

# Unternehmenskauf in Krise und Insolvenz

Köln, 19. April 2018

**Andreas Ziegenhagen, Dentons**  
Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

**Stefan Denkhaus, BRL Boege Rohde Luebbehuesen**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht



# Inhalt

- I. Phasen für den Unternehmenskauf in der Krise / Insolvenz**
- II. Ausgewählte Problemstellungen und Sonderfälle
- III. Betriebsübergang gemäß § 613a BGB
- IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte
- V. Unternehmensverkauf aus der Insolvenz
- VI. Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S6
- VII. Grundlagen der Unternehmensbewertung

# I. Ausgangssituation einer Unternehmenskrise

Drohende Fälligkeit des Darlehens in der Krise (“Event of Default”)

Wirtschaftlich ist der Wert des Unternehmens geringer als die valutierende Bankfinanzierung → Anteile der Gesellschafter sowie nachrangige Ansprüche sind wirtschaftlich wertlos

- Restrukturierungsoptionen für Kreditgeber einer inländischen Finanzierung (neben Verkauf der Forderung):
  - A. Konsensuale Restrukturierung mit Gesellschafter und Mezzanine, z.B. doppelnutzige Treuhand
  - B. Anteilsversteigerung der Holding oder der einzelnen OpCo-Anteile durch Pfandrechtsgläubiger
  - C. Holdinginsolvenz mit freihändiger Veräußerung der OpCo-Anteile
  - D. Insolvenz der Unternehmensgruppe
    - ▶ Insolvenzplanverfahren
    - ▶ Übertragende Sanierung

# I. Ausgangssituation einer Unternehmenskrise

- Insolvenz – zumindest etwaiger OpCo-Gesellschaften – soll regelmäßig zwecks Erhaltung des „Going Concern“ Unternehmenswertes und bestmöglicher Gläubigerbefriedigung vermieden werden
- Gesellschafter haben wirtschaftlich nichts mehr zu verlieren und drohen mit der Insolvenz, um für sich im Rahmen der konsensualen Restrukturierung wirtschaftliche Vorteile zu realisieren
- Wirtschaftliche Situation ungesicherter nachrangiger Gläubiger (z.B. Mezzanine etc.) vergleichbar – aber vorrangig vor Gesellschafter
- Im Rahmen der Insolvenz und der Regelabwicklung mit Sicherheitenverwertung werden für die Gläubiger regelmäßig schlechtere Befriedigungsquoten realisiert
- Drohszenario der Insolvenz führt teilweise zu erheblichen Zugeständnissen an Gesellschafter und Mezzanine → zusätzlich etwaige obstruierende Minderheitsgläubiger (vgl. Scheme of Arrangement bei Rodenstock)

# I. Abwicklungsoptionen des Unternehmenskaufs aus der Krise/Insolvenz, Rn. 3 ff.

## Mögliche Vertragsgestaltungen

Der Kaufvertrag kann konzipiert werden als ...

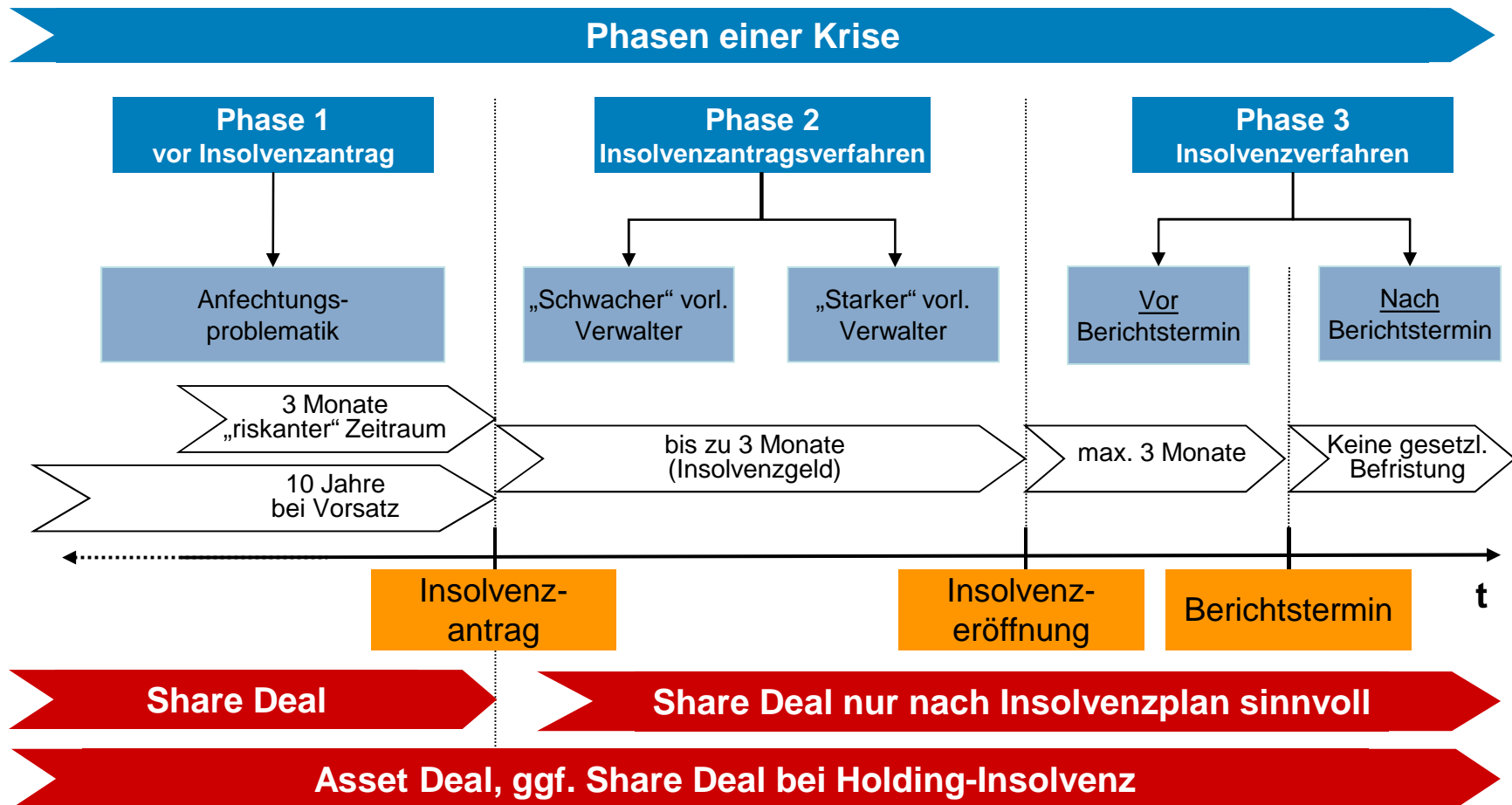
### „Asset Deal“

- Erwerb sämtlicher geschäftsbedeutsamer Vermögenswerte und Option zur Übernahme von Rechtsverhältnissen mit Dritten
- Einzelübertragung
- Regelfall

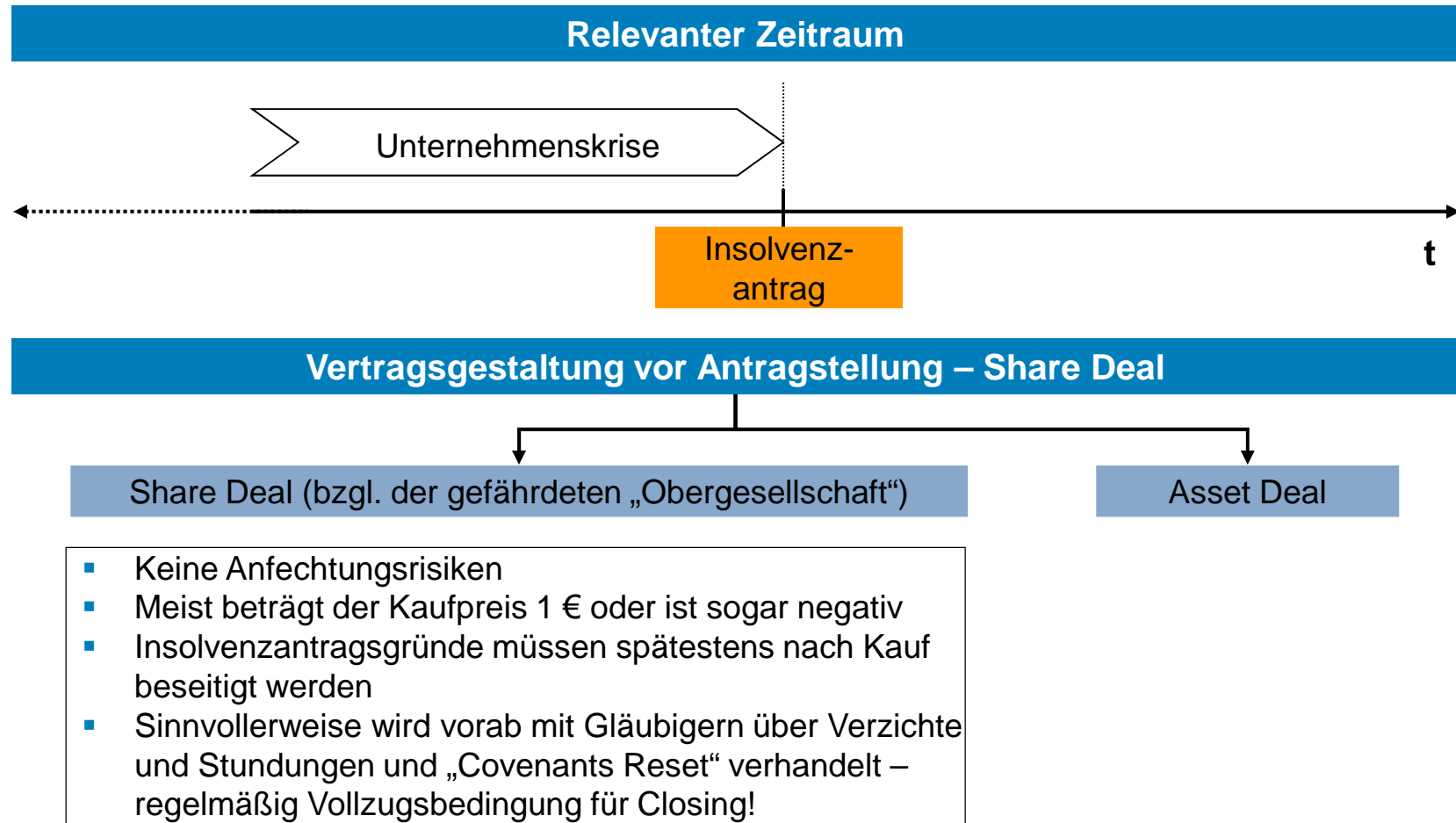
### „Share Deal“

- Erwerb sämtlicher Geschäftsanteile
  - Ggf. Teilerwerb nach „Ausgliederung“ von Unternehmensanteilen durch Verwalter
  - Dadurch in der Regel niedriger Kaufpreis
- Ausnahme: Beteiligung an einer nicht insolventen Tochtergesellschaft

# I. Drei mögliche Phasen für einen Asset/Share Deal, Rn. 17 ff.



# I. Phase 1: Unternehmenskauf vor Insolvenzantragstellung – Share Deal, Rn. 25 ff.



# I. Phase 1: Unternehmenskauf vor Insolvenzantragstellung – Share Deal

## M&A-Prozess aus der doppelnutzigen Treuhand

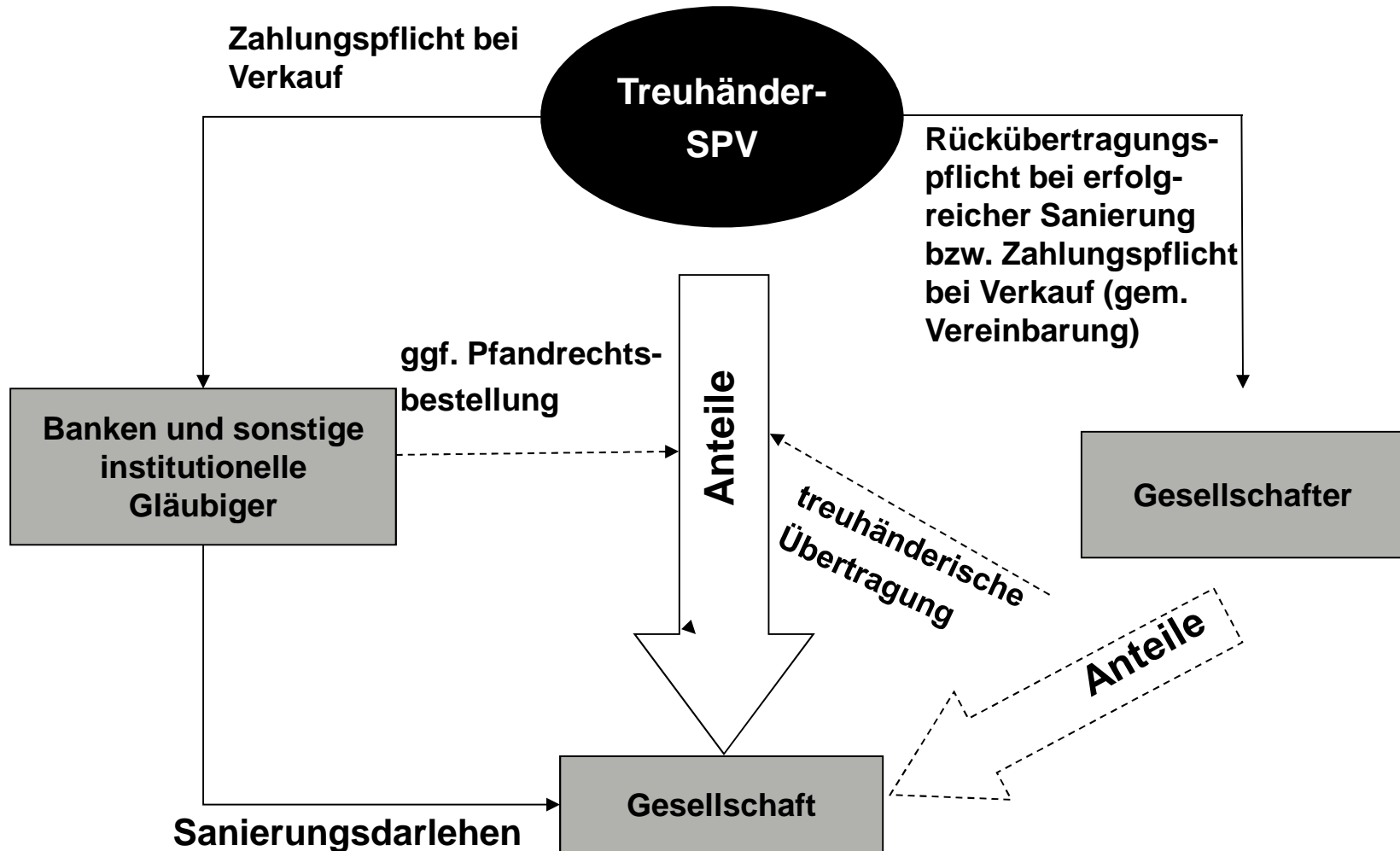
### Die doppelnutzige Verkaufstreuhand

- ▶ Rückführung der Darlehen soll von Anfang an durch Veräußerung der Gesellschaftsanteile an einen Investor erfolgen
- ▶ Veräußerung durch Treuhänder wird durch unwiderruflichen Verwertungsauftrag des Treuhänders legitimiert
- ▶ Treuhand dient vorwiegend der Sicherstellung der Verkaufsfähigkeit der Anteile und Umsetzung eines strukturierten Veräußerungsprozesses
- ▶ Verwertungsauftrag enthält oft bestimmte Zielvorgaben (z.B. Mindestkaufpreis, Ausschluss oder Begrenzung der Kaufinteressenten, Alternativszenarien wie Joint Venture o.ä.)
- ▶ Rückübertragungspflicht der Anteile nur für den Fall, dass Gesellschafter selbst ablösen können



# I. Phase 1: Unternehmenskauf vor Insolvenzantragstellung – Share Deal

## Das doppelnützige Treuhandmodell im Überblick



# I. Phase 1: Unternehmenskauf vor Insolvenzantragstellung – Share Deal

## M&A-Prozess aus der doppelnutzigen Treuhand

- Treuhandvertrag verpflichtet Treuhänder zur Durchführung eines strukturierten kompetitiven Investoren-Prozesses zur Erzielung eines bestmöglichen Verwertungserlöses (Ausschöpfung des M&A-Marktes ist regelmäßig sicherzustellen)
- Treuhandvertrag gewährt hohe Flexibilität bei Ausgestaltung des Verfahrens im Einzelnen
- Beauftragung des M&A-Beraters, nach Einbindung der finanzierenden Banken sowie des Verwaltungstreugebers durch Teilnahme an Präsentationen der eingeladenen Bewerber
- Interesse der Gesellschafter an Aufnahme eines Finanzinvestors
- Interesse der finanzierenden Banken an Eigenkapitalerhöhung, Umsetzung des Sanierungskonzepts, teilweise auch vorrangig an vollständiger Ablösung

# I. Phase 1: Unternehmenskauf vor Insolvenzantragstellung – Share Deal

## M&A-Prozess aus der doppelnützigen Treuhand – Schlüsselfragen

- Timing des M&A-Prozesses
- Bisherige Sondierungsgespräche/bereits vorliegende Interessenbekundungen
- Vertraulichkeit des Prozesses – Ausschluss von Konkurrenzunternehmen?
- Financial Vendor Due Diligence zwecks Sicherstellung der Plausibilität und Detaillierungsgrad der Geschäftsplanung inklusive Darstellung der Vergangenheit mit Bereinigung von Sondereffekten (außerordentliche Abschreibungen, sonstige Einmaleffekte etc.)
- Verfügbarkeit der Informationen im Rahmen der Due Diligence
- Umsetzung von Sanierungsmaßnahmen während der Treuhand – Verkauf von “Non-Core”-Bereichen

# I. Phase 1: Unternehmenskauf vor Insolvenzantragstellung – Share Deal

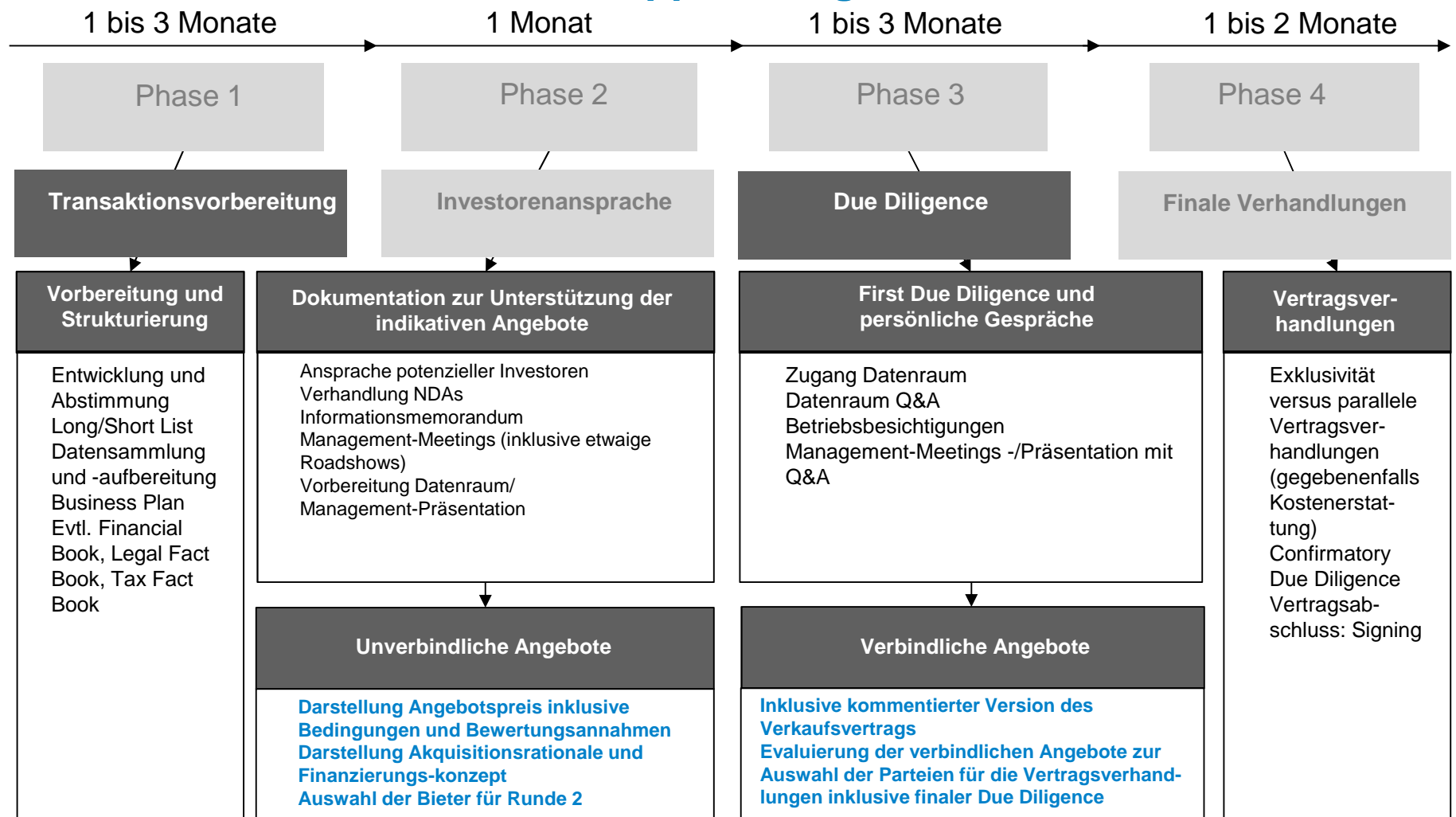
## M&A-Prozess aus der doppelnutzigen Treuhand – Ablauf

