im Hinblick auf die gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsgrundsätze nicht möglich wäre; unter Buy-Out-Bedingungen wird sich daher in aller Regel empfehlen, vor, anstelle oder nach einem Anteilserwerb einen asset deal durchzuführen oder alternativ die Zielgesellschaft auf die Erwerbengesellschaft zu verschmelzen, vgl. i. e. OTTO, in: Assmann/Schütze (Hrsg.), Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Aufl. 1997, § 26 (Management Buy-Out) Rn. 86 ff., 127 ff.; FAHRHOLZ, Neue Formen der Unternehmensfinanzierung, 1997, S. 28 ff.; HOLZAPFEL / PÖL-LATH, Unternehmenskauf in Recht und Praxis, 1997, S. 175 ff.

⁶ Vgl. z. B. RÖDDER / HÖTZEL, FR 1994, 285 ff.; BLUMERS / MARQUARDT, DStR 1994, 1869 ff.; OTTO, DB 1994, 2121 ff.

⁷ Vgl. § 18 Abs. 2 UmwStG i. d. F. des „Entwurfes eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002“ vom 9. 11. 1998 (BT-Drucks. 14/23); schon bislang vertrat die Finanzverwaltung – wenngleich mit angesichts des Gesetzeswortlautes unhaltbarer Argumentation – die Auffassung, daß ein im Verschmelzungs- bzw. Umwandlungsfall sich nach § 4 Abs. 5 UmwStG ergebender step up für Gewerbesteuerzwecke nicht zu berücksichtigen sei, vgl. Umwandlungssteuererlaß 1998, BMF-Schr. v. 25. 3. 1998, Tz. 18.02; dagegen zutreffend z. B. RÖDDER / MOMEN, DStR 1996, 1799.

Umwandlung in bzw. Verschmelzung auf eine Personengesellschaft aufgrund der mit Sicherheit zu erwartenden Anfechtungsklagen von Kleinaktionären und der damit verbundenen Registersperre ganz erhebliche zusätzliche Risiken mit sich, die die Anwendung des Modells von vornherein in Frage stellen⁸.

- Bei Anwendung sowohl des Kombinations- wie auch des Umwandlungs- bzw. Verschmelzungsmodells hat die Erwerbengesellschaft ferner sorgfältig zu prüfen, ob die von der Konzernmutter veräußerten Anteile innerhalb der letzten 10 Jahre ganz oder teilweise entweder von nicht anrechnungsberechtigten Anteilseignern oder von Anteilseignern gehalten wurden, die ihre Anteile gemäß § 17 EStG steuerfrei veräußert haben (§ 50 c Abs. 1 und Abs. 11 EStG), da der hierdurch den Anteilen anhaftende Sperrbetrag den steuerlichen step up-Effekt ganz bzw. teilweise zunichte machen würde⁹.

De facto kommt es somit bei dem Erwerb von Tochtergesellschaften inländischer Konzerne im Wege des share deals mit den beschriebenen, anschließenden Umstrukturierungsmaßnahmen, soweit diese überhaupt durchführbar sind, zu einer *gewerbesteuerlichen Doppelbesteuerung* der stillen Reserven des Zielunternehmens, nämlich einerseits auf Anteilsebene im Rahmen des vom Konzern realisierten Veräußerungsgewinns sowie anschließend auf Vermögensebene durch die beschriebenen Umstrukturierungsmaßnahmen des Erwerbers. Die aus Erwerbersicht hiermit verbundenen Nachteile schlagen letztlich auf die Höhe des finanzierten Kaufpreises durch und führen zur Erzielung suboptimaler Marktpreise und damit zu einer unnötigen Wertvernichtung.

III. Konzern-spin off mittels „umgekehrtem Kombinationsmodell“

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, beim Erwerb von Tochtergesellschaften inländischer Konzernmütter eine gegenüber der bislang verbreiteten Praxis modifizierte Vorgehensweise in Betracht zu ziehen, die nachfolgend schlagwortartig als „umgekehrtes Kombinationsmodell“ bezeichnet wird.

