

Mandanteninformation

Client Information

07 | 05 | 2020

■ M&A COVID-19 Telegramm

Heute erhalten Sie ein weiteres M&A-Update aus Anlass der COVID-19-Pandemie.

1. Staatliche Beihilfen

Wir halten unsere Übersicht „COVID-19 – Staatliche Hilfen für betroffene Unternehmen“ für Sie immer aktuell. Unser Update vom 5. Mai 2020 finden Sie unter [diesem Link](#).

2. Steuerrecht

a) FAQ Steuern

- Das Bundesfinanzministerium hat kürzlich FAQ zu den Steuererleichterungen aufgrund der COVID-19-Pandemie veröffentlicht. Steuerpflichtige erhalten so einen schnellen Überblick über die von der Finanzverwaltung beschlossenen Steuererleichterungen und deren Auffassung zur Anwendung bestimmten steuerlichen Regelungen während der Pandemie. Die FAQ finden Sie unter [diesem Link](#).
- Die FAQ geben momentan den Stand zum 30. April 2020 wieder und sollen laufend angepasst werden.
- Weiterführende Informationen sind auf der [Internetseite des BMF](#) zu finden.

■ M&A COVID-19 Wire

Today you will receive another M&A update due to the COVID-19 pandemic.

1. State Aid

We keep our overview "COVID-19 – State aid for affected companies" always up-to-date for you. You can find our update from 5 May 2020 under [this link](#).

2. German Tax Law

a) FAQ Tax

- The German Federal Ministry of Finance released FAQ on German tax relief measures due to the COVID-19 pandemic. Taxpayers are thus given a quick overview of tax relief measures adopted by the German tax authorities as well as their view on the application of certain tax provisions during the pandemic. You can find the FAQ [here](#) (in German).
- The FAQ reflecting the current status as of 30 April 2020 and are to be continuously updated.
- For further information see the [website of the German Federal Ministry of Finance](#) (in German).

b) **Erweiterte Rückwirkung auch für Einbringung in Kapitalgesellschaft und Formwechsel geplant**

- Ein am 6. Mai 2020 veröffentlichter Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Rückwirkung im Falle
 - der Einbringung von Betrieben (Sachgesamtheiten) oder Anteilen in eine Kapitalgesellschaft und
 - des Formwechsels einer Körperschaft in eine Personengesellschaft
 ebenfalls von bisher acht auf zwölf Monate verlängert wird. Umwandlungen könnten so mit einer Rückwirkung von bis zu zwölf Monaten steuerlich wirksam erfolgen.
- Bereits zuvor hat der Gesetzgeber die Rückwirkung einer Verschmelzung, Aufspaltung und Abspaltung von Kapitalgesellschaften auf maximal zwölf Monate verlängert.

Weiterführende Informationen:

- Den Gesetzesentwurf zur Umsetzung steuerlicher Hilfsmaßnahmen zur Bewältigung der COVID-19-Krise (Corona-Steuerhilfegesetz) vom 6. Mai 2020 finden Sie [unter diesem Link](#).
- Das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie vom 27. März 2020 finden Sie unter [diesem Link](#).

c) **Durchführung von Gewinnabführungsverträgen**

- Eine ertragsteuerliche Organschaft setzt u.a. voraus, dass der Gewinnabführungsvertrag zwischen Organträger und Organgesellschaft tatsächlich durchgeführt wird. Das umfasst die vereinbarte Erfüllung eines Anspruchs auf Verlustausgleich (oder Gewinnabführung). Die in der Praxis häufige Durchführung mittels
 - Umwandlung der Verlustausgleichsverpflichtung in ein Darlehen oder

b) **Extended Retrospective Effect also of Contributions to Corporations and Conversion into a Partnership Ahead**

- A draft bill published on 6 May 2020 provides for an extended period for the retroactive effect of
 - a contribution of businesses (aggregated assets) or shares to a corporation and
 - a conversion of a corporation into a partnership
 from eight to twelve months. This would enable reorganizations with a retroactive effect of up to twelve months for German tax purposes.
- This already applies to mergers and split ups as well as split offs of corporations.

For further information:

- The Draft Bill dated 6 May 2020 (in German) you can find [here](#).
- The “Law on Measures in Corporate, Cooperative, Association, Foundation and Property Ownership Law to combat the effects of the COVID-19 Pandemic” dated 27 March 2020 (in German) you can find [here](#).

c) **Profit and Loss Transfer Agreements**

- A tax group for German corporate and trade tax purposes requires that the profit and loss transfer agreement between the parent company and the subsidiary is duly executed. This includes that a loss compensation (or profit transfer) claim is generally settled in time. Taxpayers should be aware that the common practice of executing a loss compensation or profit transfer claim by
 - converting the compensation claim into a loan or

- Verrechnung derselben auf einem Cash Pool Konto

erfordert für die steuerliche Anerkennung, dass der Organträger tatsächlich in der Lage gewesen wäre, die Verluste der Organgesellschaft auszugleichen.