Normalität des formalen Rahmens wie bei non-distressed Verkaufsprozess

- ▶ Ausgangspunkt: Vorliegen der im Treuhandvertrag vorgesehenen Voraussetzungen
- ▶ Auswahl M&A-Berater
- ▶ Information Memorandum/NDA's
- ▶ Aufbau Datenraum
- ▶ Financial und Legal Fact Books, Prozessbrief(e)
- ▶ Einholen und Bewertung von Indicative Offers
- ▶ Due Diligence ausgewählter Interessenten
- ▶ Management-Meetings und -Präsentation
- ▶ Confirmatory Offers
- ▶ Vertragsverhandlungen/Exklusivität
- ▶ Signing
- ▶ Closing

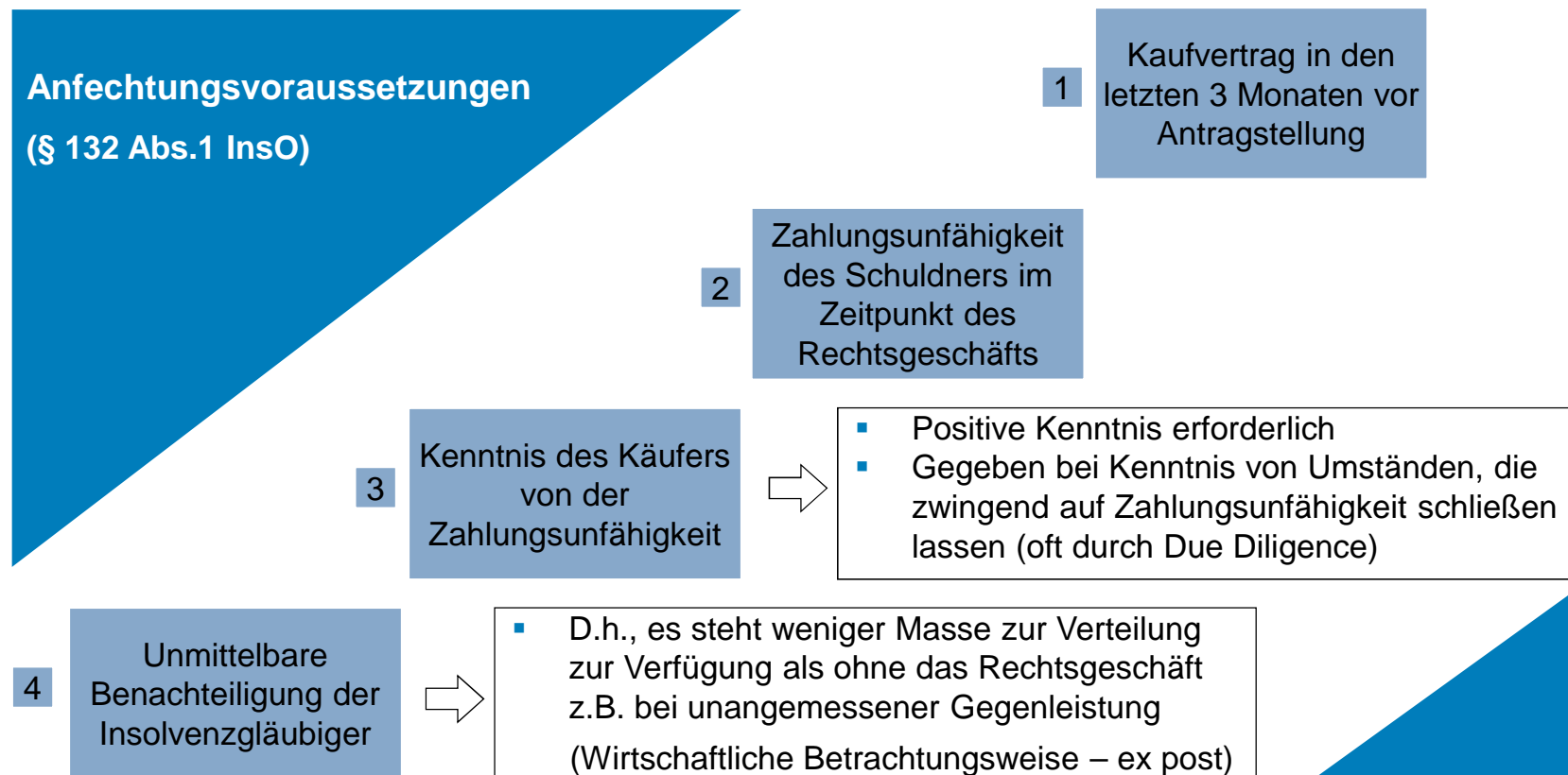
# I. Phase 1: Unternehmenskauf vor Insolvenzantragstellung – Share Deal

## M&A-Prozess aus der doppelnutzigen Treuhand – Phasen



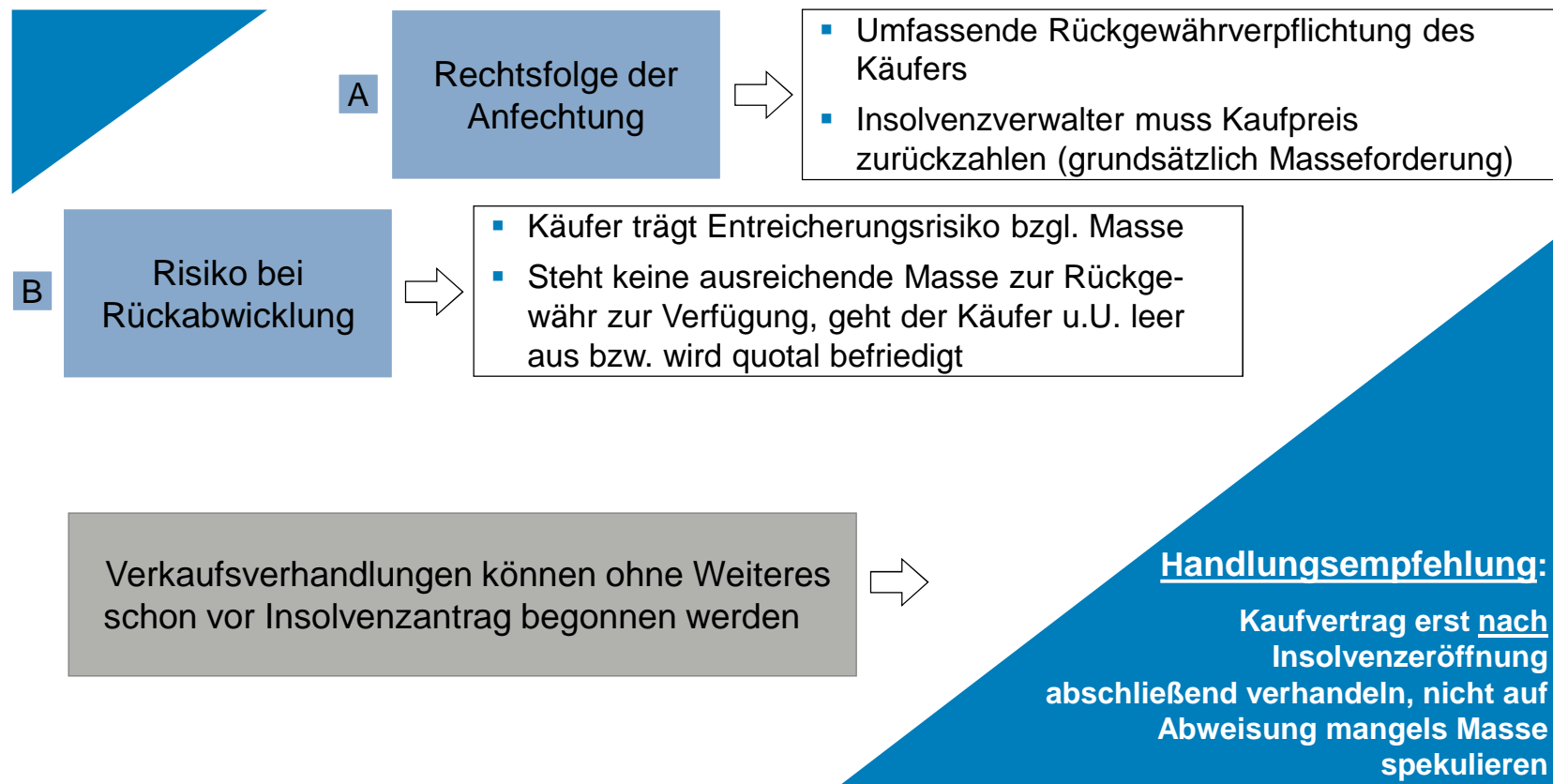
# I. Phase 1: Unternehmenskauf vor Insolvenzantragstellung – Asset Deal/Share Deal für Tochtergesellschaft, Rn. 45

## Anfechtungsrisiken bei einem Asset Deal – Voraussetzungen



# I. Phase 1: Unternehmenskauf vor Insolvenzantragstellung – Asset Deal/Share Deal für Tochtergesellschaft

## Anfechtungsrisiken bei einem Asset Deal – Folgen

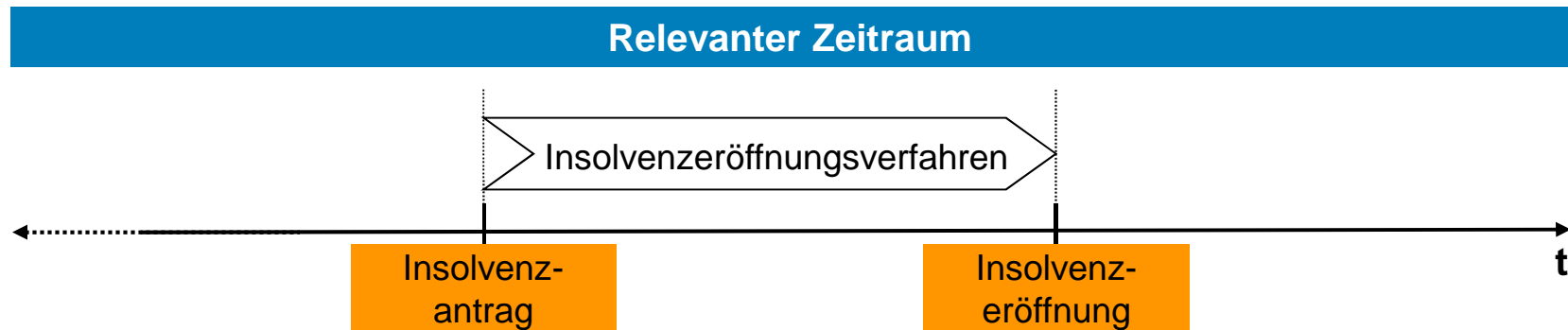


# I. Phase 1: Weitere Risiken beim Unternehmenskauf (Asset Deal) vor Insolvenzantragstellung, Rn. 71 ff.

- Haftung für Steuerverbindlichkeiten gemäß § 75 AO auch bei Asset Deal
- Haftung für Verbindlichkeiten gemäß § 25 HGB
- Hohes Haftungsrisiko gemäß § 613a BGB, auch für Verbindlichkeiten aus Insolvenzgeld gegenüber der Bundesagentur für Arbeit
- Der „Sportsgeist“ des Insolvenzverwalters ist geweckt
  - ▶ Anfechtungsrisiko – § 132 InsO + Verfügungen gem. §§ 129,130 InsO
  - ▶ Erfüllungswahlrecht des § 103 InsO bei beiderseits nicht vollständiger Vertragserfüllung (offene Vollzugsbedingungen des Kaufvertrages!) – nach umstrittener überwiegender Auffassung auch etwaige Nebenpflichten beachtlich im Rahmen des § 103 InsO, Rn. 27 ff.

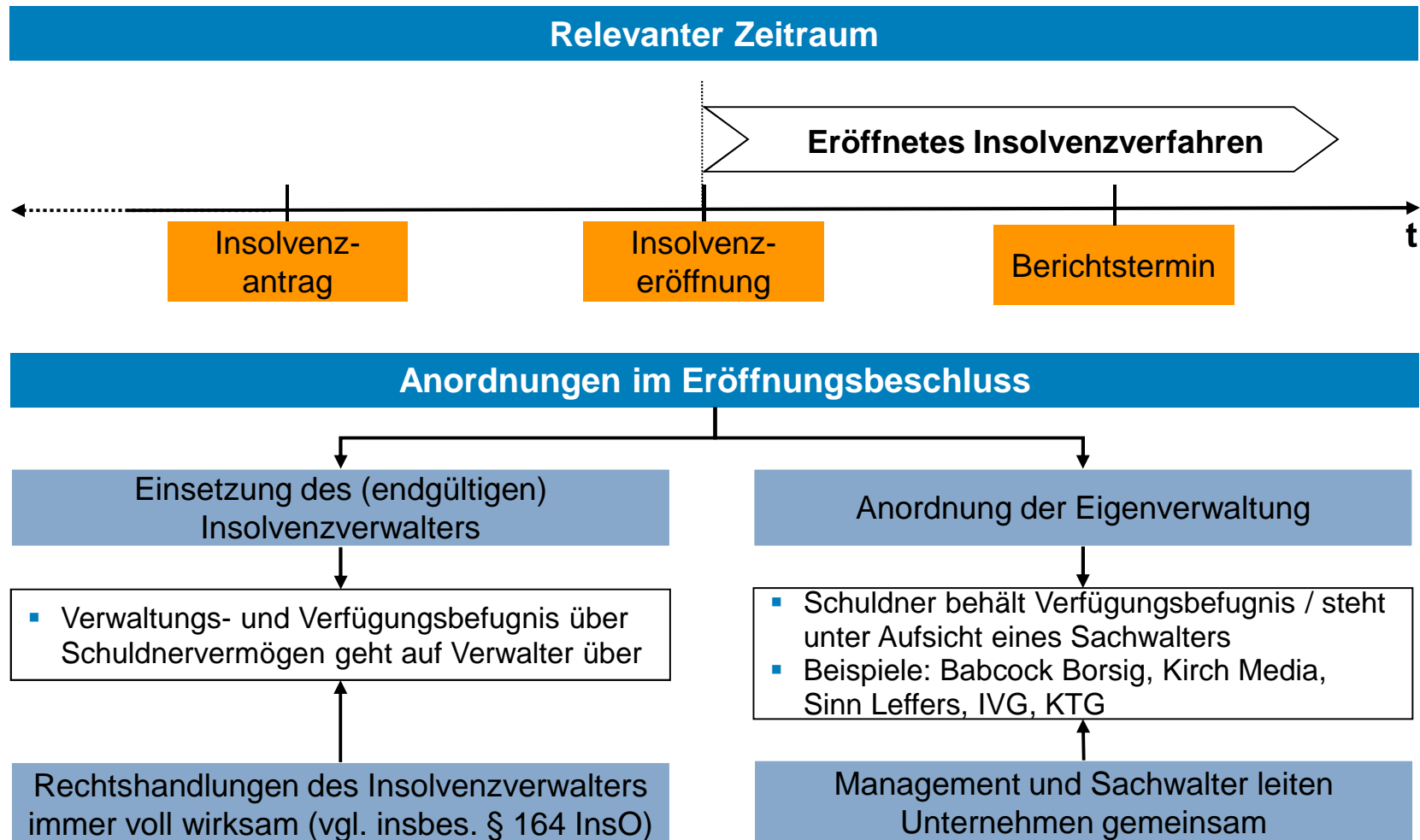


## I. Phase 2: Unternehmenskauf im Insolvenzeröffnungsverfahren, Rn. 85 ff.



- Risiken nahezu identisch im Vergleich zum Kauf vor Insolvenzantragstellung
- Befugnisse des vorläufigen Insolvenzverwalters müssen beachtet werden, da auch bei Mitwirkung des vorläufigen Insolvenzverwalters nach Eröffnung die Anfechtung durch den personenidentischen (!) Insolvenzverwalter erfolgen kann
- Nur bei besonderen Konstellationen zu empfehlen, z. B. bloßer Erwerb des Warenlagers/Auftragsbestandes

# I. Phase 3: Unternehmenskauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens, Rn. 115 ff.



# I. Phase 3: Unternehmenskauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

## Strukturierter M&A-Prozess

Option 1: Insolvenzplanverfahren

Option 2: Übertragende Sanierung

Offener, transparenter und strukturierter M&A-Prozess für Investoren mit klaren zeitlichen Vorgaben ⇒ Auswahl der Optionen unter dem Aspekt der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung

# I. Phase 3: Unternehmenskauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

## Verfahrensalternativen

Insolvenzplanverfahren, Rn. 134 ff.

- Investor übernimmt Anteile an der Gesellschaft durch Übertragung von alten Anteilen oder durch Ausgabe neuer Anteile im Rahmen einer Kapitalerhöhung
- Regelmäßig Verdrängung der Altgesellschafter durch vorherige Kapitalherabsetzung auf null
- Finanzielle Restrukturierung der Passiva der Gesellschaft durch den Insolvenzplan
- Insolvenzgläubiger erhalten Planquote
- „Fresh money“ vom Investor für Erhöhung der Planquote sowie für die operative Restrukturierung der Gesellschaft

Übertragende Sanierung, Rn. 179 ff.