Die Grundstruktur der Vorgehensweise ist dabei wie folgt:

- a) Im ersten Schritt erwirbt die Erwerbengesellschaft sämtliche Aktiva und Passiva der Konzerntochter, mit Ausnahme jedoch eines solchen Teilbetrages der Aktiva, der zur Deckung des Stamm- bzw. Grundkapitals der Zielgesellschaft erforderlich ist. Dabei sollten die

zurückgelassenen Aktiva nach Möglichkeit keine stillen Reserven beinhalten, also z. B. ausschließlich in Forderungen oder sonstigen, stiller Reserven nicht „verdächtiger“ Aktiva bestehen, so daß der im Wege des asset deals gezahlte Kaufpreis sämtliche stillen Reserven/good will in vollem Umfang abgilt¹⁰.

- b) Der durch den vorstehenden, partiellen asset deal realisierte Veräußerungsgewinn der Zielgesellschaft wird sodann von deren Konzernmuttergesellschaft entweder auf Grundlage eines etwa bestehenden Ergebnisabführungsvertrages oder mittels Gewinnausschüttung vereinnahmt und versteuert (vgl. dazu i. e. unten IV. und V.). Dabei soll nachfolgend aus Vereinfachungsgründen unterstellt werden, daß der Beteiligungsbuchwert des Veräußerers und der Buchwert des Eigenkapitals der Konzerntochter im wesentlichen identisch sind, so daß sich hieraus keine aus Veräußerersicht divergierenden Steuereffekte ergeben.

- c) Im nächsten Schritt erwirbt die Erwerbengesellschaft sämtliche Anteile der „leergekauften“ Zielgesellschaft zu einem Kaufpreis in Höhe des Nominalwertes des Stamm- bzw. Grundkapitals. Die Summe aus den für das Nennkapital sowie den zuvor – im Wege des asset deals – für die stillen Reserven und den good will gezahlten Kaufpreisteilen ergibt den Gesamtkaufpreis.

- d) In einem letzten Schritt führt sodann die Erwerbengesellschaft die Verschmelzung der ihr nun zu 100 % gehörenden Zielgesellschaft, steuerlich zu Buchwerten, auf sich selbst herbei.

Mit dieser Vorgehensweise werden die steuerlichen Interessen des Erwerbers auf Herbeiführung eines asset deals und die nichtsteuerlichen Interessen des Veräußerers auf Herbeiführung einer Anteilsveräußerung zur Deckung gebracht. Die oben beschriebenen Nachteile einer doppelten gewerbesteuerlichen Belastung im Falle der gängigen post-akquisitorischen Umstrukturierungsmaßnahmen werden vermieden. Andererseits werden sämtliche stillen Reserven einschließlich des good will der Zielgesellschaft in vollem Umfang durch den Veräußerer versteuert. Die Annahme eines Gestaltungsmißbrauchs (§ 42 AO) scheidet daher aus. Nach unserer Erfahrung werden seitens der Finanzverwaltung gegen die steuerliche Anerkennung der zivilrechtlichen Aufspaltung des Akquisitionsvorganges keine Einwände geltend gemacht.

Probleme mit § 50 c EStG können von vornherein nicht auftreten, da für den Erwerb der – eventuell sperrbetragsbelasteten – Anteile der Konzerntochter kein über den Nennbetrag hinausgehender Mehrwert vergütet wird, sondern die Abgeltung der stillen Reserven und des good will zulässigerweise ausschließlich über den vorgeschalteten Vermögenserwerb erfolgt.

Die im ersten Schritt vorgesehene „Zurücklassung“ von (möglichst keine stillen Reserven beinhaltenden) Vermögenswerten der Zielgesellschaft, deren Buchwerte zur Abdeckung des Nennkapitals ausreichen, hat dabei einen gesellschaftsrechtlichen Hintergrund: Da die Erwerbengesellschaft in Buy-Out-Fällen in der Regel einen beachtlichen Fremdfinanzierungsgrad aufweisen wird, würde das Nennkapital der Zielgesellschaft bei einem vollständigen Herauskauf sämtlicher Vermö-