- Vor dem Hintergrund möglicher Liquiditätsengpässe durch die Pandemie ist hier erhöhte Vorsicht geboten, um eine (ggf. rückwirkende) Versagung der Organschaft zu vermeiden.

3. Home-Office: Betriebsstätten-Risiko?

- Werden Arbeitnehmer von in Deutschland steuerlich ansässigen Unternehmen aufgrund COVID-19 im ausländischen Home Office tätig, kann es zu einer Betriebsstätte sowohl nach ausländischem nationalem Recht als auch nach dem jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) kommen. Hieraus können u.a. umfangreiche Compliance-Pflichten (z.B. Registrierung, Gewinnabgrenzung, Abgabe Steuererklärungen etc.) in den betreffenden Staaten erwachsen. Wenn eine in Deutschland ansässige Personengesellschaft (z.B. GmbH & Co. KG) durch ein Home Office eine ausländische Betriebsstätte begründet, kann dies zur beschränkten Steuerpflicht der Gesellschafter im Ausland führen – ebenfalls mit entsprechenden ausländischen Compliance-Pflichten. Hieraus ergeben sich erhöhte Dokumentationsanforderungen zu den Hintergründen eines Home Office sowie der Aktivitäten dort, um die ggf. künftig erforderliche Abwehr von steuerlichen Anknüpfungspunkten in anderen Staaten zu unterstützen.
- In Abhängigkeit von der Dauer der Pandemie und der davon wiederum abhängigen Nutzung des Home Office sowie ggf. der Weisung des Arbeitgebers, im Home Office zu arbeiten, könnten insbesondere die Kriterien der gewissen Dauerhaftigkeit und die faktische Verfügungsmacht des Arbeitgebers über das Home Office zur Begründung einer Betriebsstätte führen. Mit Verweis auf die Ausführungen im OECD-Musterkommentar 2017 zu Art. 5, Rz. 18 f. (anwendbar auch auf ältere DBA) sieht bspw. das österreichische BMF (vgl. [EAS 3415](#)) unter gewissen Umständen im Home Office eine österreichische Betriebsstätte eines deutschen Unternehmens.

- offsetting it against cash pool accounts

requires for German tax purposes that the parent company would have been able to compensate the losses of its subsidiary.

- Against the background of potential liquidity shortages, parent companies should focus hereon to avoid the tax group becoming invalid (from the start of the tax group in the worst case).

3. Home Office: PE Risk?

- If due to COVID-19 employees of enterprises being tax resident in Germany work from their home office located abroad, a permanent establishment (“PE”) could be established their pursuant to both foreign domestic law and the respective Double Tax Treaty (“DTT”). The enterprise would then become subject to compliance obligations (e.g., registration, delimitation of income, filing of tax returns, etc.) in the PE country. If as a German resident partnership purposes (e.g., GmbH & Co. KG) establishes a foreign PE by a home office, its partners could become liable to limited taxation in the PE country and subject to compliance obligations (see above) in this state. Hence, comprehensive documentation in relation to the reasons and the activities in a respective home office to support arguments against a PE in future disputes with the tax authorities abroad to mitigate tax liability in such other country.
- Depending on the duration of the pandemic, the use of a home office and, if applicable, the instructions given by the employer to work in a home office, could result in the establishment of a PE, particularly, if the criteria of a certain durability and the *de facto power* of effective control of the employer regarding the home office are met. With reference to the Commentaries on art. 5 of the 2017 OECD Model Tax Convention, margin no. 18 f. (also applicable to DTT in existence before 2017), for instance, the Austrian Ministry of Finance (see [EAS 3415](#)) considers a home office of an employee of a German company as a PE under certain circumstances.