- Erwerb der wesentlichen Vermögenswerte der insolventen Gesellschaft durch Investor
- Keine Übernahme von Verbindlichkeiten der Gesellschaft, da diese bei dem insolventen Rechtsträger verbleiben
- Insolvenzgläubiger erhalten Insolvenzquote aus dem verbleibenden Kaufpreis -> Liquidation des insolventen Rechtsträgers (§ 200 InsO)
- Investor muss den Kaufpreis sowie die operative Restrukturierung der Gesellschaft selbst finanzieren

# I. Phase 3: Unternehmenskauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens – Vorteile im Rahmen des Asset Deals („übertragende Sanierung“)

## Haftung für Altverbindlichkeiten beim insolvenzbehafteten Unternehmenskauf

- Haftungsausschluss für Altverbindlichkeiten, die vor Verfahrenseröffnung begründet wurden bei Kauf (Asset Deal) nach Eröffnung, v. a.:
  - ➔ für Altforderungen aus Arbeitsverhältnissen (§ 613a BGB)
  - ➔ für die Haftung auf Grund der Firmenfortführung (§ 25 HGB)
  - ➔ für Steuerverbindlichkeiten (§ 75 Abs.2 AO)

Begründung: Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung

# I. Phase 3: Unternehmenskauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Thema	Insolvenzplan	Übertragende Sanierung (Asset Deal)
<b>Gesetzliche Regelung:</b>	§§ 217 ff. InsO	Allg. Zivilrecht (u.a. § 613a BGB), §§ 128, 160–164 InsO
<b>Inhalt:</b>	Weitgehende Gestaltungsfreiheit: bspw. Debt-Equity Swap, Anteilsübertragung oder Kapitalherabsetzung/-erhöhung, Rechtsformwechsel, Sanierung des insolventen Rechtsträgers und Beendigung des Insolvenzverfahrens	(Teil-)Unternehmenskaufvertrag inkl. arbeitsrechtlicher Regelungen, jedoch keine Sanierung des insolventen Rechtsträgers, daher auch keine unmittelbare Beendigung des Insolvenzverfahrens
<b>Zeitaufwand/-schiene:</b>	Abhängig vom Umfang, üblicherweise min. 2–4 Monate Planerstellung zzgl. 6–8 Wochen Stellungnahme- und Ladungsfristen (§§ 231 Abs. 1 Satz 2, 232 Abs. 3, 235 Abs. 1, 236 InsO) zzgl. Dauer bis zur Rechtskraft des Planbestätigungsbeschlusses (§ 253 InsO)	Grds. kurzfristig verhandelbar und nach Verfahrenseröffnung umsetzbar

# I. Phase 3: Unternehmenskauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Thema	Insolvenzplan	Übertragende Sanierung (Asset Deal)
<b>Zustimmungs- erfordernis:</b>	Zustimmung der Gläubiger zwingend erforderlich (§ 244 InsO), Zustimmungsfiktion durch Obstruktionsverbot (§ 245 InsO), Möglichkeit der Gruppenbildung – bei Abstimmung in Gruppen ist die Kopf- und Summenmehrheit der jeweiligen Gruppe entscheidend (§ 244 Abs. 1 InsO) – Gestaltungsfreiheit der Gruppenbildung i.R.d. § 222 Abs. 2 InsO → Summenmehrheit der »normalen« Gläubigerversammlung kann durch Gestaltung nicht erforderlich sein	Grds. in der Außenwirkung zustimmungsfrei (vgl. § 164 InsO) – i.d.R. wird Zustimmungsvorbehalt der Gläubigerversammlung vereinbart (§§ 160 ff. InsO) – bei Abstimmung der GL-Versammlung ist Summenmehrheit erforderlich (keine Gruppenbildung!) (§ 76 Abs. 2 InsO), bei GA-Beschlüssen die einfache Kopfmehrheit i.S.d. § 72 InsO
<b>Arbeitsrechtliche Gestaltung:</b>	Insolvenzarbeitsrecht §§ 113, 120 ff. InsO anwendbar, kein Betriebsübergang	Insolvenzarbeitsrecht §§ 113, 120 ff. InsO und durch Rechtsprechung geschaffene Gestaltung zum Betriebsübergang gemäß § 613a BGB (Veräußererkündigung auf Grundlage eines Erwerberkonzeptes; Transfergesellschaft) anwendbar

# I. Phase 3: Unternehmenskauf nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens

Thema	Insolvenzplan	Übertragende Sanierung (Asset Deal)
<b>Steuerrecht</b>	Schuldner bleibt als Steuersubjekt erhalten; Sanierungsgewinn durch Verzicht gemäß Insolvenzplan (Mindestbesteuerung!) → aber: ggf. Billigkeitsmaßnahme im Einzelfall (vormals Sanierungserlass)	Unternehmenskäufer ist/wird neues Steuersubjekt, kein Sanierungsgewinn
<b>Kosten:</b>	Wegen regelmäßig längerer Betriebsfortführung und Komplexität der Insolvenzplanerstellung sind erhebliche Erhöhungsfaktoren bei der Insolvenzverwaltervergütung (oder Sachwalter + Berater) begründet.	Übertragende Sanierung begründet regelmäßig niedrigeren Erhöhungsfaktor der Vergütung des Insolvenzverwalters als die Insolvenzplanerstellung, aber: lang andauerndes Regelverfahren verursacht üblicherweise höhere Verfahrenskosten als zügige Insolvenzplansanierung
<b>Geeignet zur:</b>	Umsetzung komplexer rechtlicher Gestaltungen und/oder zeitnaher Beendigung des Insolvenzverfahrens	zeitnahe Rettung des operativen (Teil-) Betriebs und der damit verbundenen Arbeitsplätze, Aufarbeitung Sonderaktiva nach Verkauf



# I. Phase 3: Unternehmenskauf im Insolvenzplanverfahren

- Insolvenzplan = Vertrag zwischen Insolvenzschuldner und Gläubigern
  - ▶ Beachte: Vor ESUG keine gesetzlichen Möglichkeiten, die Gesellschafter zu beteiligen ⇒ mögliche Probleme bei Share Deal (insbes. Debt-Equity-Swap)
    - Seit 1. März 2012 durch Inkrafttreten des ESUG geändert
- gleiche Gestaltungsmöglichkeiten wie im normalen Insolvenzverfahren
  - ▶ Wahlrecht nach § 103 InsO
  - ▶ Sonderregelungen hinsichtlich Kündigungsrechten nach §§ 102 ff. InsO (insbesondere § 109 InsO ⇒ Kündigung von Mietverträgen)
  - ▶ Lösung von wirtschaftlich nachteiligen Dauerschuldverhältnissen bzw. Aufträgen möglich!

# I. Phase 3: Unternehmenskauf im Insolvenzplanverfahren

## Die Investorenvereinbarung

- Vertrag zwischen Insolvenzverwalter/Schuldner über Modalitäten des Investoreneinstiegs, bspw. über die Übernahme neuer Geschäftsanteile und Leistung der Einlagen.
- Regelt ggf. Zuzahlung des Investors zur Leistung der Quote und Sicherheitenstellung
- Enthält regelmäßig Klauseln zur finanziellen Ausstattung der Gesellschaft am Vollzugstag.
- Rechtskraft des Planbestätigungsbeschlusses ist regelmäßig aufschiebende Bedingung.
- Enthält im Übrigen die üblichen Transaktionsregelungen wie Haftungsausschluss, Kartellbedingung etc.
- Ist Erklärung nach § 230 Abs. 2 oder 3 InsO.

# I. Phase 3: Unternehmenskauf im Insolvenzplanverfahren

## Abstimmung über den Insolvenzplan, Rn. 146 ff.

### Gläubiger-/Anteilseignerbeteiligung im Insolvenzplanverfahren

Erforderliche Mehrheiten

**Zustimmung zum Insolvenzplan** (= Annahme) **liegt vor**, wenn in **jeder** Gläubigergruppe:

1. die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger zustimmt (= Köpfe)

**sowie**

2. die Summe ihrer Ansprüche die Mehrheit der Summe der Ansprüche der abstimmenden Gläubigerforderungen ausmacht

Das **Stimmrecht der Anteilsinhaber** bestimmt sich allein nach deren Beteiligung am gezeichneten Kapital oder Vermögen der Gesellschaft. Für die Zustimmung der Anteilseigner zum Insolvenzplan bestimmt sich die erforderliche Mehrheit **allein nach der Summe der Beteiligungen**. Auf eine Kopfmehrheit kommt es bei den Anteilseignern nicht an.

# I. Phase 3: Unternehmenskauf im Insolvenzplanverfahren

## Abstimmung über den Insolvenzplan

### Bildung von Gläubigergruppen

- Keine Mischgruppen (z.B. gesicherte und ungesicherte Gläubiger; Gläubiger und Anteilseigner)
- Gruppe kann auch nur *eine* Person umfassen (z.B. PSV)
- Eine Person kann mehreren Gruppen mit unterschiedlichen Forderungen angehören (z.B. Bank zugleich in Gruppe der Gläubiger mit Absonderungsrechten und in Gruppe der Insolvenzgläubiger)
- Strategische Erwägungen spielen eine Rolle:
  - Welche Auswirkungen auf erforderliche Mehrheiten nach § 244 InsO?
  - Ggf. Überstimmen nach § 245 InsO?
  - Ggf. geringer Eingriff in Gläubigerrechte (nur kurze Stundung) zwecks Gewährung des Stimmrechts einer Gruppe (vgl. § 237 Abs. 2 InsO)

# I. Phase 3: Unternehmenskauf im Insolvenzplanverfahren

## Abstimmung über den Insolvenzplan

### „Zustimmungsfiktion“/Obstruktionsverbot (§ 245 InsO), Rn. 153

Verweigert eine Gläubiger-/Anteilseignergruppe die Annahme des Insolvenzplans, so gilt er dennoch als angenommen, wenn insbesondere:

1. die Angehörigen der ablehnenden Gruppe durch den Insolvenzplan **nicht schlechter gestellt werden als im regulären Insolvenzverfahren (Vergleichsrechnung)**

und

2. kein anderer Beteiligter im Vergleich zu den ablehnenden Beteiligten durch den Insolvenzplan besser gestellt wird

und

3. die Mehrheit der abstimmenden Gläubiger-/Anteilseignergruppen den Plan angenommen hat.

# I. Phase 3: Unternehmenskauf im Insolvenzplanverfahren

## Abstimmung über den Insolvenzplan

### Minderheitenschutz (§ 251 InsO), Rn. 160 f.

Auf Antrag eines Gläubigers/Anteilseigners ist die Bestätigung des Insolvenzplans zu versagen, wenn:

1. dieser dem Plan spätestens im Abstimmungstermin schriftlich oder zu Protokoll **widerspricht**

und

2. spätestens im Abstimmungstermin **glaubhaft macht**, dass er durch den Plan (individuell) **voraussichtlich schlechter gestellt wird als ohne Insolvenzplan** (Vergleichsrechnung)

und

3. im gestaltenden Teil des Plans **keine Mittel für den Fall bereitgestellt** wurden, dass ein Beteiligter eine Schlechterstellung nachweist; bei Bereitstellung von Mitteln ⇒ Streit um Ausgleichanspruch außerhalb des Insolvenzverfahrens zu klären (§ 251 Abs. 3 InsO)

# I. Phase 3: Unternehmenskauf im Insolvenzplanverfahren

## Dual Track im Rahmen der Eigenverwaltung

### Bewertung zu Liquidationswerten oder Fortführungswerten

- § 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO:

*„...durch den Insolvenzplan voraussichtlich nicht schlechter gestellt werden, als sie ohne einen Plan stünden, ...“*

- Fraglich ist, ob mit der Alternative „ohne einen Plan“ nur der aus der Liquidation des Insolvenzschuldners oder auch der bei einer übertragenden Sanierung für die Gläubiger zur Verfügung stehende Erlös gemeint ist?
- Liquidationswerte oder Fortführungswerte bei übertragender Sanierung?
- Der aus einer übertragenden Sanierung zu erzielende Kaufpreis ist nach überwiegender Auffassung nur bei Vorliegen eines konkreten Angebots zu berücksichtigen
- Ohne strukturierten M&A-Prozess werden keine konkreten Angebote für eine übertragende Sanierung vorliegen!

## I. Phase 3: Dual Track im Rahmen der Eigenverwaltung Einflussmöglichkeiten der Verfahrensbeteiligten, damit der eigenverwaltende Insolvenzschuldner ein Dual Track M&A- Verfahren einleitet?

- Der Sachwalter hat zwar nur eine Überwachungsfunktion, vgl. §§ 274, 275 InsO; aber Anzeigepflicht nach § 274 Abs. 3 S. 1 InsO, wenn zu erwarten ist, dass Nachteile für Insolvenzgläubiger durch einseitige Fixierung auf Insolvenzplanverfahren zur Sanierung des schuldnerischen Unternehmens entstehen
  - ➔ bereits der vorläufige Sachwalter ist im Regelfall verpflichtet, aufgrund des Verbots der Schlechterstellung (§ 245 Abs. 1 Nr. 1 InsO) etwaige Möglichkeiten für eine übertragende Sanierung zu prüfen und im Rahmen einer transparenten Vergleichsrechnung zu berücksichtigen (vgl. AG Hamburg vom 20.12.2013, ZIP 2014, S. 237; bzw. *Hofmann*, Eigenverwaltung 2014, Rn. 505 ff.; *Rendels/Zabel*, Insolvenzplan 2013, Rn. 34.)
  - ➔ ggf. Aufhebung der Eigenverwaltung nach § 272 InsO, wenn das schuldnerische Unternehmen insoweit nicht mitwirkt
- Auch der Gläubigerausschuss kann den eigenverwaltenden Schuldner nicht unmittelbar zum Dual Track zwingen;
  - ➔ aber auch hier ggf. Aufhebung der Eigenverwaltung nach § 272 InsO



# I. Phase 3: Chancen und Risiken des Schutzschirmverfahrens

## Chancen

- Schnelle Einleitung eines M&A-Prozesses zwecks Sicherstellung der bestmöglichen Gläubigerbefriedigung
- Gestaltungsmöglichkeiten im Insolvenzplanverfahren durch gesellschaftsrechtliche Maßnahmen und Zugriff auf die Anteile
- Im Ergebnis im „Schutzschirm“ bessere Planungssicherheit, ein geringeres Stigma und daher höhere Erfolgsaussichten für die Sanierung

# I. Phase 3: Chancen und Risiken des Schutzschirmverfahrens

## Risiken

- Schnelle Einleitung eines M&A-Prozesses ist nicht immer im Interesse des Gesellschafters -> Pflicht zum Dual Track?
- LG Stade, ZInsO 2018, 614 mit Anmerkung von Schröder, ZInsO 2018, 668 ff.:
  - ▶ Keine Pflicht zur Durchführung eines M&A Prozesses in der Eigenverwaltung, es sei denn die Voraussetzungen des § 245 InsO liegen vor (Leitsatz der Red.), LG: jedenfalls kein Verstoß gg. §§ 250 Nr. 1, 251 Abs. 1 Nr. 2 InsO
  - ▶ Glaubhaftmachung iSd § 253 InsO nur bei Vorlage konkreter verbindlicher Angebote
- Durchführung des Dual Tracks ist stets Frage des Einzelfalls und mit Gericht im Hinblick auf § 245 InsO und mit Gläubigerausschuss/stake holdern abzustimmen
- Einbindung des Gesellschafters und seiner Geschäftsführung in den M&A Prozess wie ein Dritter oder umfassend? Eher letzteres

# I. Phase 3: Sanierung mittels Insolvenzplan Rechtsmittel (§ 253 Abs. 2 InsO)

- Sofortige Beschwerde „*ist nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer*
  1. *dem Plan spätestens im Abstimmungstermin schriftlich oder zu Protokoll widersprochen hat,*
  2. *gegen den Plan gestimmt hat und*
  3. **glaubhaft** *macht, dass er durch den Plan wesentlich schlechter gestellt wird, als er ohne einen Plan stünde, und dass dieser Nachteil nicht durch eine Zahlung aus den in § 251 Absatz 3 genannten Mitteln ausgeglichen werden kann.“*
- ▶ Rechtsmittel insbesondere auch durch Glaubhaftmachungserfordernis (§ 253 Abs. 2 Nr. 3 InsO) massiv eingeschränkt
- ▶ Blockadepotential begrenzt, Straffung des Verfahrens

# I. Phase 3: Sanierung mittels Insolvenzplan

## Aufhebung des Verfahrens – Stärkung der Plan-Umsetzung

**§ 258 InsO** (1) *Sobald die Bestätigung des Insolvenzplans rechtskräftig ist und der Insolvenzplan nicht etwas anderes vorsieht, beschließt das Insolvenzgericht die Aufhebung des Insolvenzverfahrens.*

- Berichtigung unstreitiger, fälliger Ansprüche, § 258 Abs. 2 InsO
  - ▶ Anders als nach § 258 Abs. 2 InsO a.F. sind nur die unstreitigen, fälligen Ansprüche zu berichtigen, i.e. Zahlungsfähigkeit!
  - ▶ Für die streitigen und nicht fälligen Ansprüche ist Sicherheit zu leisten oder für die nicht fälligen auch nur ein Finanzplan aufzustellen, aus dem hervorgeht, „dass ihre Erfüllung gewährleistet ist“
  - ▶ Soweit noch keine Rechnungen vorliegen bzw. Ansprüche noch nicht fällig sind, kann das Verfahren bereits aufgehoben werden
  - ▶ Schnelle, sachgerechte Verfahrensaufhebung möglich

# I. Phase 3: Chancen und Risiken des Schutzschirmverfahrens

## Problemfelder – Risiken

- Anforderungen an die Unabhängigkeit des Ausstellers der Bescheinigung nach § 270b InsO (vgl. AG München vom 29. März 2012, ZIP 2012, 789 und vom 14. Juni 2012, ZIP 2012, 1308 – nicht der langjährige StB)
- Anforderungen an die Bescheinigung selber (vgl. AG Erfurt vom 13. April 2012, ZInsO 2012, 944)
- Drohende Zahlungsunfähigkeit in § 270b InsO (vgl. Ganter NZI 2012, S. 985)
- „Dailycer“, vgl. AG Stendal vom 31.08.2012, ZIP 2012, 1875; vom 1.10.2012, ZIP 2012, 2030; LG Stendal vom 21.10.2012, ZIP 2012, 2168; hierzu: *Fölsing*, ZInsO 2012, S. 2272 ff.; *Seidl*, ZInsO 2012, 2285 ff.; *Meyer-Löwy/Ströhmann*, ZIP 2012, 2432
- „Suhrkamp“, vgl. LG Frankfurt, ZIP 2013, 1720 und 1831; OLG Frankfurt, ZIP 2013, 2018; BVerfG, ZIP 2013, 2163; zustimmend *Thole*, ZIP 2013, 1937 ff.; *Pape*, ZInsO 2013, 2129 ff.; a.A. *Schäfer*, ZIP 2013, 2237 ff.; *Spliedt*, ZInsO 2013, 2155 ff.; *Stöber*, ZInsO 2013, 2457 ff.; vgl. zuletzt *Brinkmann*, ZIP 2014, 197 ff.

# I. Phase 3: Chancen und Risiken des Schutzschirmverfahrens Erste Problemfelder – Risiken

- LG München, Beschluss vom 1. August 2013, NZI 2013, 972 f. – bindende Regelung der Insolvenzverwaltervergütung im Insolvenzplan
- BGH, Urteil vom 11. April 2013, NZI 2013, 489 ff. – Fortsetzung des Anfechtungsprozesses auf der Grundlage eines Insolvenzplans nur bei Rechtshängigkeit (vor Verfahrensaufhebung!)
- Steuerliche Haftungsrisiken der Geschäftsführung während der vorläufigen Eigenverwaltung – insbes. Umsatzsteuer (keine Anwendung von § 55 Abs. 4 InsO – Rechtsunsicherheit bei umsatzsteuerlicher Organschaft, vgl. Rechtsprechungsänderung des BFH zum Ende der organisatorischen Eingliederung bei Bestellung eines „schwachen“ vorläufigen Verwalters, Urteil vom 8. August 2013, NZI 2013, 857 ff; zur Eigenverwaltung vgl. Hessisches FG vom 6. November 2013, DStR 2014, 415 ff.)
- Steuerliche Behandlung des Sanierungsgewinns (inkl. Debt-Equity-Swap)
- Keine Regelung zur Konzerninsolvenz (vgl. Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 30. Januar 2014, Drucksache 18/407)

# I. Phase 3: Beispiel PROKON Dual Track

**22.07.2014**

## **Berichtstermin**

- Auftrag der Gläubigerversammlung: Ausarbeitung eines Insolvenzplans nach Maßgabe des Sanierungskonzepts, der die Möglichkeit zur unternehmerischen Beteiligung der GRI vorsieht

**September 2014**

Beginn Dual Track

- Festlegung **Rechtsform = eG für Beteiligungs-Insolvenzplan**
- Einleitung M&A-Prozess
- parallele Ausarbeitung von 3 Insolvenzplanvarianten

**November 2014**

Beginn der Zusammenarbeit mit dem Genossenschaftsverband  
**unverbindliche Umfrage zum D/E Swap**

- 51.000 Genussrechtsinhaber nehmen teil (!)
- rd. € 780 Mio. befürworten ein „Beteiligungsmodell“

## I. Phase 3: Beispiel PROKON Dual Track

- Februar 2015** Eingang von 7 indikativen Angeboten im M&A-Prozess; Zulassung von 3 Bietern in Phase II (Datenraum, Management-Präsentationen, Expertengespräche)
- April 2015** **Stellungnahme des Genossenschaftsverbandes:**  
„Befürwortung der Aufnahme der im Rahmen des Insolvenzplans noch zu gründenden PROKON eG als Verbandsmitglied, soweit eine ausreichende Eigenkapitalquote (rd. 20 %) vorhanden“
- April/Mai 2015** Eingang der **verbindlichen Auskünfte** für beide Insolvenzplanvarianten
- Mai 2015** Abgabe von 2 verbindlichen M&A-Angeboten  
Gläubigerausschuss und Insolvenzverwalter wählen EnBW als bevorzugten Investor für den Investoren-Insolvenzplan aus
- 13.05.2015** **Beurkundung des M&A-Angebotes von EnBW**



# I. Phase 3: Beispiel PROKON Dual Track

## Zulässigkeit der Einreichung mehrerer Insolvenzpläne?

- **Meinung 1: Unzulässigkeit der Vorlage mehrerer Insolvenzpläne**
  - zivilprozessuales Bestimmtheitsgebot, § 4 InsO i.V.m. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO
  - grammatikalische Auslegung von §§ 157 S. 2, 218 Abs. 1 S. 1 InsO (Beauftragung bzw. Vorlage „eines“ Insolvenzplans)
  - Abänderungsbefugnis der Gläubigerversammlung bzw. des Planvorlegenden, §§ 157 S. 3, 240 InsO
  - Umgehung der Möglichkeit zur Zurückweisung eines Schuldnerplans auf Antrag des Insolvenzverwalters, § 231 Abs. 2 InsO

# I. Phase 3: Beispiel PROKON Dual Track

## Zulässigkeit der Einreichung mehrerer Insolvenzpläne?

- **Meinung 2: Vorlage von Eventualplänen ist zulässig** (v.a. Eidenmüller in MüKo)
  - „Wettbewerb um die beste Art der Masseverwertung“; „die Funktion des Insolvenzverfahrens als ein(es) ‚Entdeckungsverfahren(s)‘“
  - Bestimmtheitsgrundsatz steht „hilfsweiser“ Vorlage eines zweiten Plans nicht entgegen
  - Sonderform zulässiger sequentieller Planvorlage (arg. e. § 231 Abs. 2 InsO)
  - verfahrensökonomisch sinnvoll