⁸ Die bisher mit – überwiegend steuerlich motivierten – Umwandlungen/Verschmelzungen von börsennotierten Aktiengesellschaften auf Personengesellschaften in der Rechtsform der GmbH & Co. gemachten Erfahrungen weisen darauf hin, daß es erhebliche Schwierigkeiten bereitet, die mit Anfechtungsklagen verbundene Registersperre im Wege des Eilverfahrens nach § 16 Abs. 3 UmwG zu überwinden. Einerseits bestehen Meinungsverschiedenheiten zwischen den Oberlandesgerichten, welche Anforderungen an die Identifizierung der zu Kommanditisten werdenden Aktionäre zu stellen sind (vgl. BayObLG, ZIP 1996, 1467; OLG Frankfurt/M., ZIP 1997, 1291); ferner bestehen beim Formwechsel größere Schwierigkeiten in der Darlegung konkreter, das Vollzugsinteresse rechtfertigender Nachteile, zumal unsicher ist, ob die durch den Formwechsel bedingten steuerlichen Vorteile des Mehrheitsaktionärs hierfür ausreichen, vgl. DECHER, Die Überwindung der Registersperre nach § 16 Abs. 3 UmwG, AG 1997, 388 ff., 393.

⁹ Vgl. hierzu HERZIG, DB 1998, 438 ff.; KREBS, BB 1998, 2028 ff.; BMF vom 13. 7. 1998, BStBl. I 1998, 912 ff.

¹⁰ Ferner sollte darauf geachtet werden, daß die „zurückgelassenen“ Aktiva auch keine latenten, mit der geplanten Einführung eines steuerlichen Wertaufholungsgebotes (vgl. die im Entwurf eines „Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002“ geplante Streichung von § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG) verbundenen Risiken beinhalten.

gensgegenstände aktivisch nur noch durch eine Kaufpreisforderung gegen die Erwerbengesellschaft abgedeckt, sofern dieser Kaufpreisteil zur Vermeidung einer insoweit doppelten Kaufpreisaufbringung (zum einen für den Anteilserwerb, zum anderen für den Vermögenserwerb) nicht in bar erbracht, sondern gestundet wird. Sofern die Vollwertigkeit dieser Kaufpreisforderung gegen die Erwerbengesellschaft aufgrund von deren Finanzierungsstruktur jedoch nicht zweifelsfrei erscheint, könnte in der Stundung eine unzulässige Einlagenrückgewähr gesehen werden¹¹. Verfügt die Zielgesellschaft nicht über ein zur Stammkapitaldeckung ausreichendes Volumen an keine stillen Reserven beinhaltenden Wirtschaftsgütern, käme alternativ eine Besicherung der anteiligen Kaufpreisforderung (durch Bankgarantie oder durch Sicherungsrechte an den übertragenen Wirtschaftsgütern) für den Zeitraum bis zur Verschmelzung der Zielgesellschaft auf die Erwerberin in Betracht.

Sofern die Zielgesellschaft freie Kapitalrücklagen aufweist, wird der hierauf entfallende Kaufpreisteil ebenfalls zur Vermeidung einer doppelten Kaufpreisfinanzierung im Rahmen des asset deals gegenüber der Erwerbengesellschaft gestundet. Bei dem anschließenden share deal würde sich der Kaufpreis entsprechend erhöhen. Da es sich hier nicht um stammkapitalgebundenes Eigenkapital handelt, ergeben sich insoweit keine rechtlichen Einwände unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Einlagenrückgewähr. Bei Durchführung der im letzten Schritt vorgesehenen Verschmelzung auf die Erwerbengesellschaft erlischt diese Kaufpreisforderung infolge Zusammenfallens von Gläubiger und Schuldner durch Konfusion. Im übrigen wird aber auch zu überlegen sein, freie Rücklagen vor Durchführung der Transaktion an den Veräußerer auszuschütten, woran dieser insbesondere bei Vorhandensein von Verlustvorträgen unter dem Gesichtspunkt der Verrechnung latenter Steuerguthaben interessiert sein kann. Die Durchführbarkeit einer solchen Ausschüttung hängt allerdings von dem Vorhandensein entsprechender liquider Mittel der Zielgesellschaft oder der Möglichkeit einer entsprechenden Kreditfinanzierung der Ausschüttung ab.