- Zwar hat die [OECD mit Schreiben vom 3. April 2020](#) ihre Interpretation hierzu insoweit konkretisiert, dass Anordnungen von Staatsregierungen aufgrund COVID-19 als höhere Gewalt gelten sollten. Soweit es jedoch aus medizinischen Gründen (ohne entsprechende staatliche Anordnung) geboten erscheint, Arbeitnehmer auch ohne behördliche Anordnung im Home Office zu beschäftigen, ist das Risiko einer Betriebsstätte dennoch gegeben. Der OECD-Musterkommentar entfaltet i.d.R. keine rechtliche Bindungswirkung und lässt Interpretationsspielräume für Einzelstaaten. Daher sollte durch die Unternehmen dokumentiert werden, welche Gründe für das zwingende Erfordernis einer Tätigkeit im Home Office sprechen und nach dem jeweiligen Landesrecht die Voraussetzungen der Begründung einer Home Office Betriebsstätte prüfen.
- Aus deutscher Sicht ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung eine Tendenz hin zur faktischen Verfügungsmacht über die Räumlichkeiten eines Dritten erkennen lässt (vgl. bspw. FG Berlin-Brandenburg, Urteil v. 21. November 2019, Az. 9 K 11108/17, anhängig beim BFH, Az. I R 10/20).
- Auch sog. ständige Vertreter bzw. Vertreterbetriebsstätten können aus einem Home Office resultieren. Hierfür ist eine gewöhnlich ausgeübte Abschlussvollmacht wesentlich, die auch bei GmbH-Geschäftsführern gegeben sein kann. Auch hier muss aus Sicht der [OECD](#) eine gewisse Dauerhaftigkeit gegeben sein, jedoch ist dieses Kriterium unterschiedlichen Auslegungen einzelner Staaten zugänglich.
- According to its [analysis of tax treaties dated 3 April 2020](#), the OECD clarified its previous interpretation and stated that government directives should be considered as force majeure and not an enterprise requirement. However, insofar as it appears required for medical reasons to send employees in their home office even without such governmental directive, the PE risk would be given. The Commentaries on the OECD Model Tax Convention usually has no legal binding effect, i.e., it leaves margin for interpretation by individual states. Therefore, the companies should record the reasons for the mandatory requirement of activities in a home office and check the conditions for the establishments of a PE according to the respective domestic law.
- From a German point of view, it must be taken into account that the case law shows a tendency towards the de facto power of disposal over the premises of a third party (see, e.g., Fiscal Court of Berlin-Brandenburg, judgment of 21 November 2019, 9 K 11108/17, pending at Federal Fiscal Court, Az. IR 10/20).
- Employees that habitually conclude or broker contracts on behalf of an enterprise (including directors a limited corporation) could also trigger a dependent agent PE (permanent representative) of such enterprise in their respective home country. According to the [OECD](#), for activities being “habitual”, a certain degree of permanency is required, which is accessible to different interpretations of the respective country.

4. Reiserestriktionen: Steuerliche Ansässigkeit von Körperschaften

- Eine Körperschaft mit Geschäftsleitung in Deutschland ist unbeschränkt und damit mit ihrem Welteinkommen steuerpflichtig. Ist es aufgrund von Reisebeschränkungen erforderlich, dass Mitglieder der Geschäftsleitung einer ausländischen Gesellschaft (soweit aus deutscher Sicht als Körperschaft einzuordnen) in Deutschland Entscheidungen (grundsätzliche Willensbildung) treffen, kann dies zu einer Geschäftsleitungsbetriebsstätte und somit einer unbeschränkten Steuerpflicht der Gesellschaft in Deutschland führen. Dies führt u.a. zu umfangreichen steuerlichen Compliance-Pflichten.

4. Travel restrictions: Tax residency of corporations

- A corporation with management located in Germany is tax resident here and, therefore, its worldwide income is subject to German taxation. If, due to travel restrictions, members of the board of a foreign enterprise (being classified as a corporation from the German tax perspective) perform their board decisions in Germany, a management PE could be established. This should give rise to a (second) tax residency of the enterprise, i.e., in Germany. Amongst other things, the enterprise would then (also) become subject to extensive compliance obligations. Furthermore, this could result in the loss of potential tax advantages provided

Auch können hierdurch steuerliche Vorteile des ausländischen Rechts, die an den Ort der Geschäftsleitung anknüpfen (z.B. Gruppenbesteuerung) verloren gehen. Darüber hinaus können durch nationale Entstrickungsnormen aufgrund Verlagerung des Orts der Geschäftsleitung massive Liquiditätsbelastungen auftreten (ebenso bei einer späteren Rückverlagerung einer Geschäftsleitung ins Ausland). Wird die Verlagerung ggf. erst im Rahmen einer künftigen Betriebsprüfung bekannt, drohen u.U. steuerstrafrechtliche Konsequenzen.