# I. Phase 3: Beispiel PROKON Dual Track

## § 230 Abs. 2 InsO: Beifügung von Zustimmungserklärungen

- **Wann sind die Zustimmungserklärungen einzuholen?**
  - § 230 Abs. 2 InsO: Beifügung setzt Einholung vor Einreichung voraus
  - problematisch: Zustellung des Insolvenzplans erst mit Ladung zum EAT, § 235 Abs. 3 InsO
  - problematisch: Vorlage „konkurrierender“ Insolvenzpläne => echte Entscheidungsmöglichkeit
- **Zurückweisung des Plans gem. § 231 Abs. 1 InsO**, wenn Anzahl erforderlicher Zustimmungserklärungen (Mindestwandlungssumme) bei Einreichung (-)?
  - § 231 Abs. 1 S. 1 InsO: Plan ist nicht „mangelhaft“, sondern nur „undurchführbar“
  - Gericht prüft Erfolgchancen des Plans nur bei Schuldnervorlage, § 231 Abs. 1 Nr. 2, 3 InsO
  - **negative Koalitionsfreiheit** (§ 230 Abs. 2 InsO) bleibt gewahrt
  - **Gläubigerautonomie** wird durch Möglichkeit zur Nachreichung (vgl. § 240 InsO) gestärkt

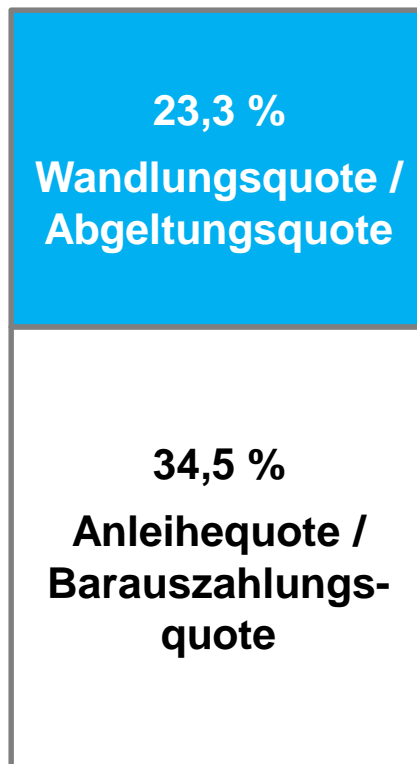
## I. Phase 3: Beispiel PROKON Dual Track

- 14.05.2015** Einreichung beider Insolvenzpläne (Genossenschafts- und Investoren-Insolvenzplan) bei Gericht durch den Insolvenzverwalter
- 15.05.2015** Gericht terminiert Gläubigerversammlung (02.07.2015)
- Zulässigkeit der Vorlage von Eventualplänen
  - Nachreichung von Zustimmungserklärungen bis zum Beginn des EAT möglich
- im Anschluss** 100.000-facher Versand der beiden Insolvenzpläne nebst Anlagen; Versand von 65.800 Formularen zur Abgabe von Zustimmungserklärungen  
„Roadshows“ und Werbeveranstaltungen der „Kontrahenten“
- Juni 2015** Poststreik und Wertanpassung Finnland machen geringfügige „Planänderungen“ erforderlich

# I. Phase 3: Beispiel PROKON - Planvergleichsrechnung

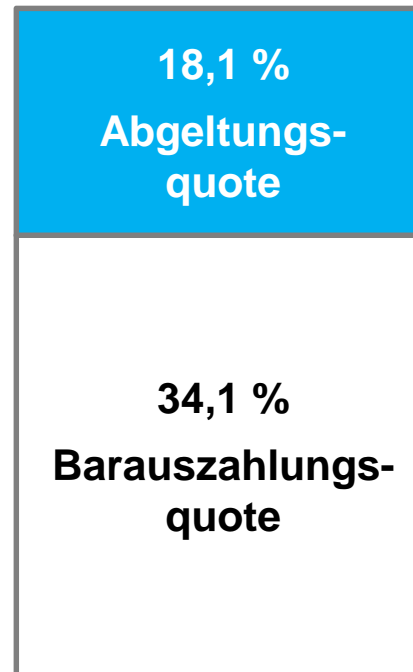
## Genossenschaftsplan

57,8 %



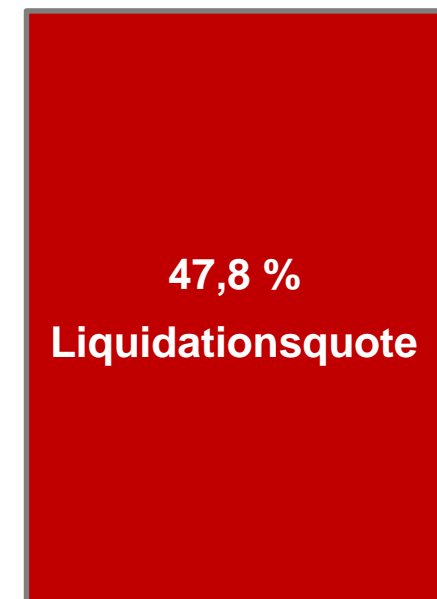
## Investorenplan

52,2 %



## Liquidation

47,8 %



## I. Phase 3: Beispiel PROKON Dual Track

<b>03.07.2015</b>	Planbestätigungsbeschluss
<b>20.07.2015</b>	Rechtskraft des Planbestätigungsbeschlusses => Eintritt der Planwirkungen
<b>24.07.2015</b>	Eintragung der PROKON Regenerative Energien eG in das Genossenschaftsregister beim AG Pinneberg (GenR 142 PI)
<b>29.07.2015</b>	Beschluss: Aufhebung des Verfahrens zum 31.07.2015
<b>31.07.2015</b>	Verfahrensaufhebung nach rd. 18 Monaten seit Antragstellung

# Inhalt

- I. Phasen für den Unternehmenskauf in der Krise / Insolvenz
- II. Ausgewählte Problemstellungen und Sonderfälle**
- III. Betriebsübergang gemäß § 613a BGB
- IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte
- V. Unternehmensverkauf aus der Insolvenz
- VI. Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S6
- VII. Grundlagen der Unternehmensbewertung

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

Zivilrechtliche Grundsätze, Rn. 319 ff.

- „Unternehmen“ ist eine Sach- und Rechtsgesamtheit
- Im deutschen Recht kein Gegenstand, keine Sache, kein Recht, keine eigenständige Übertragbarkeit; daher:
- Notwendige dingliche Übertragung aller Einzelwirtschaftsgüter (sachenrechtliches Bestimmtheitsgebot -> genaue Bestimmung des Kaufobjektes)
- Unternehmen mit Handelsbilanz: Bezugnahme auf Bilanz und Inventar
- **Aber** Bei übertragender Sanierung: Bestimmbarkeit ergibt sich aus dem insolvenzrechtlichen Begriff „Masse“
  - ▶ Abgrenzung: Massegegenstände – Nichtmassegegenstände
  - ▶ Detailliertes Verzeichnis der Insolvenzmasse (Inventur)



## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

Die Due Diligence, Rn. 408 ff.

- Vorbereitende Unternehmensprüfung durch das kaufende Unternehmen
- Ergebnis: Bericht an die Entscheidungsträger des möglichen Käufers
- Persönliche Haftung bei fehlerhafter/lückenhafter DD
- Verschiedene Arten: Recht, Steuern, Finanzdaten, Geschäft (Commercial DD)  
Umwelt, Unternehmenskultur, Technisches, Management, Kunden, Branchen
- Rechtliche Problemfelder: Verschwiegenheit; Eingrenzung des Haftungsumfangs;  
c. i. c. durch fehlerhafte/lückenhafte Angaben
- Keine Prüfungspflicht nach deutschem Recht für d. Käufer
- Möglicher Anspruchsausschluss wg. Kenntnis, § 442 BGB

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

Die Due Diligence beim Unternehmenskauf weist erhebliche Besonderheiten/Schwerpunktsetzungen auf.

### Besonders relevante Themenkomplexe der Due Diligence

- Arbeitsverhältnisse
- Anlagevermögen
- Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht
- Vertragsverhältnisse
- Gerichtliche und außergerichtliche Rechtsstreitigkeiten
- Umweltrecht und sonstiges öffentliches Recht
- Wirtschaftliche Rahmenbedingungen
- Produkte/Märkte und Kunden/Vertrieb
- Betriebliche Organisation
- Jahresabschlüsse und Rechnungswesen
- Planungen der kommenden Geschäftsjahre
- Steuerlicher Veranlagungsstand

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

Beteiligte - Der Insolvenzverwalter, Rn. 179 ff.

### Rechtsstellung

- Amtstheorie (Rspr. & h.M.)
- Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Insolvenzmasse im eigenen Namen

### Aufgaben

- Mehrseitig fremdbestimmter Liquidator
- Primärziel: Gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger

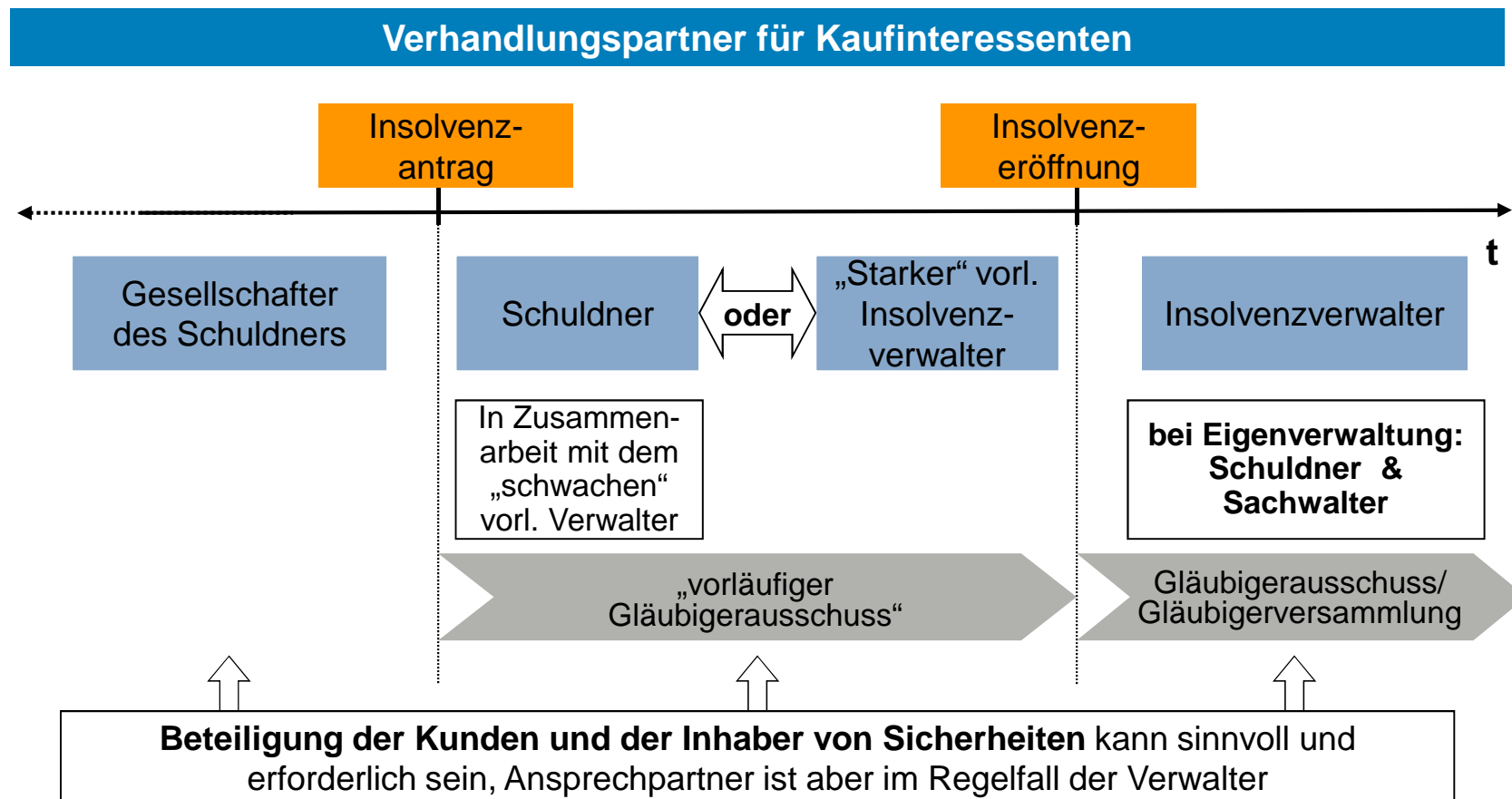
### Verfügungs- und Verwertungsbefugnis

- Verfügungsrecht über Insolvenzmasse (§ 35 InsO); Problem: mit Absonderungsrechten belastete Kaufgegenstände

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

Rn. 302 ff.

Die Person des Verhandlungspartners für einen Kaufinteressenten ist abhängig vom Verfahrensstand.



## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

### Besonderheiten beim Asset Deal

- Vertragsgestaltung
- Mit Absonderungsrechten belastete Gegenstände, insbesondere Pfandrechte an Anteilen und Schutzrechten, Rn. 329 ff.
- Kaufpreisberechnung
- Garantievereinbarung
- Kartellrecht, Rn. 441 ff.

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“ Verwertungsrecht vs. Absonderungsrechte, Rn. 329 ff

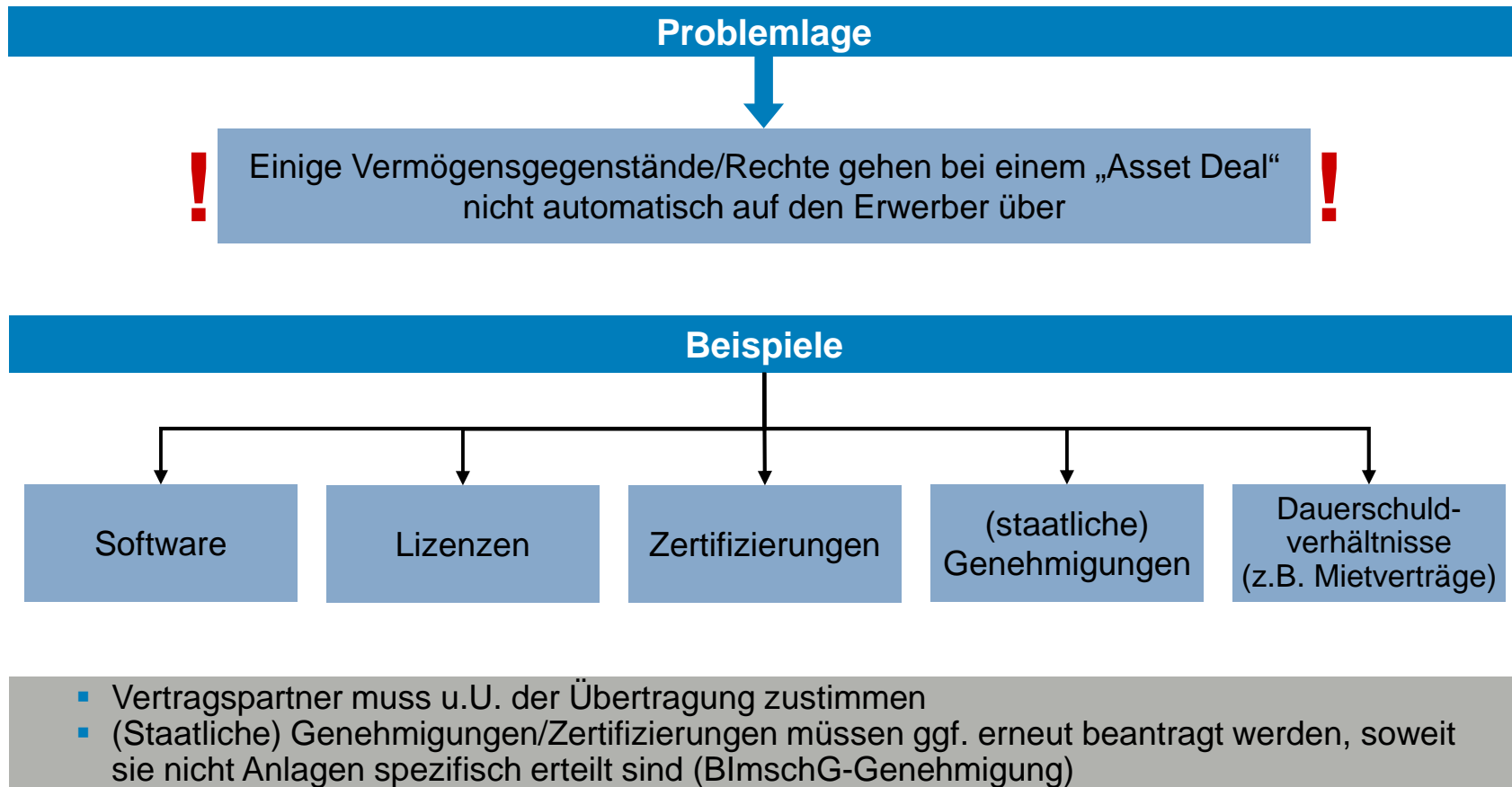
Gegenstände, die mit Absonderungsrechten belastet sind, gehören grundsätzlich zur Insolvenzmasse, hinsichtlich der Verwertungsbefugnis ist zu differenzieren:

- Unbewegliche Gegenstände (Grundstücke), grundsätzlich § 165 InsO durch Zwangsversteigerung und –verwaltung, Regelfall aber freihändige Verwertung
- Bewegliche Sachen und Forderungen: § 166 InsO
- Problem: mit Absonderungsrechten belastete Rechte (bspw. Patente) und Gesellschaftsanteile
  - 3 Auffassungen: § 166 Abs. 1 InsO analog, § 166 Abs. 2 InsO analog, keine Analogie -> Rechtsunsicherheit bleibt, Lösung nur im Konsens möglich

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

- Kaufgegenstände:
  - ▶ Firma
    - Bestandteil der Insolvenzmasse, Rn. 347 ff.; Änderung der Firma nach Verkauf;
    - Änderung der Satzung erforderlich (OLG München, NJW RR 2016, 1053); das OLG lässt offen, ob der Insolvenzverwalter zur Satzungsänderung berechtigt ist;
  - ▶ Immaterialgüterrechte, Rn. 356 ff.
    - **Nicht übertragbar Urheberrechte** – übertragbar nur Nutzungsrechte (ggf. mit Zustimmung des Urhebers), Anwendungsdokumentation, Quellcodes, Rn. 361 ff.
    - Immaterialgüterrechte wie Patente, Gebrauchsmuster, Marken sind grundsätzlich übertragbar
  - ▶ Gesellschaftsvertragliche Veräußerungsbeschränkungen: h.M. nicht beim Verkauf aus der Insolvenz, Rn. 369 f.
  - ▶ Forderungen/Forderungsmanagement, Rn. 371 ff.

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“, Rn. 356 ff.





## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

Problemfeld Kundendaten beim Unternehmensverkauf & Datenschutz, hierzu Berberich/Kanschik NZI 2017, 1 ff. und die am 25. Mai 2018 in Kraft tretende Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)

- Datenschutzrecht überlagert grundsätzlich Insolvenzrecht
- Insolvenzverwalter ist „verantwortliche Stelle“ iSd BDSG mit allen daraus resultierenden (persönlichen) Haftungsverantwortlichkeiten im Rahmen der Betriebsfortführung und der Transaktion
- „Verwertung“ im Rahmen eines share deals oder von Umwandlungsmaßnahmen auf Grundlage eines Insolvenzplans unproblematisch
- Verwertung im Rahmen eines asset deal wirft erhebliche Probleme und Haftungsrisiken auf:
  - ▶ Restrukturierungsprivileg nicht vorgesehen
  - ▶ Gesetzlicher Erlaubnistatbestand nicht risikolos begründbar (Abwägung Betriebsfortführungsinteresse vs. Interesse auf informationelle Selbstbestimmung)
  - ▶ Sog. Listenprivileg (Name, Anschrift, Geburtsjahr) nicht ausreichend - § 152 InsO

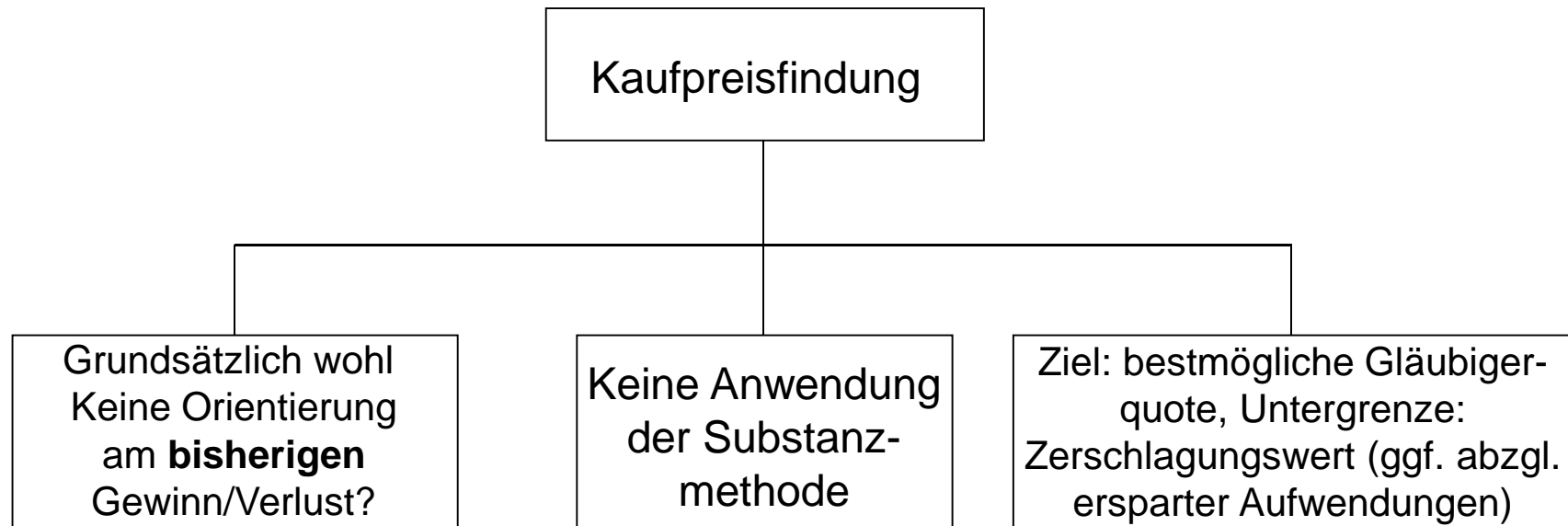
## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

Problemfeld Kundendaten beim Unternehmensverkauf & Datenschutz

- Lösung – „Widerspruchslösung“ des BayL-DA, Pressemitteilung vom 30.7.2015, abrufbar unter [www.lida.bayern.de](http://www.lida.bayern.de):
  - ▶ Sog. Datenbetroffener wird vor der Übermittlung seiner personenbezogenen Daten informiert
  - ▶ Widerspruchsrecht von (mindestens) 3 Wochen
  - ▶ Kein Widerspruch -> Übermittlung der Daten wird nach § 28 Abs. 2 Nr. 1, 2a BDSG als zulässig angesehen, da Interessenabwägung in diesem Fall gewahrt

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

### Kaufpreisfindung

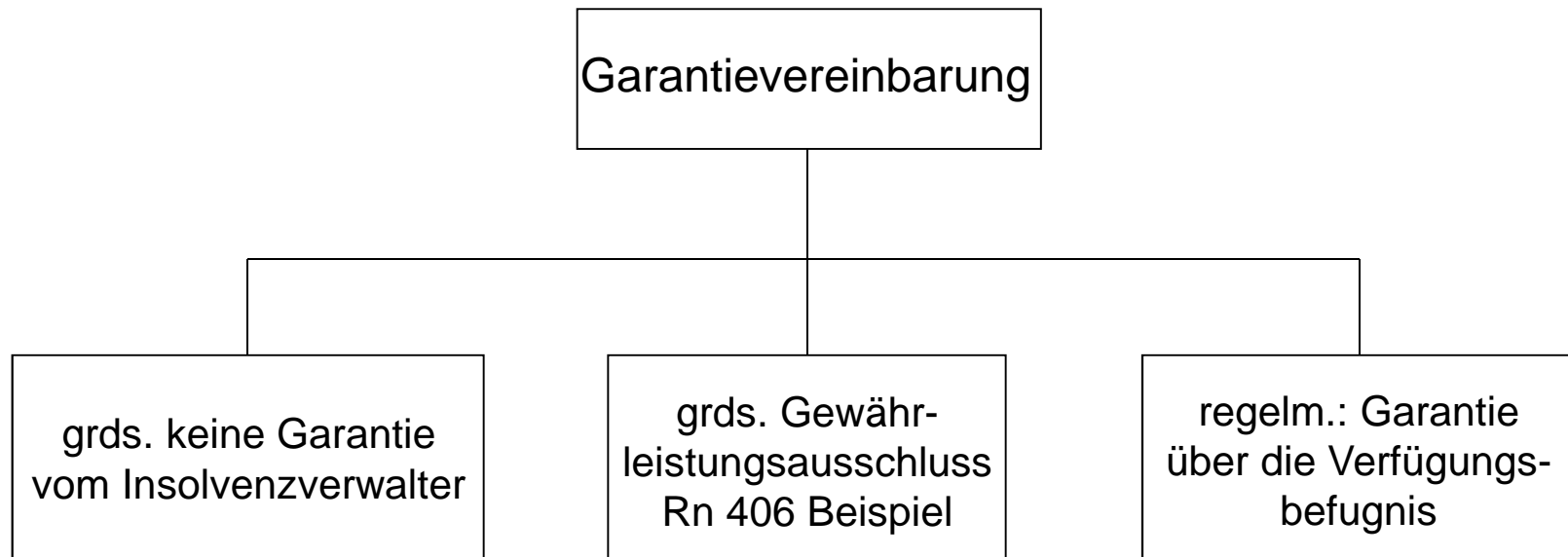


## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

- Kaufpreisfindung und -verteilung, Rn. 375 ff.
  - ▶ Kaufpreis kann sich aus Bietersicht an den unterschiedlichen Faktoren orientieren
    - ▶ Summe der einzelnen Assetbewertungen („simple Verwaltersicht“, §§ 151, 153 InsO)
    - ▶ Unternehmenswert (DCF Bewertung auf Grundlage der Unternehmensplanung)
    - ▶ Strategische Position des Bieters und des Targets
  - ▶ Kaufpreismindernd ggf.: kalkulatorische Auslaflöhne, Urlaubsansprüche, Auslaufmieten
  - ▶ Problem:
    - ▶ Unternehmenswert liegt unter der Summe der Assetbewertung
    - ▶ Assets sind mit Absonderungsrechten belastet -> keine Masseschmälerung durch Auslaflöhne/Masseverbindlichkeiten der Liquidation

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

Garantievereinbarung und Ausschluss der persönlichen Haftung



## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“, Rn. 388 ff.

Garantievereinbarungen gegenüber Insolvenzverwalter kaum durchsetzbar

### Garantievereinbarungen in der Insolvenz

#### Grundsatz

- Es werden grds. keine Garantien vereinbart
- Um die eigene Haftung auszuschließen, sichert sich der Verwalter weitestgehend ab
- Er selbst kennt die Kaufgegenstände i.d.R. nur rudimentär – die Vermögenssituation in einer Insolvenz ist oft sehr undurchsichtig
- Der Kaufgegenstand wird in dem Zustand erworben, wie er vorgefunden wird – daher meist niedriger Preis
- Prüfungen des Kaufgegenstandes (z.B. Due Diligence – oft wegen Zeitdruck/mangelhafter Informationslage unvollständig)

#### Mögliche Vereinbarungen

- Verwalter garantiert und weist nach, dass er verfügungsbefugt ist
- Ggf. gewährleistet Verwalter die Existenz von (Teilen des) Anlagevermögens und von Roh-, Hilfs- und Betriebsstoffen
- Zusage des Verwalters, dass der Betrieb bis zum Übertragungstichtag in ordnungsgemäßer Weise geführt wurde und, dass Maßnahmen außerhalb des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs nicht stattgefunden haben
- Existenz eines Betrages für arbeitsrechtliche Streitigkeiten
- Kaufpreisstaffelung (Besserungsschein) nach Übertragungsvollzug

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

- Haftung für Altlasten, Rn. 410 ff.
- Urteil des **BVerwG vom 23.09.2004** – 7 C 22/03, **ZIP 2004, 2145**:
  - ▶ Insolvenzverwalter kann bis zur Freigabe des Grundstücks für die Altlastensanierung herangezogen werden
  - ▶ Bodenrechtliche Verpflichtungen sind Masseverbindlichkeiten
  - ▶ Ordnungspflicht für Masse durch Inbesitznahme (§ 148 InsO) bestimmt sich alleine nach dem maßgeblichen Ordnungsrecht
  - ▶ Aber: Insolvenzverwalter kann Grundstücke freigeben, darf danach nicht mehr herangezogen werden
  - ▶ Freigabe keine Lösung für betriebsnotwendige Grundstücke

## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

- Verantwortlichkeit des Unternehmenskäufers für Altlasten – eine für alle Fälle passende Lösung gibt es nicht!
  - ▶ Grundsätzlich nur betriebsnotwendige Grundstücke erwerben
  - ▶ Öffentlich rechtlicher Vertrag/Freistellungsvereinbarung zur Regelung des Haftungsumfangs auf Grundlage eines Sanierungsplan
  - ▶ Erwerb der Grundstücke in „Grundstücksgesellschaft“ – Haftungsrisiko § 4 Abs. 3 S. 4 Alt. 1 BBodSchG – zur Sanierung ist verpflichtet, wer aus handels- oder gesellschaftsrechtlichem Grund für eine juristische Person einzustehen hat; Risiko weiter Auslegung – Gesetzeswortlaut: jur. Person – Lösung Personengesellschaft?



## II. Risiken/Schwierigkeiten beim „Asset Deal“

Haftung für rechtswidrig gewährte Beihilfen, Rn. 430 ff.

Bis EuGH  
v. 29.4.2004:  
Erwerber wesent-  
licher Vermögens-  
werte konnten  
Rückforderungs-  
gegner sein

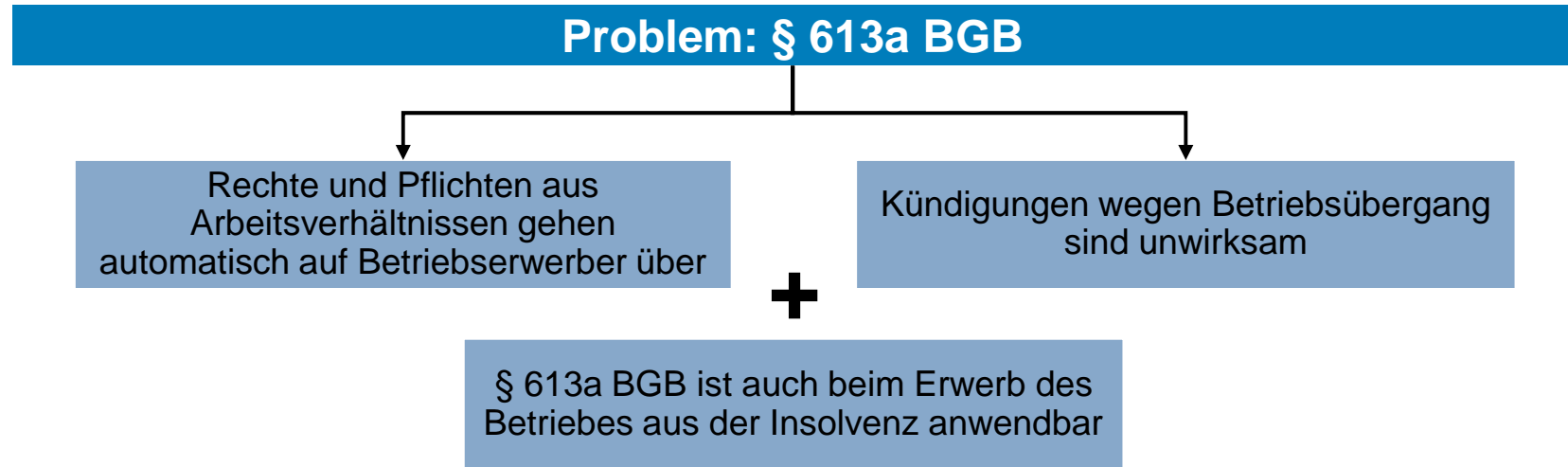
Seit EuGH v. 29.4.2004,  
NZI 2004, 392 (SMI): Notwendig  
für eine Rückforderung gegen  
das fortführende Unternehmen:  
Der tatsächliche Nutzen der  
erhaltenen Beihilfe muss noch  
vorhanden sein. EuGH: i.d.R.  
(+), wenn kein marktüblicher  
Preis oder Umgehung der  
Rückerstattungspflicht

EU-Kommission:  
Haftung möglich,  
wenn kein  
transparentes Bie-  
terverfahren (s.o.)  
zu Marktbedin-  
gungen und  
Fortsetzung  
der beihilfebe-  
günstigten Tätig-  
keit

# Inhalt

- I. Phasen für den Unternehmenskauf in der Krise / Insolvenz
- II. Ausgewählte Problemstellungen und Sonderfälle
- III. Betriebsübergang gemäß § 613a BGB**
- IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte
- V. Unternehmensverkauf aus der Insolvenz
- VI. Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S6
- VII. Grundlagen der Unternehmensbewertung

### III. Arbeitnehmerübernahme/Kündigungsverbot gem. § 613a BGB bei Unternehmenskäufen aus der Insolvenz, Rn. 602 ff.



#### Konflikt: Interessenlage des Käufers

- Übernahme nur der Mitarbeiter, die für die Unternehmensfortführung erforderlich sind
- Freisetzung der nicht benötigten Arbeitnehmer ohne Einhaltung langer Kündigungsfristen
- Option, bei günstiger Entwicklung des übernommenen Betriebs auf erfahrene (ggf. zwischenzeitlich freigesetzte) Mitarbeiter zurückgreifen zu können

# III. Betriebsübergang gem. § 613a BGB bei Unternehmenskäufen aus der Insolvenz, Rn. 539 ff.

## Anwendbarkeit des § 613a BGB in der Insolvenz

- Grundsätzliche Anwendbarkeit im Insolvenzverfahren (BAG, Az. 8 AZR 459/01)
- Teleologische Reduktion des § 613a BGB bei Unternehmenserwerb nach Verfahrenseröffnung

Liegt der Tatbestand des § 613a BGB vor, gehen die Arbeitsverhältnisse des Betriebes mit allen Rechten und Pflichten auf den Erwerber über, jedoch wird bei der Haftung des Erwerbers für Ansprüche daraus wie folgt differenziert:

## Betriebsübergang

Vor Eröffnung des InsO-Verfahrens:

Betriebserwerber haftet voll

Nach Eröffnung des InsO-Verfahrens:

- Betriebserwerber haftet nur für nach Eröffnung des Verfahrens entstandene Ansprüche
- für bis zur Eröffnung des Verfahrens entstandene Ansprüche gelten insolvenzrechtliche Regeln

### III. Betriebsübergang gem. § 613a BGB bei Unternehmenskäufen aus der Insolvenz, Rn. 543 ff.

#### Betriebsübergang i.S.d. § 613a BGB

- Ein Betriebsübergang liegt vor, wenn eine ihre Identität wahrende wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit übergeht und der Erwerber den Betrieb auch fortführt.

Übergang einer eigenständigen wirtschaftliche Einheit + deren Fortbestehen beim Erwerber  
Der Begriff der wirtschaftlichen Einheit ist an sieben Kriterien im Wege der wertenden Gesamtbetrachtung zu konkretisieren:

- Art des Unternehmens oder Betriebs
- Übergang der materiellen Vermögensgegenstände, wie Grundstücke und bewegliche Güter
- Wert der übergehenden immateriellen Aktiva zum Zeitpunkt des Übergangs
- Übernahme oder Nichtübernahme der Hauptbelegschaft
- Übergang oder Nichtübergang der Kundschaft
- Grad der Ähnlichkeit der vor und nach Übergang verrichteten Tätigkeiten
- Dauer der Betriebsunterbrechung

## III. Betriebsübergang gem. § 613a BGB bei Unternehmenskäufen aus der Insolvenz, Rn. 563 ff.

**Beispiele für einen Betriebsübergang** (eine ihre Identität wahrende wirtschaftliche Einheit im Sinne einer organisierten Zusammenfassung von Ressourcen zur Verfolgung einer wirtschaftlichen Haupt- oder Nebentätigkeit):

- Mietvertrag – Beispiel:
  - Gaststätte
- Auftragsvergabe – Beispiele:
  - Interregio/IC -> Bei Auflösung der betrieblichen Einheit kein Betriebsübergang, da Betrieb organisatorisch eingegliedert, Rn. 581 ff., 606 ff.
  - Technische Dienstleistungen für Krankenhaus, RN 584
  - Mehrere Standorte – Anknüpfungspunkt Betrieb, nicht Unternehmen

## III. Unzulässige Gestaltung – das Lemgoer Modell, Rn. 625 ff.

### Keine Vermeidung der Rechtsfolgen von § 613a BGB

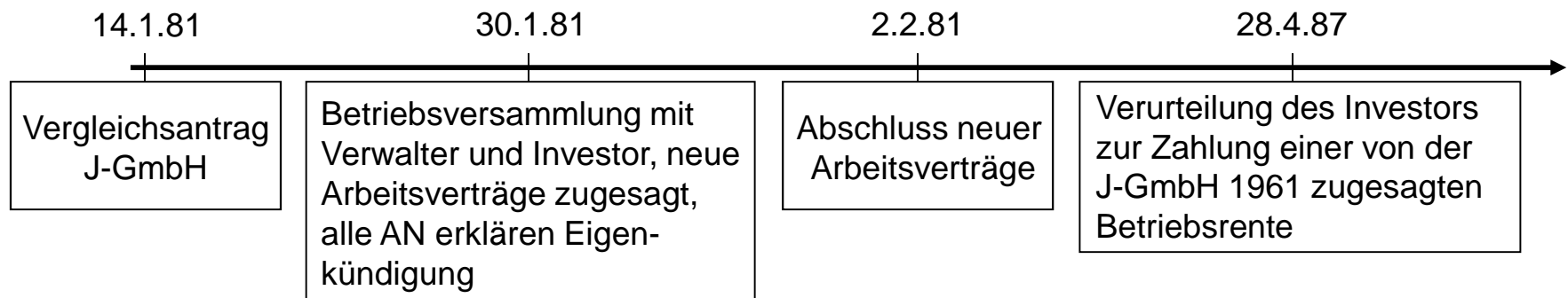
- **Das Lemgoer Modell – eine unzulässige Umgehung des § 613a Abs. 4 Satz 1 BGB**
  - Arbeitnehmer werden zu Eigenkündigung oder Aufhebungsvertrag veranlasst
  - Potentieller Erwerber gibt ausscheidenden Arbeitnehmern Einstellungsgarantie
  - Neuanstellung regelmäßig zu schlechteren Bedingungen
  - Umgehung des § 613a BGB
- Folge: Beendigung der Arbeitsverhältnisse ist unwirksam – § 613a BGB greift**

BAG, Az. 3 AZR 75/86,  
NZA 1988, 198

**!!! Erwerber tritt in Arbeitsverhältnisse ein !!!**

### III. Unzulässige Gestaltung – das Lemgoer Modell (2), Rn. 625 ff.

BAG AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG





## III. Unzulässige Gestaltung – das Lemgoer Modell (3), Rn. 625 ff.

Kurze Zusammenfassung der Entscheidungsgründe:

- Kündigung war wegen Verstoß gegen gesetzliches Verbot des § 613a BGB gemäß § 134 BGB unwirksam
- Gem. § 613a Abs. 4 BGB ist Kündigung des Veräußerers/Erwerbers aus Anlass des Betriebsübergangs unwirksam, gleiches gilt für Aufhebungsverträge
- Entsprechendes gilt lt. BAG bei Eigenkündigung, wenn durch diese nur soziale Besitzstände beseitigt werden sollen und die Neubegründung eines Arbeitsverhältnisses bereits zugesagt ist
- Unzulässige Umgehung des § 613a BGB, wenn Arbeitnehmer unter Hinweis auf eine Einstellungsgarantie beim potentiellen Erwerber – regelmäßig zu schlechteren Bedingungen – zu Eigenkündigungen bzw. Aufhebungsverträgen veranlasst werden, denn ausschließliches Ziel der Kündigung/Aufhebungsverträge:  
**Diskontinuität**

## III.TG – das Modell Dörries Scharmann, Rn. 628 ff.

### Möglichkeit § 613a BGB zu vermeiden

- **Modell Dörries Scharmann – zulässige Beendigung der Arbeitsverhältnisse**
  - Einvernehmlicher Aufhebungsvertrag mit Arbeitnehmern
  - Erwerber gibt keine Einstellungsgarantie
  - Risikogeschäft für Arbeitnehmer, weil Anstellung in der Transfergesellschaft\* (TG) oder Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit Investor
  - Hohe Erfolgsquote

(BAG, Az. 8 AZR 324/97 )

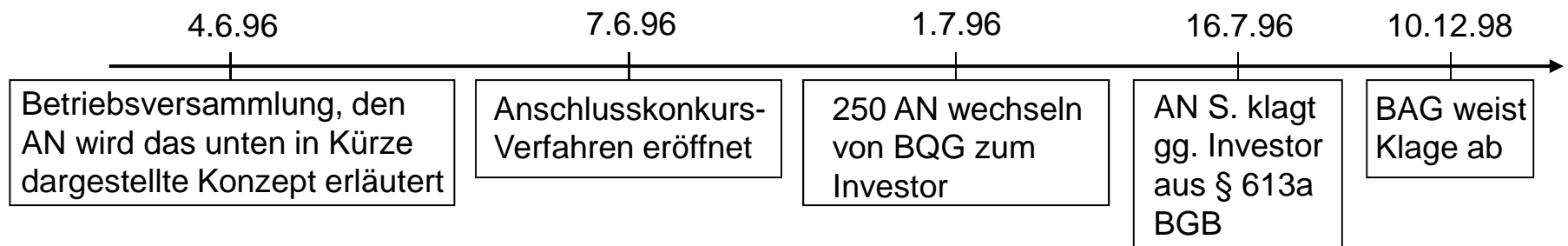
\* früher: Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft

**Folge: Beendigung der Arbeitsverhältnisse ist wirksam – § 613a BGB greift nicht**

**!!! Geprüftes und praxisrelevantes Modell !!!**

## III.TG – das Modell Dörries Scharmann (2), Rn. 628 ff.

BAG ZIP 1999, 320 ff.