Bei Vorhandensein von Pensionsrückstellungen ist, wie eingangs schon erläutert, zu beachten, daß die entsprechenden Verbindlichkeiten nicht mit befreiender Wirkung übertragen werden können, soweit sie auf Arbeitnehmer entfallen, die schon pensionsberechtigt oder aber im Besitz unverfallbarer Anwartschaften sind. Der Durchführung des asset deals steht dies jedoch nicht entgegen, da insoweit lediglich eine Bilanzverlängerung in Form eines aktivisch zu bilanzierenden Freistellungsanspruches gegen die Erwerbengesellschaft eintritt. Sofern man die Werthaltigkeit dieses Freistellungsanspruches im Hinblick auf die Finanzierungsstruktur der Erwerbengesellschaft als problematisch ansieht, käme notfalls dessen Besicherung (z. B. durch einen Teil der herausgekauften Aktiva) bis zur Durchführung der Verschmelzung in Betracht. Da es sich hierbei lediglich um einen zeitlich begrenzten Sicherungsvorrang gegenüber den Kreditgebern der Erwerbenge-

sellschaft handelt, würde dies die Refinanzierungsmöglichkeiten der Käuferin nicht nennenswert beeinträchtigen.

Angesichts des naheliegenden Interesses der veräußernden Konzernobergesellschaft an einer möglichst zeitnah hintereinander geschalteten Durchführung von asset deal und anschließendem share deal ist es erforderlich, die Verlagerung der aus dem im ersten Schritt durchgeführten asset deal resultierenden Steuerlast auf den Veräußerer schnellstmöglich herbeizuführen, so daß die Zielgesellschaft bei Durchführung des anschließenden share deals keinerlei hieraus resultierende Steuerverbindlichkeiten mehr aufweist. Die Vorgehensweise hängt hierbei davon ab, ob zwischen der Konzernobergesellschaft und der zur Veräußerung stehenden Konzerntochter ein Organschaftsverhältnis besteht oder nicht.

IV. Beispiel 1: Bestehen einer körperschaftsteuerlichen Organschaft zwischen Veräußerer und Konzerntochter

Bei Bestehen eines körperschaftsteuerlichen Organschaftsverhältnisses gemäß §§ 14 ff. KStG zwischen Veräußerer und Konzerntochter bietet sich an, den asset deal mit Wirkung zum Ablauf des Geschäftsjahres der Konzerntochter (z. B. 31.12.) als vorletzten Geschäftsvorfall vor Ergebnisabführung vorzunehmen. Mit Ablauf des Geschäftsjahres gehen sämtliche aus dem Veräußerungsvorgang resultierenden Körperschaftsteuer- und Gewerbesteuerverbindlichkeiten im Wege der Ergebnisabführung auf den Veräußerer über, so daß der Anteilserwerb eine juristische Sekunde später mit Wirkung ab 1.1. des folgenden Geschäftsjahres durchgeführt werden kann. Die aufgrund des asset deals geschuldete Kaufpreiszahlung, soweit nicht in Höhe etwa vorhandener Rücklagen gestundet, ist dabei identisch mit dem von der Zielgesellschaft realisierten Veräußerungsgewinn und kann für Rechnung der in gleicher Höhe bei der Konzerntochter bestehenden Abführungsverbindlichkeit aus dem Organschaftsvertrag unmittelbar an die Konzernobergesellschaft fließen.

Soll die Transaktion während des Geschäftsjahres der Konzerntochter durchgeführt werden, ist zu beachten, daß der mit dem Anteilserwerb verbundene Wegfall der Organschaftsvoraussetzungen gemäß §§ 14 ff. KStG zur rückwirkenden Beendigung der Organschaft zu dem vorangegangenen Bilanzstichtag – und nicht zum Transaktionszeitpunkt – führen und der EAV damit den aus dem unterjährigen asset deal resultierenden Veräußerungsgewinn nicht mehr erfassen würde¹². Um dieses Ergebnis zu vermeiden, ist daher eine Änderung des Geschäftsjahres der Konzerntochter auf den Übertragungstichtag erforderlich (§ 7 Abs. 4 S. 3 KStG). Die hierzu erforderliche Zustimmung der Finanzverwaltung ist gemäß Abschn. 53 Abs. 3 S. 1 KStR zu erteilen. Die finanzielle Eingliederung der Organgesellschaft beim Veräußerer bis zum Ende des entstandenen Rumpfwirtschaftsjahres ist bei dieser Vorgehensweise gegeben¹³.