- Zudem ergibt sich das Risiko einer Doppelbesteuerung durch doppelte Ansässigkeit. Abkommensrechtlich soll dem durch ein (zeitintensives) Verständigungsverfahren zwischen den beteiligten Staaten abgeholfen werden. Ohne ein solches Verfahren wird dem Unternehmen nach Art. 4 Abs. 3 OECD-MA (sog. Tie-breaker-rule) jedoch der Zugang zu Abkommensvorteilen verwehrt.
 - Das Risiko, dass durch Verlagerung (insb. bei im Ausland ansässigen Holdinggesellschaften) Substanzanforderungen nicht eingehalten werden, kann ebenfalls zu deutlichen steuerlichen Verwerfungen bei in Deutschland ansässigen Gesellschaftern führen.
 - Die Bestimmung des Orts der Geschäftsleitung ist Tatfrage, d.h. es kommt nicht auf den Grund der Ortswahl an. Zur Reduzierung des Risikos einer Betriebsstätte sollten Sitzungen der Geschäftsleitung – soweit gesellschaftsrechtlich und faktisch möglich – entweder aufgeschoben werden oder die einzelnen Entscheidungsbefugnisse (temporär) auf im ausländischen Staat ansässige Personen übertragen werden, die diese nachweislich dort wahrnehmen. Ein für die Übertragung der Befugnisse ggf. erforderlicher einmaliger gemeinsamer Beschluss, der bspw. per Videokonferenz gefasst wird, sollte ebenfalls sorgfältig dokumentiert werden, um das Risiko eines Wechsels des Orts der Geschäftsleitung zu reduzieren.
 - Bislang hat sich die deutsche Finanzverwaltung hierzu – auch nicht in deren [FAQ „Corona“](#) – leider nicht geäußert.
- by the foreign domestic law and linked to the effective place of management (e.g., group taxation). In addition, due to the relocation of the place of effective management, a massive liquidity burden could arise due to exit taxation provisions (similarly at the time of a later relocation of such management PE abroad). If such relocation is detected in a future tax audit, there might also be the risk of criminal proceedings.
- There is also the risk of double taxation due to double residency. According to art. 4 para 3 of the OECD Model Tax Convention (so-called tie-breaker rule), this could be remedied through a (time-consuming) mutual agreement procedure between the participating countries. Without conducting such procedure, however, the company is denied access to the benefits of the DTC.
 - The risk that substance requirements will not be met due to the relocation of the place of effective management (especially in the case of holding companies based abroad) may also result in significant tax distortions among shareholders based in Germany.
 - The determination of the place of effective management is a factual matter. In order to reduce the PE risk, as far as factually as well as under company law possible, board meetings should either be postponed or the individual decision-making powers may be (temporarily) transferred to persons who are resident in the foreign country who need to demonstrate that they do so. A joint decision that may be required for the transfer of powers, taken e.g., by video conference, should also be documented carefully in order to reduce the risk of a change of the place of effective management.
 - So far, the German tax authorities have not commented on this – not even in their [FAQ „Corona“](#).

Haben Sie weitere Fragen? Kontaktieren Sie uns: If you have further questions, please contact us:

Ralf Bergjan – ralf.bergjan@pplaw.com

Nico Fischer – nico.fischer@pplaw.com

Tobias Jäger – tobias.jaeger@pplaw.com

Marco Ottenwälder – marco.ottenwaelder@pplaw.com

Jasmin Wagner – jasmin.wagner@pplaw.com

Benjamin Aldegarmann – benjamin.aldegarmann@pplaw.com

Nemanja Burgic – nemanja.burgic@pplaw.com

Michaela Lenk – michaela.lenk@pplaw.com

Matthias Meier – matthias.meier@pplaw.com

Stefan Weinberger – stefan.weinberger@pplaw.com

Über P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners ist mit mehr als 140 Anwälten und Steuerberatern an den Standorten Berlin, Frankfurt und München tätig. Die Sozietät konzentriert sich auf High-End Transaktions- und Vermögensberatung.

P+P-Partner begleiten regelmäßig M&A-, Private Equity- und Immobilientransaktionen aller Größen. P+P Pöllath + Partners hat sich darüber hinaus eine führende Marktposition bei der Strukturierung von Private Equity- und Real Estate-Fonds sowie in der steuerlichen Beratung erarbeitet und genießt einen hervorragenden Ruf im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie in der Vermögens- und Nachfolgeplanung für Familienunternehmen und vermögende Privatpersonen.

P+P-Partner sind als Mitglieder in Aufsichts- und Beiräten bekannter Unternehmen tätig und sind regelmäßig in nationalen und internationalen Rankings als führende Experten in ihren jeweiligen Fachgebieten gelistet. Weitere Informationen finden Sie auf unserer Internetseite www.pplaw.com.

About P+P Pöllath + Partners

P+P Pöllath + Partners is an internationally operating law firm, whose more than 140 lawyers and tax advisors in Berlin, Frankfurt and Munich provide high-end legal and tax advice.

The firm focuses on transactional advice and asset management. P+P partners regularly advise on corporate/M&A, private equity and real estate transactions of all sizes. P+P has achieved a leading market position in the structuring of private equity and real estate funds and tax advice and enjoys an excellent reputation in corporate matters as well as in asset and succession planning for family businesses and high net worth individuals.

P+P partners serve as members of supervisory and advisory boards of known companies. They are regularly listed in domestic and international rankings as the leading experts in their respective areas of expertise. For more information please visit our website www.pplaw.com.