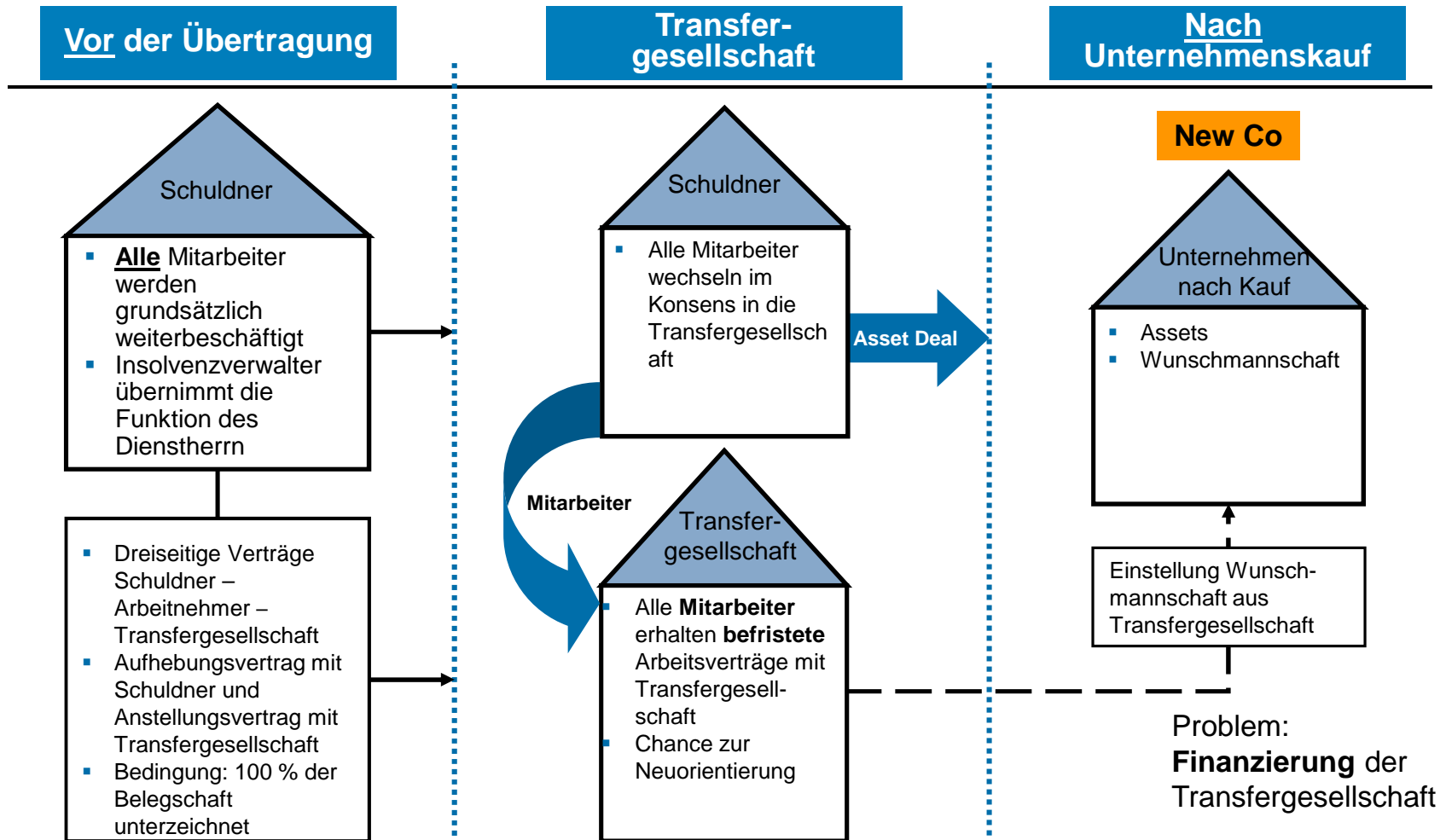


Veränderte Ausgangslage:

- Arbeitsverhältnis mit DS wird zum 6.6.96 durch Aufhebungsvertrag beendet
- Ab 7.6.96 beginnt neuer AV mit TG, Investor in Aussicht
- umfassende arbeitsrechtliche Aufklärung aller AN
- kein AN hatte davon Kenntnis, welche und wie viele AN später neues AV mit Investor erhalten

# III. Unternehmenskauf aus der Insolvenz

## Arbeitsrechtliche Gestaltungsalternative Dörries Scharmann, Rn. 628 ff.



## III.TG – das Modell Dörries Scharmann (4), Rn. 628 ff.

Kurze Zusammenfassung der Entscheidungsgründe:

- Kein § 613a BGB, da Arbeitsverhältnis einvernehmlich durch Aufhebungsvertrag wirksam beendet wurde; **Abweichungen zum Lemgoer Modell:**
  1. Neues Arbeitsverhältnis mit Investor wurde keinem AN bei Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages zugesagt, Unterzeichnung des Aufhebungsvertrages war somit **Risikogeschäft** für AN; kein AN hatte Kenntnis, ob er Bestandteil der „Positivliste“ war
  2. Aufhebungsvertrag diente nicht der Unterbrechung der Kontinuität, da Fortsetzung für keinen AN absehbar war; es bestand lediglich eine Chance; Begründung eines Weiterbildungsverhältnisses, Vertragsziel: **nicht Diskontinuität**

## III.TG – das Modell Dörries Scharmann (5), Rn. 628 ff.

Vorteile für den Verwalter und Erwerber:

- Zwischenschaltung der TG erlaubt Veräußerung der Assets ohne Übergang der Arbeitsverhältnisse
- Entlastung der Masse durch baldiges Ausscheiden der AN (Faustformel: ein Arbeitsbruttogehalt = zwei Monate Finanzierungsbeitrag zur TG)
- Finanzierungsbeitrag: Sozialplan, § 123 InsO, und ggf. fiktive Auslaflöhne
- Vermeidung weiterer Belastungen der Masse (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO)
- Entlastung bei der TG durch Transferkurzarbeitergeld nach § 111 SGB III und Zuschüsse zu Transfermaßnahmen (§ 110 SGB III)
- Erwerber kann sich seine „Wunschmannschaft“ zusammenstellen
- Neueinstellungen von der TG nur zu eigenen Arbeitsbedingungen
- Ausschaltung der rechtlichen Risiken einer betriebsbedingten Kündigung (vor allem hinsichtlich der Sozialauswahl)
- Zeitgewinn für ggf. länger andauernde Übernahmeverhandlungen

## III.TG – das Modell Dörries Scharmann (6), Rn. 628 ff.

Vorteile für die Arbeitnehmer:

- Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen
- Neubegründung eines befristeten Arbeitsverhältnisses zur BQG
  - ▶ Aufschiebung der Erwerbslosigkeit und der ALG I Zeit
  - ▶ Ggf. Verlängerung des Arbeitslosengeldanspruches (Überschreiten von Altersgrenzen, Vorbeschäftigungszeiten)
- Chance auf Arbeitsplatz in Erwerbergesellschaft
- Keine Verpflichtung zur Annahme eines Anstellungsverhältnisses, keine drohenden Kürzungen
- Aktive Unterstützung bei Vermittlung nach Qualifizierung/Fortbildung
- Turbo/Sprinterprämie für AN bei schneller Vermittlung oder bereits vorhandenem neuen Arbeitsvertrag
- Ruhenlassen des Arbeitsverhältnisses mit der Transfergesellschaft

### III. TG/Transfergesellschaft & das Modell Dörries Scharmann

- Mit jüngster Entscheidung „**Lotterie-Urteil**“ (BAG, Az. 8 AZR 312/10) hat BAG erneut die **grundsätzliche Zulässigkeit** des Dörries Scharmann Modells **bestätigt, Rn. 633**
- Tatbestand:
  - Es sollten AN durch Unterzeichnung mehrerer dreiseitiger Verträge in Form einer zeitlichen Staffelung mit jeweils verschiedenen Austrittsdaten und den korrespondierenden Eintrittsdaten zum Wechsel in TG unwiderrufliche Vertragsangebote abgeben
  - TG und Veräußerer nahmen hiervon eines an
  - Bevor die Annahme erfolgt war, wurden den AN Neuverträge mit Erwerber vorgelegt, die AN – wiederum als ihrerseits verbindliches Angebot – in unbefristeter und befristeter Form unterzeichneten
  - Erwerber teilte sodann mit, in 352 Fällen von 452 neue Arbeitsverträge anzunehmen -> **It. BAG überwiegende Wahrscheinlichkeit der Übernahme**
  - Anschließend wurde auf Grundlage eines Stellenplans **per Losentscheid** bestimmt, wer eine Stelle erhalten sollte
  - Rechtliche Verweildauer des klagenden AN in TG betrug **24 Stunden**



### III. TG/Transfergesellschaft & das Modell Dörries Scharmann

- Dreiseitiger Vertrag stellt Umgehung des § 613 a BGB dar; zwar sei Arbeitsvertrag mit TG im Grundsatz wirksam, allerdings fehle es am **endgültigen** Ausscheiden des AN
- Da AN bereits vor wirksamen Abschluss des dreiseitigen Vertrags ein vorformulierter Arbeitsvertrag übergeben worden war, sei ihm ein neues AV „verbindlich in Aussicht gestellt worden“ – **kein Risikogeschäft!**
- Zudem lediglich 24-stündiger Aufenthalt in TG nur Beschäftigung „auf dem Papier“, da keine gegenseitigen Austauschleistungen erfolgten und damit AV zur TG „nie betrieben“ wurde
- **Im Grundsatz** hat jedoch BAG bisherige Rspr. **bestätigt**, wie sich aus Leitsatz „Aufhebungsvertrag ist wirksam, wenn er auf das endgültige Ausscheiden des AN gerichtet ist“ ergibt
- Es bleibt festzuhalten, dass BAG zwar erneut grundsätzliche Zulässigkeit bestätigt hat, jedoch Einbindung TG wird weiterhin von Fallstricken durchzogen – **Kein Allheilmittel gegen § 613 a BGB!**

## III. TG/Transfergesellschaft & das Modell Dörries Scharmann

Kritische jüngere landesarbeitsgerichtliche Rspr.:

- Zwar kann im Grundsatz von gefestigter Rspr. des BAG gesprochen werden; allerdings wenden kritische landesarbeitsgerichtliche Urteile die vom BAG aufgestellten Grundsätze restriktiv an
- Nach LAG Köln vom 7.3.2013, Az. 9 Sa 1310/11 - sei die von vornherein geplante **„Neu“-Einstellung des wesentlichen Teils der früheren Belegschaft** Umgehung des § 613 a BGB, wenn die geplante Fortführung des Betriebes ohne Unterbrechung **nur mit der ganz überwiegenden Zahl der Stammarbeiter möglich** ist
- Es werde in diesem Fall die Übernahme den beschäftigten AN **verbindlich in Aussicht gestellt**; der dreiseitige Vertrag sei unwirksam
- Dauer der Betriebsunterbrechung/ -einstellung? -> Starkes Argument, wenn die Gesamtbelegschaft an Transfermaßnahmen teilgenommen hat; dieses ist aus betrieblichen Gründen aber häufig nicht darstellbar.

## III. § 613a BGB in massearmen Insolvenzverfahren, Rn. 641 ff.

### Möglichkeit, die Rechtsfolgen von § 613a BGB zu vermeiden

- **Modell in Weiterentwicklung des Modells Dörries Scharmann**
  - Insolvenzverwalter klärt umfassend über nichtgewollten § 613a BGB auf
  - Aufhebungsvertrag mit Arbeitnehmern und vorsorglicher Widerspruch gegen Betriebsübergang
  - Keine Zwischenschaltung BQG
  - Ebenfalls Risikogeschäft für Arbeitnehmer: Abfindung – und damit Arbeitslosigkeit oder Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit Investor
  - Bislang praktisch hohe Erfolgsquote, aber noch nicht gerichtlich geprüft!

**Folge: Beendigung der Arbeitsverhältnisse ist wirksam – Kündungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB greift nicht**

**!!! ABER: Restrisiko bleibt immer !!!**

## III. § 613a BGB in massearmen Insolvenzverfahren (2), Rn. 641 ff.

**Problem: Bei vielen Verfahren ist nicht genügend Masse für eine BQG vorhanden**

### **Weiterentwicklung der Grundsätze der Dörries Scharmann- Entscheidung:**

- AN werden vollumfänglich über § 613a BGB informiert, ihnen wird mitgeteilt, dass Investor Risiko eines „unkontrollierten“ Betriebsübergangs nicht trägt und bei bestehendem Risiko von Investition Abstand nimmt
- (Hoffentlich) alle AN unterzeichnen Aufhebungsvertrag, der regelt, dass sie eine pauschale Abfindung erhalten, soweit sie vom Investor kein Angebot zum Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages erhalten
- Auch hier muss es sich um ein **Risikogeschäft** für AN handeln; kein AN darf Kenntnis haben, ob er Bestandteil der „Positivliste“ war

## III. § 613a BGB in massearmen Insolvenzverfahren (3), Rn. 641 ff.

- Käufer hat regelmäßig ein Rücktrittsrecht vom Kaufvertrag, wenn nicht alle Mitarbeiter Aufhebungsverträge unterzeichnen
- BQG wird nicht eingerichtet; AN die keinen neuen AV erhalten werden arbeitslos
- Achtung: Abfindung wird auf Arbeitslosengeld angerechnet, daher Abfindung so pauschalisieren, dass gewerbliche AN Differenz zwischen Arbeitslosengeld und Nettolohn für 3 Monate behalten dürfen, dann kein wirtschaftlicher Nachteil im Vergleich zur Kündigungsfrist, § 113 InsO
- Dieses Modell funktioniert regelmäßig nur bei Übertragung auf den Eröffnungstichtag, da AN wegen Lohnrückständen zu diesem Stichtag fristlos kündigen bzw. Aufhebungsvertrag schließen können, ohne Sperrzeit zu erhalten
- Einschaltung der lokalen Agentur für Arbeit ist ratsam, ggf. auch außerordentliches Kündigungsrecht „vereinbar“, wenn Übertragung z. B. erst einen Monat nach Eröffnung, aber Masseunzulänglichkeit droht

## III. § 613a BGB in massearmen Insolvenzverfahren (4), Rn. 641 ff.

Erstmalig gerichtlich überprüft:

- ArbG Lübeck, ZIP 2010, 2316, nun: LAG Schleswig-Holstein, 2 Sa 555/10, nicht veröffentlicht
- Geschäftsgrundlage: Neuanstellung von 15 AN
- Nicht verboten ist der Abschluss des Aufhebungsvertrages, arg. § 613a Abs. 6 BGB, Widerspruch gegen Betriebsübergang
- Ziel war nicht die Aufweichung des Kündigungsverbotes, sondern endgültiges Ausscheiden des Arbeitnehmers
- Risikogeschäft: Positivliste oder nur Hoffnung auf Sozialplan, finanziert aus Kaufpreis
- Jeder Aufhebungsvertrag ist einzeln zu betrachten – nur „angerissen“: Unwirksamkeit der Aufhebungsverträge der neu angestellten Arbeitnehmer – Aufgabe des Erfordernisses „Ziel nicht Diskontinuität“?

### III. Veräußererkündigung mit Erwerberkonzept, Rn. 655 ff.

#### Weitere Möglichkeit, die Rechtsfolgen von § 613a BGB zu vermeiden

- **Veräußerer-  
kündigung  
auf  
Erwerber-  
konzept**
- Erwerber erstellt verbindliches Konzept, aus dem sich unternehmerische Entscheidung ergibt, dass bestimmte Arbeitsplätze des übernommenen Betriebes künftig wegfallen
- Insolvenzverwalter setzt dieses Konzept um und kündigt entsprechend Arbeitnehmern

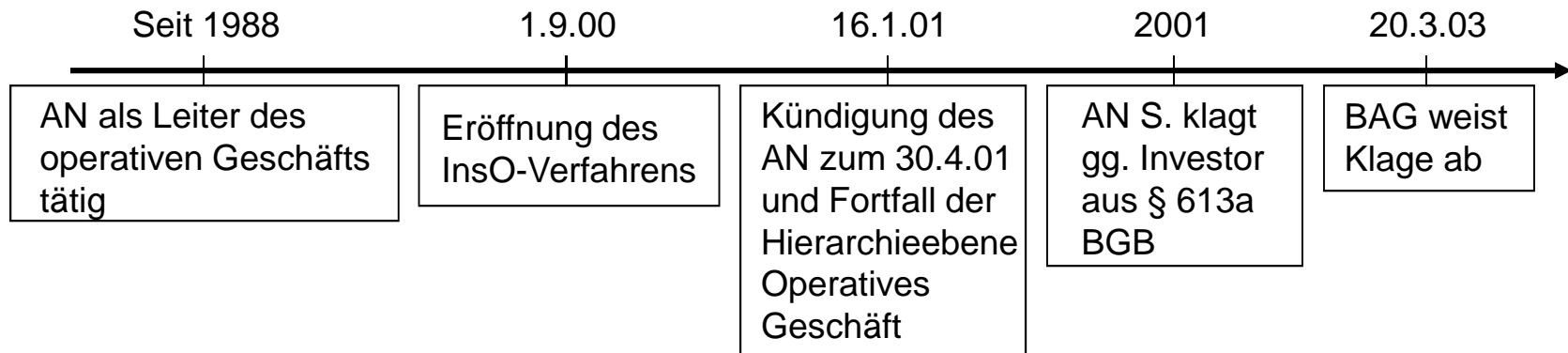
BAG, Az. 8 AZR 97/02

**Folge: Kündigung ist wirksam –  
Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB  
greift nicht**

**!!! ABER: Restrisiko bleibt immer !!!**

### III. Veräußererkündigung mit Erwerberkonzept (2), Rn. 655 ff.

BAG, ZIP 2003, 1617 ff.