11 Vgl. UWE H. SCHNEIDER, „Kapitalmindernde Darlehen“ der GmbH an ihre Gesellschafter, FS Döllner, 1988, S. 537 ff., 543; OTTO, Handbuch des Kapitalanlagerechts, § 26 „Management Buy-Out“ Rn. 100, 106 m. w. N.

12 Vgl. § 14 Nr. 4 Satz 4 KStG.

13 Vgl. Abschn. 43 Abs. 2 Satz 3 KStR.

V. Beispiel 2: Nichtbestehen eines körperschaftsteuerlichen Organschaftsverhältnisses bei bestehender gewerbsteuerlicher Organschaft

Besteht kein Gewinnabführungsvertrag, werden in den hier angesprochenen Konzernstrukturen gleichwohl die an das Vorliegen einer gewerbsteuerlichen Organschaft zu stellenden Voraussetzungen in bezug auf Eingliederung und Organträgerereignis¹⁴ vorliegen, wovon im folgenden ausgegangen wird.

Auch soweit nur eine gewerbsteuerliche Organschaft (ohne Gewinnabführungsvertrag) vorliegt ist zu beachten, daß eine unterjährige Veräußerung der Anteile an der Tochtergesellschaft dazu führt, daß die steuerlichen Wirkungen des § 2 Abs. 2 S. 2 GewStG für das laufende Geschäftsjahr nicht eintreten, mit der unerwünschten Folge, daß die Zielgesellschaft selbst zum Steuerschuldner für die aus dem asset deal resultierende Gewerbesteuer wird¹⁵. Auch insoweit ist daher in bezug auf eine bestehende gewerbsteuerliche Organschaft mittels Geschäftsjahreswechsel ein Rumpfwirtschaftsjahr zu bilden.

Die Vereinnahmung des im Rahmen des asset deals gezahlten Kaufpreises und die Übernahme der daraus resultierenden Körperschaftsteuerverbindlichkeit bei der Konzernobergesellschaft kann unter Nutzbarmachung des körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahrens im Wege einer entsprechenden Gewinnausschüttung zum Geschäftsjahresende erreicht werden. Die Ausschüttung führt dazu, daß der gesamte, aus dem asset deal resultierende Veräußerungsgewinn von der Konzernmutter vereinnahmt und versteuert wird. Die Konzerntochter führt den insgesamt erzielten, körperschaftsteuerpflichtigen Veräußerungsgewinn dabei in Höhe der Ausschüttungsbetrag (30 %) und in Höhe der anfallenden Kapitalertragsteuer an das Finanzamt sowie im übrigen hinsichtlich des Restbetrages in Form der Nettodividende an die Konzernmutter ab, wobei in Höhe des ausgeschütteten Betrages der KSt-Minderung (§ 28 Abs. 6 KStG) eine Rückvergütung seitens des Finanzamtes erfolgt. Die Konzernmutter vereinnahmt den Veräußerungsgewinn einerseits in Form der Bardividende und andererseits in Form der vom Finanzamt aufgrund der Vorauszahlungen seitens der Konzerntochter zu vergütenden Kapitalertragsteuer- und Körperschaftsteuergutschriften.

Regelungsbedürftig sind bei Fehlen eines Ergebnisabführungsvertrages zwischen Veräußerer und Konzerntochter allerdings die Bestimmung der Höhe der Gewinnausschüttung sowie die Modalitäten der Durchführung. Soll die ertragswirksame Vereinnahmung des von der Zielgesellschaft aus der Vermögensveräußerung erzielten Gewinns bei der Konzernobergesellschaft noch während des gleichen Geschäftsjahres der Zielgesellschaft erfolgen, in dem die Veräußerung stattfindet, ist zu bedenken, daß im Ausschüttungszeitpunkt mangels Kenntnis der endgültigen Bilanz die konkrete Höhe des Ausschüttungsbetrages noch nicht genau feststeht. Handelt es sich bei der Zielgesellschaft um eine GmbH, wäre zwar im Prinzip eine Vorabauschüttung aus dem erwarteten Jahresüberschuß möglich. Da letzterer aber, auch zur Vermeidung einer unzulässigen Einlagenrückgewähr, vorsichtig zu schätzen ist, können

sich unvorhergesehene Differenzen zum tatsächlich erzielten Gewinn ergeben, die nachträglich nur über den Kaufpreis korrigierbar sind. Handelt es sich bei der Konzerntochter um eine Aktiengesellschaft, ist im übrigen eine Vorabauschüttung vor Ablauf des Geschäftsjahres von vornherein nicht möglich¹⁶.