## III. Veräußererkündigung mit Erwerberkonzept (3), Rn. 655 ff.

### Zusammenfassung der Entscheidung

- Keine Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB, wenn für die Kündigung des Veräußerers ein verbindliches Konzept oder Sanierungsplan des Erwerbers vorliegt, dessen Durchführung zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung greifbare Formen angenommen hat.
  - ▶ Voraussetzung: Tatsächliche Verwirklichung mittels rechtsverbindlichem Sanierungsplan oder Abschluss eines Vorvertrages
  - ▶ Unerheblich – jedenfalls beim Betriebsübergang aus der Insolvenzmasse – ist, ob das Sanierungskonzept beim Veräußerer hätte durchgeführt werden können – auch „nicht-selbsttragende Veräußererkündigung“ ist zulässig
  - ▶ Grund: § 613a Abs. 4 BGB bezweckt nicht eine „künstliche Verlängerung“ des Arbeitsverhältnisses bei einer vorhersehbar fehlenden Beschäftigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers beim Erwerber

# III. Sozialauswahl bei Teilbetriebsstilllegung und -übergang, Rn. 561

## Keine Beschränkung der Sozialauswahl bei beabsichtigter Teilbetriebsstilllegung und Teilbetriebsübergang (BAG vom 28.10.04, Az. 8 AZR 391/03)

### Sachverhalt

- AN im stillgelegten Betriebsteil 1 als Lagerleiter wird gekündigt
- Weiterer jüngerer Lagerleiter mit kürzerer Betriebszugehörigkeit in übertragenem Betriebsteil 2 wird von Erwerber übernommen
- AN wandte sich gegen Kündigung wegen Verstoßes gegen Sozialauswahl, § 1 Abs. 3 KSchG



### BAG-Entscheidung

- Vor betriebsbedingter Kündigung ist auf ganzen Betrieb bezogene Sozialauswahl erforderlich
  - AN des stillzulegenden und des zu übertragenden Betriebsteils
- Konsequenz des Schutzzwecks der Sozialauswahl gem. § 1 Abs. 3 KSchG: Erhalt des Arbeitsplatzes des sozial schwächeren AN

**Fazit: Umfassende Sozialauswahl im ganzen Betrieb erschwert Teilveräußerung**

# III. Kündigung zur Verbesserung der Verkaufschancen, Rn. 686 ff.

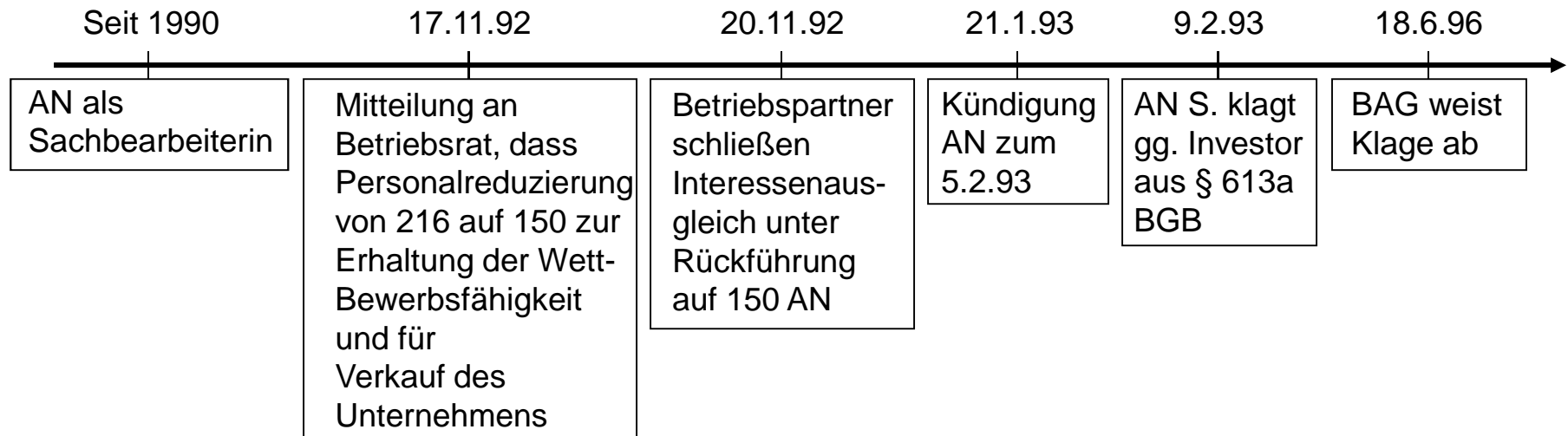
## Weitere Möglichkeit die Rechtsfolgen von § 613a BGB zu vermeiden

- **Kündigung zur Verbesserung der Verkaufschancen**  
  
BAG, AZ: 8 AZR 127/94
- Insolvenzverwalter führt Rationalisierung zur Verbesserung der Verkaufschancen in Umsetzung eines eigenen Sanierungskonzepts durch
- Erforderlich werdende Kündigungen erfolgen nicht wegen des Betriebsüberganges
- Rechtsverbindliche Vereinbarung mit dem Erwerber über Betriebsübergang nicht erforderlich  
**Folge: Kündigung ist wirksam – Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB greift nicht**

**!!! ABER: Restrisiko bleibt immer !!!**

## III. Kündigung zur Verbesserung der Verkaufschancen (2), Rn. 686 ff.

BAG, NZA 1997, 148



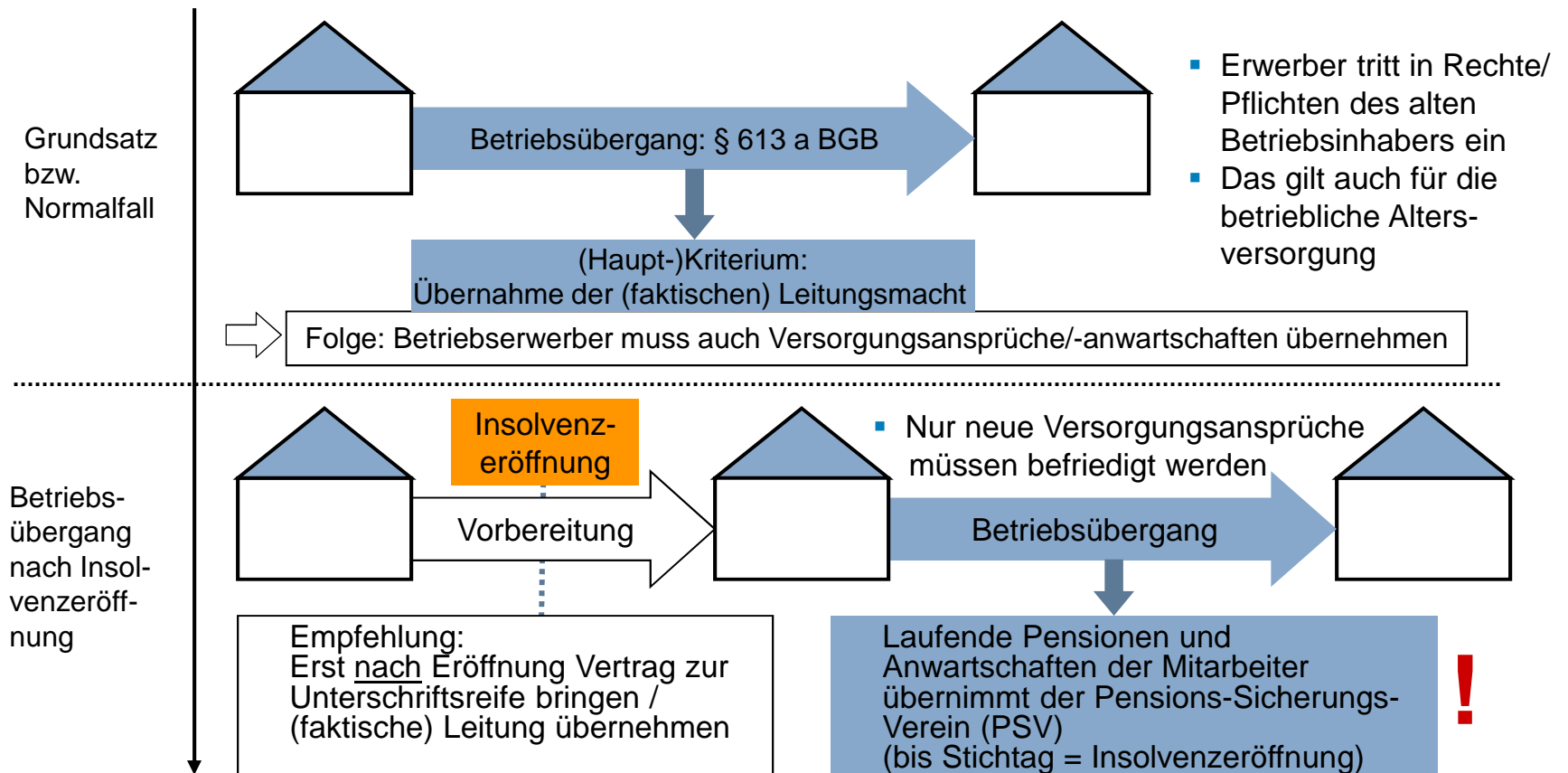
## III. Kündigung zur Verbesserung der Verkaufschancen (3), Rn. 686 ff.

### Zusammenfassung der Entscheidung

- Kein Verstoß gegen § 613a Abs. 4 BGB, wenn die Kündigung der Rationalisierung (Verkleinerung) des Betriebs zur Verbesserung der Verkaufschancen dient.
  - ▶ Ein Rationalisierungsgrund liegt vor, wenn der Betrieb ohne die Rationalisierung stillgelegt werden müsste
  - ▶ Kündigungsverbot des § 613a Abs. 4 BGB schützt nicht vor Risiken, die sich jederzeit unabhängig vom Betriebsübergang aktualisieren können
  - ▶ Betriebsinhaber ist durch das Kündigungsverbot nicht gehindert, auch im Zusammenhang mit der Veräußerung des Betriebs Rationalisierungen zur Verbesserung des Betriebs durchzuführen (eigenes Sanierungskonzept) und zu diesem Zweck unabhängig von der Person des Erwerbers betriebsbedingte Kündigungen auszusprechen
  - ▶ In diesem Fall ist zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung eine rechtsverbindliche Vereinbarungen zwischen dem Veräußerer und Erwerber über den Betriebsübergang nicht erforderlich

# III. Betriebliche Renten und Zusagen im Insolvenzfall, Rn. 716 ff.

## Betriebliche Pensionsansprüche in der Insolvenz



# Inhalt

- I. Phasen für den Unternehmenskauf in der Krise / Insolvenz
- II. Ausgewählte Problemstellungen und Sonderfälle
- III. Betriebsübergang gemäß § 613a BGB
- IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte**
- V. Unternehmensverkauf aus der Insolvenz
- VI. Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S6
- VII. Grundlagen der Unternehmensbewertung

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

### 1. Interessen des Verkäufers in der Krise, Rn. 731 ff.

- Verkäufer will Verlust aus Veräußerung steuerlich geltend machen und keinesfalls eine Steuerbelastung ohne Liquiditätszufluss verursachen
- Verlustrücktrag ist gem. § 10d EStG auf das Vorjahr und in Höhe von 1 Mio. € (bei Ehegatten 2 Mio. €) begrenzt.
- Verlustvortrag ist gem. § 10d EStG bis zu 1 Mio. € pro Jahr unbeschränkt und darüber hinaus zu 60% des übersteigenden Betrages möglich (“Mindestbesteuerung”) – grundsätzlich kein Verstoß gegen Verfassungsrecht gem. BFH-Urteile v. 22.8.2012 – I R 9/11, DStR 2012, 2435 sowie v. 20.09.2012 – IV R 29/10, DStR 2012, 2488 und IV R 36/10, DStR 2012, 2481; aber verfassungsrechtliche Bedenken bei Definitiveffekten (BFH-Vorlagebeschluss v. 26.2.2014, DStR 2014, 1761 (BVerfG – 2 BvL 19/14)).



## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

### 1. Interessen des Verkäufers in der Krise, Rn. 731 ff.

- Kein Vorläufigkeitsvermerk bei nur abstrakter Möglichkeit eines sog. Definitiveffekts (BFH-Urteil v. 17.12.2014 – I R 32/13, DStR 2015, 828).
- Ist das Insolvenzverfahren auf die Verwertung der Gegenstände gerichtet, so gelten hinsichtlich des Veranlagungszeitraums die Regeln des § 11 KStG betreffend die Liquidation (FinMin. Thüringen, Erlass v. 22.7.2004, DStR 2004, 1922). In diesem Fall kann der Sockelbetrag von 1 Mio. € auch bei mehrjährigem Insolvenzverfahren nur einmal in Anspruch genommen werden (vgl. BFH-Urteil v. 23.1.2013 – I R 35/12, DStR 2013, 646).

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung Beispiele

### Beispiel (1)

„Veräußerungsgewinn bei negativem Kapitalkonto“, Rn. 744 f.:

Das Kapitalkonto des Kommanditisten K ist negativ in Höhe von 1 Mio. € und es besteht ein verrechenbarer Verlust gem. § 15 a Abs. 2 EStG in Höhe von 500.000 €. Der Erwerber übernimmt diesen Kommanditanteil ohne Zahlung eines zusätzlichen Kaufpreises.

### Lösung:

Es entsteht bei K ein Veräußerungsgewinn gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG in Höhe von 1 Mio. €. Von diesem Veräußerungsgewinn sind die vorhandenen nur verrechenbaren Verluste gem. § 15 a Abs. 2 EStG abzuziehen, so dass ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn in Höhe von 500.000 € verbleibt (ohne Liquiditätszufluss aus der Veräußerung des KG-Anteils!).

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung Beispiele

### Beispiel (2)

„Veräußerungsverlust bei GmbH-Gesellschafter“, Rn. 755:

X ist zu 100 % an der X-GmbH mit einem Stammkapital in Höhe von 100.000 € beteiligt. Des Weiteren hat X Darlehen mit einem von vornherein vereinbarten Rangrücktritt in Höhe von 1 Mio. € gewährt und sich für das valutierende Kontokorrentdarlehen in Höhe von 200.000 € selbstschuldnerisch verbürgt. Bei Gründung der GmbH waren Beratungs- und Notarkosten in Höhe von 10.000 € bei X entstanden.

X vereinbart mit dem Erwerber E die Übertragung der Anteile an der X-GmbH für einen Kaufpreis in Höhe von 50.000 € unter der Bedingung, dass X auf seinen Darlehensanspruch unwiderruflich verzichtet und zudem im Wege der Schuldübernahme das Kontokorrentdarlehen übernimmt (Verkauf „Debt Free“). Die Veräußerungskosten trägt der Erwerber.

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung Beispiele

### Lösung:

X erzielt folgenden Veräußerungsverlust gem. § 17 Abs. 2 EStG:

Veräußerungspreis	50.000 €
./. Anschaffungskosten X-Anteile	100.000 €
./. Anschaffungsnebenkosten	10.000 €
./. Nachträgliche Anschaffungskosten:	
Krisendarlehen	1.000.000 €
Bürgschaft/Schuldübernahme	<u>200.000 €</u>
Veräußerungsverlust	1.260.000 €

Nach § 3 Nr. 40c S. 1 EStG sind lediglich 60 % des Veräußerungsverlusts zu berücksichtigen, sodass vorliegend X gemäß § 17 EStG einen Veräußerungsverlust in Höhe von 756.000 € steuerlich geltend machen kann.

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 2. Erwerberinteressen

- Erwerber will grundsätzlich hohes AfA-Potential
  - ▶ Erreichbar durch “Asset Deal” oder “Share Deal” oder vorheriger Ausgliederung zu Teilwerten
- Für Veräußerer i.d.R. akzeptabel, sofern Verrechnung des Veräußerungsgewinns mit Verlustvortrag (aber Begrenzung der Verlustverrechnung gem. § 10d EStG seit 2004!!)
- Ergebnis:           Insoweit grundlegend günstigere Situation als bei Unternehmenskauf außerhalb der Krise

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung Beispiele

### Beispiel (3) „Step Up“, Rn. 770:

V überträgt im Wege des Asset Deals seinen Gewerbebetrieb einschließlich der betrieblichen Verbindlichkeiten auf S. S verpflichtet sich gegenüber V zu einer Kaufpreiszahlung in Höhe von 2,5 Mio. €. Die Bilanz des Gewerbebetriebes zum Übertragungszeitpunkt stellt sich wie folgt dar:

	<b>Buchwert</b>	<b>(Teilwert)</b>		<b>Buchwert</b>
Geschäfts- oder Firmenwert	-	(2 Mio. €)	Kapital	1 Mio. €
Anlagevermögen	4 Mio. €	(5 Mio. €)	Verbindlichkeiten	7 Mio. €
Umlaufvermögen	5 Mio. €	(5 Mio. €)	Rückstellungen	1 Mio. €
	9 Mio. €	12 Mio. €		9 Mio. €

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung Beispiele

### Lösung:

Zum Erwerb des Betriebs wendet S 2,5 Mio. € auf. V erzielt durch die entgeltliche Übertragung seines Betriebs einen nach §§ 16, 34 EStG begünstigten Veräußerungsgewinn in Höhe von 1,5 Mio. € (Veräußerungsentgelt 2,5 Mio. € ./- Betriebsvermögen 1 Mio. €).

S hat V neben dem Kapitalkonto von 1 Mio. € auch Teile der bisher nicht aufgedeckten stillen Reserven bezahlt (vgl. BFH-Urteil vom 10. Juli 1986, BStBl. II, 811). Für S ergeben sich folgende Wertansätze:

Im Anlage- und Umlaufvermögen sind folgende stille Reserven enthalten:

Anlagevermögen	1 Mio. €
Umlaufvermögen	0 Mio. €
	<hr/>
	1 Mio. €
	<hr/>

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung Beispiele

Diese stillen Reserven werden vollständig aufgedeckt. Zu einer Aufdeckung der in dem von V selbst geschaffenen Geschäfts- und Firmenwert enthaltenen stillen Reserven kommt es dagegen nur anteilig in Höhe von 0,5 Mio. €.

S hat die Buchwerte um die anteilig aufgedeckten stillen Reserven wie folgt aufzustoßen:

Anlagevermögen bisheriger Buchwert	4,0 Mio. €
+ anteilig aufgedeckte stille Reserven	1,0 Mio. €
	<hr/>
	5,0 Mio. €
	<hr/>
Geschäfts- oder Firmenwert bisheriger Buchwert	0,0 Mio. €
+ anteilig aufgedeckte stille Reserven	0,5 Mio. €
	<hr/>
	0,5 Mio. €
	<hr/>



## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung Beispiele

Die Eröffnungsbilanz des S lautet:

Geschäfts- oder Firmenwert	0,5 Mio. €	Kapital	2,5 Mio. €
Anlagevermögen	5,0 Mio. €	Verbindlichkeiten	7,0 Mio. €
Umlaufvermögen	5,0 Mio. €	Rückstellungen	1,0 Mio. €
	10,5 Mio. €		10,5 Mio. €

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 3. Besteuerung von Sanierungsgewinnen

- Sanierungsgewinne sind grundsätzlich steuerpflichtige Betriebseinnahmen (seit Streichung des § 3 Nr. 66 EStG a.F. zum 31. Dezember 1997)
- Bisherige Handhabung der Finanzverwaltung nach dem Billigkeitserlass des BMF vom 27. März 2003 – IV A 6-S 2140-8/03, BStBl. I 2003, 240, ergänzt durch das BMF v. 22. Dezember 2009 – IV C 6-S 2140/07/10001-01, BStBl. I 2010, 18 (sog. **Sanierungserlass**)
  - ▶ **Voraussetzungen:**
    - ▶ Sanierungsbedürftigkeit, -fähigkeit, -eignung des Forderungsverzichts
    - ▶ Sanierungsabsicht der Gläubiger
    - ▶ Ausschöpfung sämtlicher Verlustverrechnungsmöglichkeiten
  - ▶ **Billigkeitsmaßnahme:**
    - ▶ Abweichende Festsetzung sowie Stundung unter Widerrufsvorbehalt mit dem Ziel des späteren Erlasses der auf den Sanierungsgewinn entfallenden Steuern

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung Beispiele

### Beispiel „Sanierungsgewinn“, Rn. 896:

X-GmbH erzielt in 01 einen Gewinn aus Gewerbebetrieb in Höhe von 8 Mio. €

Darin enthalten ist ein Sanierungsgewinn aufgrund eines Forderungsverzichts von 10 Mio. €

und ein Verlust aus laufendem Geschäft von 2 Mio. €

Der Verlustvortrag aus den Vorjahren gem. § 10d EStG beträgt 5 Mio. €

Nach Verrechnung mit dem Verlustvortrag verbleibt ein zu versteuernder Sanierungsgewinn von 3 Mio. €

Die Steuer auf diesen Sanierungsgewinn ist unter den genannten Voraussetzungen unter Widerrufsvorbehalt ab Fälligkeit zu stunden.

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung Beispiele

Im Folgejahr 02 erzielt die X-GmbH negative Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von 1 Mio. €, sodass nach Auffassung der Finanzverwaltung dieser Verlust vorrangig mit dem im Vorjahr nach Verlustverrechnung versteuerten Sanierungsgewinn im Wege des Verlustrücktrags gem. § 10d Abs. 1 EStG zu verrechnen ist. Danach ergibt sich folgende Berechnung:

Im Vorjahr 01 zu versteuernder (gestundeter) Sanierungsgewinn	3 Mio. €
Verlustrücktrag aus Folgejahr 02	<u>- 1 Mio. €</u>
Verbleibender Sanierungsgewinn	2 Mio. €

Die Steuerstundung wäre danach entsprechend anzupassen. Steht dieser Sanierungsgewinn endgültig fest, so wird die Steuer hierauf gemäß § 227 AO bei einer Ermessensreduzierung auf null von der Finanzbehörde erlassen.

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 3. Besteuerung von Sanierungsgewinnen

**Beschluss des Großen Senats des BFH v. 28.11.2016  
(GrS 1/15, DStR 2017, 305)**

**BEACHTEN:** Nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH v. 28. November 2016 (GrS 1/15, DStR 2017, 305) verstößt das BMF mit dem unter den Voraussetzungen des sog. Sanierungserlasses vorgesehenen Billigkeitserlass der auf einen Sanierungsgewinn entfallenden Steuer gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

Nach Auffassung der Großen Senats des BFH erfüllen die im Sanierungserlass enthaltenen Anforderungen nicht die Voraussetzungen für einen Steuererlass aus Billigkeitsgründen.