Bei Geschäftsjahresidentität zwischen Konzernmutter und Zielgesellschaft wird es sich in einem solchen Fall empfehlen, von den durch die BGH-Rechtsprechung eröffneten Möglichkeiten der phasengleichen Bilanzierung von Ausschüttungsverbindlichkeit und Ausschüttungsforderung bei Zielgesellschaft und Konzernmutter auf der Grundlage eines nach Bilanzaufstellung im folgenden Geschäftsjahr gefaßten Ausschüttungsbeschlusses Gebrauch zu machen. Sofern der Ausschüttungsbeschuß nach Aufstellung der Bilanz für das abgelaufene Geschäftsjahr der Konzerntochter, aber noch vor Beendigung der Prüfung des Jahresabschlusses der Muttergesellschaft gefaßt wird, kann danach die Ausschüttungsforderung phasengleich mit Wirkung zum Ablauf des Geschäftsjahres der Muttergesellschaft gewinnerhöhend erfaßt werden¹⁷.

Für die hier diskutierte Akquisitionsgestaltung bedeutet dies, daß sich bei Fehlen eines Gewinnabführungsvertrages die Notwendigkeit ergeben kann, mindestens bis zum Tag der Fassung des Ausschüttungsbeschlusses auf der Grundlage der nach dem Abschlußstichtag erstellten Bilanz der Zielgesellschaft mit der Durchführung der Veräußerung der Zielgesellschaftsanteile zuzuwarten. Anders als bei Bestehen eines Ergebnisabführungsvertrages werden somit asset deal und share deal nicht immer „nahtlos“ hintereinandergeschaltet werden können. Die Sicherstellung der aus Veräußerersicht angestrebten Anteilsveräußerung kann während der sich auf ca. 3 bis 4 Monate belaufenden Interimsphase durch Einräumung entsprechender Andienungsrechte gegen die Erwerberin erfolgen.

VI. Zusammenfassung

Bei Konzern-spin offs von (inländischen) Tochtergesellschaften inländischer Konzernmütter lassen sich in Buy-Out-Fällen die einem – von den Finanzinvestoren in der Regel präferierten – asset deal aus Konzernsicht entgegenstehenden Hinderungsgründe zumeist durch Gestaltung der Akquisition mittels „umgekehrtem Kombinationsmodell“ überwinden. Die Aufspaltung der Akquisition in einen vorgeschalteten Erwerb des nicht stammkapitalgebundenen Vermögens der Zielgesellschaft und einen anschließenden Erwerb der Anteile zu einem Kaufpreis in Höhe des Nennwertes trägt einerseits den steuerlichen Interessen des Erwerbers an einer Abschreibung des (mittels Vermögenserwerb) für stille Reserven und Firmenwert gezahlten Kaufpreises und andererseits den (nichtsteuerlichen) Konzerninteressen an einer vollständigen Abgabe der Tochtergesellschaftsanteile und damit verbundener, nicht übertragbarer Verbindlichkeiten/Risiken (z. B. Pensionsverbindlichkeiten) gleichermaßen Rechnung.

¹⁴ Vgl. § 59 AktG.

¹⁷ Vgl. BGHZ 65, 230; BGH, DB 1994, 1868; diese BGH-Rechtsprechung ist durch den EuGH mit Urteil vom 27. 6. 1996 (DSiR 1996, 1093) bestätigt worden; die sich hieraus handelsrechtlich ergebenden Ergebnisauswirkungen sind auch steuerlich anzuerkennen, vgl. BMF, BStBl. I 1976, 679 Tz. 3; FinVerw., FR 1992, 181; BFH, BStBl. II 1989, 714 m. w. N.

¹⁴ Vgl. § 2 Abs. 2 GewStG; Abschn. 17 Abs. 1 GewStR.

¹⁵ Vgl. Abschn. 17 Abs. 3 GewStR.