Eine Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen könnte danach nur noch durch Billigkeitsmaßnahmen im Einzelfall erreicht werden, wenn außerhalb des Sanierungserlasses liegende Billigkeitsgründe gegeben sind. Die rechtlichen Grundlagen für einen Steuererlass aus Billigkeitsgründen finden sich in den Vorschriften der §§ 163, 227 AO (Rn. 145)

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 3. Besteuerung von Sanierungsgewinnen

**Beschluss des Großen Senats des BFH v. 28.11.2016  
(GrS 1/15, DStR 2017, 305)**

**Voraussetzungen der sachlichen Unbilligkeit (Rn. 109 ff.)**

- Ein durch einen Forderungsverzicht entstandener Sanierungsgewinn stellt keinen atypischen Einzelfall dar (Rn. 114). Auch ein aus wirtschafts- oder ggf. auch arbeitsmarktpolitischen Gründe in Sanierungsabsicht erklärter Forderungsverzicht kann keine Billigkeitsmaßnahme rechtfertigen (Rn. 118).
- Keine sachliche Unbilligkeit wegen wirtschaftlicher Beeinträchtigung zur „Unzeit“, durch steuerliche Belastung durch den Sanierungsgewinn, welche den durch den Forderungsverzicht gewonnenen wirtschaftlichen Spielraum wieder einengt. Steueransprüche sind nicht schon deshalb sachlich unbillig, weil sie zu einer erheblichen wirtschaftlichen Beeinträchtigung führen (Rn. 119).
- Vorrangige und vollständige Verrechnung des Sanierungsgewinns mit Verlustvorträgen und negativen Einkünften stellt ebenfalls keine zulässige Billigkeitsmaßnahme dar (Rn. 127 ff.).
- Das mit der InsO verfolgte Ziel, insolvente Unternehmen zu erhalten und die außergerichtliche Sanierung zu fördern, zwingt nicht zu der Folgerung, der Fiskus habe sich mit Steuersubventionen an Sanierungen zu beteiligen (Rn. 139).

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 3. Besteuerung von Sanierungsgewinnen

**BMF-Schreiben v. 27. April 2017 (IV C 6 – S 2140/13/1003)**

**Vorläufige Regelung aufgrund des Beschlusses des Großen Senats des BFH v. 28. November 2016 bis zu einer wirksamen gesetzlichen Regelung der Sanierungsbesteuerung (1/2):**

- Das alte BMF-Schreiben vom 27. März 2003 ist weiterhin anzuwenden, sofern der Forderungsverzicht bis zum 8. Februar 2017 endgültig vollzogen wurde (beim Insolvenzplan ist Rechtskraft maßgeblich)
- Bei einer verbindlichen Auskunft (§ 89 Abs. 2 AO) oder verbindlichen Zusage (§§ 204 AO) bis zum 8. Februar 2017 zur Anwendung des alten Sanierungserlass, ist diese nicht aufzuheben, wenn der Forderungsverzicht im Aufhebungszeitpunkt bereits im Wesentlichen vollzogen wurde bzw. nicht mehr beeinflusst werden kann (Vertrauensschutz).
- Bei einer verbindlichen Auskunft (§ 89 Abs. 2 AO) oder verbindlichen Zusage (§§ 204 AO) nach dem 8. Februar 2017 zur Anwendung des alten Sanierungserlass, ist diese nicht aufzuheben, wenn der Forderungsverzicht im Aufhebungszeitpunkt bereits vollzogen wurde.

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 3. Besteuerung von Sanierungsgewinnen

**BMF-Schreiben v. 27. April 2017 (IV C 6 – S 2140/13/1003)**

**Vorläufige Regelung aufgrund des Beschlusses des Großen Senats des BFH v. 28. November 2016 bis zu einer wirksamen gesetzlichen Regelung der Sanierungsbesteuerung (2/2):**

- In allen übrigen Fällen gilt folgendes:
  - ▶ Billigkeitsmaßnahmen als abweichende Steuerfestsetzungen (§163 Abs. 1 Satz 2 AO) oder Stundungen (§222 AO) sind nur noch unter Widerrufsvorbehalt vorzunehmen
  - ▶ Die abweichende Steuerfestsetzung/Stundung ist zu widerrufen, wenn eine gesetzliche Regelung zur steuerlichen Behandlung von Sanierungserträgen in Kraft tritt oder bis zum 31. Dezember 2018 nicht in Kraft getreten ist
  - ▶ Erlassentscheidungen (§227 AO) sind zurückzustellen



# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 3. Besteuerung von Sanierungsgewinnen

**Beschluss des Großen Senats des BFH v. 28. November 2016 (GrS 1/15, DStR 2017, 305) - BMF-Schreiben v. 27. April 2017 (IV C 6 – S 2140/13/1003)**

**Neuregelung der Besteuerung von Sanierungserträgen - § 3a EStG (1/2):**

- Steuerfreiheit von unternehmensbezogenen Sanierungserträgen, wenn zum Zeitpunkt des Schuldenerlasses die Sanierungsbedürftigkeit und die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens sowie die Sanierungseignung und die Sanierungsabsicht der Gläubiger nachgewiesen werden
  - ▶ Entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Sanierungserlass

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 3. Besteuerung von Sanierungsgewinnen

**Beschluss des Großen Senats des BFH v. 28. November 2016 (GrS 1/15, DStR 2017, 305) - BMF-Schreiben v. 27. April 2017 (IV C 6 – S 2140/13/1003)**

**Neuregelung der Besteuerung von Sanierungserträgen - § 3a EStG (2/2):**

- Steuerliche Wahlrechte müssen im Sanierungsjahr steuermindernd ausgeübt und Verlustausgleich- und Verlustverrechnungen müssen vorrangig angewendet werden; zudem sind bestimmte Begrenzungen des Betriebsausgabenabzugs im Zusammenhang mit dem Schuldenerlass/Sanierungsertrag gem. § 3a Absatz 3 Nr. 1 bis 13 EStG sowie § 3c Absatz 4 EStG zu berücksichtigen
  - ▶ Verlustverrechnungspotentiale sind vorrangig vollständig auszuschöpfen
  - ▶ Sanierungskosten und Zahlungen auf Besserungsscheine sind steuerlich keine abziehbare Betriebsausgabe
  - ▶ Vermeidung einer Doppelbegünstigung

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 3. Besteuerung von Sanierungsgewinnen

**Beschluss des Großen Senats des BFH v. 28. November 2016 (GrS 1/15, DStR 2017, 305) - BMF-Schreiben v. 27. April 2017 (IV C 6 – S 2140/13/1003)**

**Neuregelung der Besteuerung von Sanierungserträgen - § 3a EStG:**

- Regelung gilt über § 8 Absatz 9 Satz 9 KStG entsprechend für die Körperschaftsteuer sowie gemäß § 7b GewStG auch für die Gewerbesteuer
- Rückwirkende Anwendung des § 3a EStG auf Sanierungserträge, die nach dem 8. Februar 2017 entstanden sind (vgl. BMF Schreiben v. 27. April 2017)
- Beihilferechtliche Notifizierung bei der EU-Kommission gem. Art 108 Abs. 3 Satz 1 AEU-Vertrag
  - ▶ Vorbehalt im Gesetzesentwurf, dass dieser erst in Kraft tritt, wenn die EU-Kommission beschlossen hat, dass keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikel 107 Absatz 1 AEU-Vertrag
  - ▶ Endgültige Rechtssicherheit bei Inkrafttreten der Neuregelung mit Rückwirkung

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

### 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F., Rn. 780 ff.

§ 8 Abs. 4 S. 1 KStG – Beschränkung des Verlustabzugs bis einschließlich 31.12.2007

- **Bisheriges Konzept des § 8 Abs. 4 KStG a.F.:**

Wegfall der wirtschaftlichen Identität und somit Untergang des Verlustabzugs einer Körperschaft, wenn:

- ▶ schädlicher AE-Wechsel und
- ▶ Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens
- ▶ Ausnahme: Sanierungsprivileg

- **Neues Konzept des § 8c KStG:**

das wirtschaftliche Engagement eines anderen AE ändert oder beseitigt die wirtschaftliche Identität der Körperschaft, so dass

- ▶ allein ein schädlicher AE-Wechsel Voraussetzung für Beschränkung oder Ausschluss des Verlustabzuges ist

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F. Überblick, Rn. 786 ff.

- **Zweistufige Wirkungsweise des § 8c KStG :**
  1. Stufe: bei schäd. Beteiligungserwerb von mehr als 25 % und bis zu 50 %: quotale Beschränkung des Verlustabzuges (Satz 1)
  2. Stufe: bei schäd. Beteiligungserwerb von mehr als 50 % der Anteile: vollständiger Untergang des Verlustabzuges (Satz 2)
- Regelung gilt für GewSt entsprechend (§ 10a Satz 8 GewStG)
- keine Ausnahme für börsennotierte Gesellschaften
- gemäß § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG entsprechende Anwendung für Zinsvortrag nach § 4h Abs. 1 Satz 2 EStG
- **Beschluss des BVerfG vom 29.3.2017 - 2 BvL 6/11**, DStR 2017, 1094 ff., nach Vorlage des FG Hamburg vom 4.4.2011, BB 2011, 1891, wonach Regelung des § 8c KStG verfassungswidrig ist

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F.

**Beschluss des 2. Senats v. 29. März 2017 – 2 BvL 6/11**  
**Verfassungswidrigkeit von § 8c (Abs. 1) S. 1 KStG (1/2):**

- § 8c (Abs. 1) S. 1 KStG in der Fassung zwischen 1. Januar 2008 und 31. Dezember 2015 ist mit dem Gleichheitsgrundsatz gem. Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar
- Betroffen sind nur schädliche Anteilsübertragungen zwischen 25% und 50% (**nicht bei mehr als 50%!**) in den Veranlagungszeiträumen 2008 bis 2015 (nicht nach 2015)
- Der Gesetzgeber ist verpflichtet, spätestens bis zum 31. Dezember 2018 rückwirkend zum 1. Januar 2008 eine Neuregelung zu treffen.
- Weitere Zweifel an Verfassungsgemäßheit der Regelung betreffend die Übertragung von mehr als 50% – **Vorlage des FG Hamburg zum BVerfG vom 29.8.2017 – 2 K 248/17**, DStR 2017, 2377; vgl. hierzu auch Roth, EWIR 2018, 107f.

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F.

**Beschluss des 2. Senats v. 29. März 2017 – 2 BvL 6/11  
Verfassungswidrigkeit von § 8c (Abs. 1) S. 1 KStG (2/2):**

- Sollte der Gesetzgeber seiner Verpflichtung nicht nachkommen, tritt am 1. Januar 2019 im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit rückwirkend auf den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens die Nichtigkeit von § 8c (Abs. 1) S. 1 KStG ein.
- BMF-Schreiben v. 28.11.2017 zu § 8c KStG, BStBl. I 2017, 1645, wonach § 8c S.1 bzw. Abs. 1 S.1 KStG vor dem 1.1.2016 bis zu einer gesetzlichen Neuregelung auf unmittelbare Beteiligungserwerbe vorerst nicht anzuwenden ist
- Denkbare Handlungsoptionen des Gesetzgebers:
  - ▶ Schaffung einer Regelung nur für 2008 – 2015
  - ▶ Vollständige Neuregelung des Verlustuntergangs
  - ▶ Rückwirkende Anwendung von § 8d KStG ab 1. Januar 2008

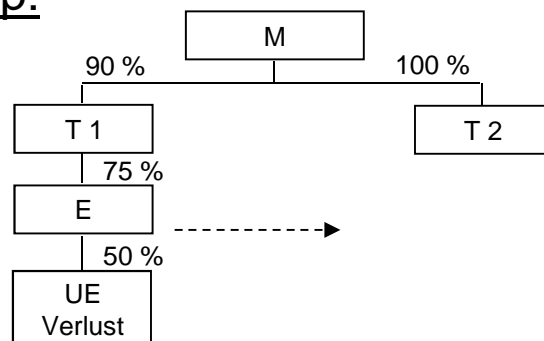
# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F. Schädlicher Beteiligungserwerb

Ermittlung der Schädlichkeitsgrenzen (25 % und 50 %)

- eigene Anteile sind herauszurechnen
- auch mittelbare Übertragungen werden erfasst; maßgebend ist die auf Verlustgesellschaft durchgerechnete Beteiligungsquote

Bsp:



T1 überträgt 75 % Anteile an E auf T2

(Alternative: 50 %)

Lösung: mittelbare Anteilsübertragung von 37,5 %;

Alternative: unschädliche mittelbare Anteilsübertragung von 25 %

Keine unschädliche Konzernumstrukturierung, da M nicht zu je 100 % an T1 und T2 beteiligt ist.

- Verkürzung von Beteiligungsketten (Bsp.: Verschmelzung T1 auf M) seit. 1. Januar 2016 unschädlich gem. § 8c Abs. 1 S. 5 Nr. 1 KStG, für Altfälle vgl. FG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 18.10.2011– 8 K 8311/10, DStRE 2012, 1189 ff. (Rev. beim BFH unter Az. I R 79/11)



# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F. Schädlicher Beteiligungserwerb, Rn. 814 ff.

### 5-Jahreszeitraum (1)

- 5 Zeitjahre (Rumpfwirtschaftsjahre zählen nur anteilig)
- aufeinanderfolgende Übertragungen werden innerhalb des 5-Jahreszeitraumes zusammengerechnet; jede Übertragung löst einen neuen 5-Jahreszeitraum aus
- Ist die 25 %- bzw. 50 %-Grenze überschritten, beginnt ein neuer 5-Jahreszeitraum
- Laut Gesetzesbegründung tritt bei Überschreiten der 25 %-Grenze ein Sanktionsverbrauch hinsichtlich der quotalen Abzugsbeschränkung ein  
Gestaltung: gestreckter Anteilserwerb (z. B. Erwerb von 26 % und anschließender Erwerb von 24 %)

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F. Schädlicher Beteiligungserwerb

5-Jahreszeitraum (2)

Bsp.: A ist Alleingesellschafter der V-GmbH, die per 31.12.2010 einen Verlustvortrag i.H.v. 10 Mio. € hat und in den Jahren 2011 ff. einen lfd. Verlust von 1 Mio. € p.a. erwirtschaftet.

A überträgt: in 2011 auf B 30%

in 2012 auf B 20%

in 2013 auf C 10%

in 2014 auf B 5%

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F. Schädlicher Beteiligungserwerb

5-Jahreszeitraum (2)

Lsg.: in 2011: anteiliger Untergang der Verluste (d.h. der Verlustvorträge zum 31.12.2010 sowie der anteiligen lfd. Verluste bis zur Anteilsübertragung) i.H.v. 30 %

in 2012: keine Auswirkung

Hätte B in 2011 bereits 50 % erworben, wäre der Verlustvortrag und der lfd. Verlust aus 2011 zu 50 % untergegangen!

in 2013: keine Auswirkungen

in 2014: vollständiger Untergang!

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F. Schädlicher Beteiligungserwerb

Wortlaut („nicht [mehr] abziehbar“) und Überschrift „Verlustabzug“  
irreführend; tatsächlich Verlustabzugsverbot und Verlustausgleichsverbot (laufende  
Verlust); gewollt ist: „nicht (mehr) verrechenbar“

Maßgebend sind die bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht genutzten Verluste

- Verkauf im 1. Hj.; Verlust erst ab 2. Hj.: keine Anwendung
- Verkauf unterjährig: Abgrenzung laufende Verluste/Gewinne pro rata temporis oder durch Stichtagsbilanz mit Periodenabgrenzung; Verlustvortrag kann mit unterjährigem Gewinn bis zum Zeitpunkt des schädlichen Erwerbs verrechnet werden, vgl. BFH, Urteil vom 30.11.2011 – I R 14/11, DStR 2012, 458 ff.
- Forderungsverzicht mit Besserungsabrede und anschließender Verkauf der Anteile sowie der Besserungsanwartschaft ist nicht missbräuchlich und bei Bedienung der Besserungsanwartschaft keine verdeckte Gewinnausschüttung, vgl. BFH, Urteil v. 12.7.2012 – I R 23/11, DStR 2012, 2058 ff.

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F. (Rn. 823 ff.)

- Beim Erwerb einer Zielgesellschaft gehen nicht abziehbare Verlust i.S. des Abs. 1 nicht unter
  - ▶ wenn dieselbe Person zu 100 % unmittelbar oder mittelbar am übertragenden und übernehmenden Rechtsträger beteiligt ist („Konzernklausel“)
  - ▶ soweit im Inland steuerpflichtige stille Reserven vorhanden sind (auch in ausländischen Betriebsstätten bei DBA mit Anrechnungsmethode)
- Sanierungsklausel (§ 8c Abs. 1a KStG)
  - ▶ Beteiligungserwerb zum Zweck der Sanierung
  - ▶ Erhalt der wesentlichen Betriebsstrukturen
    - Betriebsvereinbarung mit Arbeitsplatzregelung
    - Einhaltung einer bestimmten Lohnsumme
    - Zuführung wesentlichen Betriebsvermögens

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 4. Verlustabzugsbeschränkung gemäß § 8c KStG n.F. (Rn. 823 ff.)

- **Sanierungsklausel (§ 8c Abs. 1a KStG)**
  - ▶ Nichtanwendungserlass (BMF vom 30.4.2010, DStR 2010, 928) wegen eines förmlichen Prüfverfahrens der EU-Kommission
  - ▶ Beschluss der EU-Kommission vom 26.1.2011, wonach die Sanierungsklausel eine europarechtswidrige Beihilfe sei
  - ▶ Bundesregierung hat am 7.4.2011 hiergegen eine Nichtigkeitsklage vor dem EuGH erhoben – vgl. auch FG Münster, Beschluss v. 1.8.2011 – 9 V 357/11 K, G, DStR 2011, 1507 ff.
  - ▶ EuG, Beschluss v. 18.12.2012 – T-205/11, vgl. IStR 2013, 101ff; Klage der Bundesrepublik wird wegen Verfristung/Unzulässigkeit abgewiesen
  - ▶ EuGH hat mit Urteil v. 3.7.2014 – C-102/13, BeckRS 2014, 81187 die Berufung zurückgewiesen
  - ▶ Auch zahlreiche Unternehmen hatten Nichtigkeitsklagen vor dem EuG erhoben; EuG hat bereits mit Urteil v. 4.2.2016 in zwei Rechtssachen (T-620/11, DStR 2016, 390 und T-287/11) die Auffassung der Kommission bestätigt
  - ▶ Dagegen beantragt der Generalanwalt beim EuGH in seinem Schlussantrag vom 20.12.2017 (BeckRS 2017, 136858) das Urteil des EuG aufzuheben und den Beschluss der Kommission vom 26.01.2011 für nichtig zu erklären, vgl. hierzu Ellenrieder, IStR 2018, 179 ff. und Balbinot, DStR 2018, 334 ff.

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 5. Fortführungsgebundener Verlustvortrag gemäß § 8d KStG n.F.

Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften v. 20.12.2016

- § 8c ist nach einem schädlichen Beteiligungserwerb auf Antrag nicht anzuwenden, wenn,
  - ▶ die Körperschaft seit ihrer Gründung oder zumindest seit dem Beginn des dritten Veranlagungszeitraums, der dem Veranlagungszeitraum des schädlichen Beteiligungserwerbs vorausgeht, ausschließlich denselben Geschäftsbetrieb unterhält und in diesem Zeitraum bis zum Schluss des Veranlagungszeitraums des schädlichen Beteiligungserwerbs keines der folgenden Ereignisse stattgefunden hat:
    - der Geschäftsbetrieb wurde eingestellt, ruhend gestellt oder einer andersartigen Zweckbestimmung zugeführt,
    - die Körperschaft hat einen zusätzlichen Geschäftsbetrieb aufgenommen, sich an einer Mitunternehmerschaft beteiligt oder die Stellung eines Organträgers im Sinne des § 14 Abs. 1 KStG eingenommen oder
    - auf die Körperschaft wurden Wirtschaftsgüter übertragen werden, die sie zu einem geringeren als dem gemeinen Wert angesetzt hat.

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 5. Fortführungsgebundener Verlustvortrag gemäß § 8d KStG n.F.

Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften v. 20.12.2016

### ■ **Geschäftsbetrieb**

- ▶ Ein Geschäftsbetrieb umfasst die von einer einheitlichen Gewinnerzielungsabsicht getragenen, nachhaltigen, sich gegenseitig ergänzenden und fördernden Betätigungen der Körperschaft und bestimmt sich nach qualitativen Merkmalen in einer Gesamtbetrachtung.
- ▶ Qualitative Merkmale sind insbesondere die angebotenen Dienstleistungen oder Produkte, der Kunden- und Lieferantenkreis, die bedienten Märkte und die Qualifikation der Arbeitnehmer.

### ■ **Antrag**

- ▶ Der Antrag ist in der Steuererklärung für die Veranlagung des Veranlagungszeitraums zu stellen, in den der schädliche Beteiligungserwerb fällt.



# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 5. Fortführungsgebundener Verlustvortrag gemäß § 8d KStG n.F.

Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften v. 20.12.2016

- **Fortführungsgebundener Verlustvortrag**
  - ▶ Der Verlustvortrag, der zum Schluss des Veranlagungszeitraums verbleibt, in den der schädliche Beteiligungserwerb fällt, wird zum fortführungsgebundenen Verlust (fortführungsgebundener Verlustvortrag).
  - ▶ Dieser ist gesondert auszuweisen und festzustellen; § 10d Abs. 4 EStG gilt entsprechend. Der fortführungsgebundene Verlustvortrag ist vor dem nach § 10d Abs. 4 EStG festgestellten Verlustvortrag abzuziehen.

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 6. Gestaltungen im Insolvenzplan zur Vermeidung des steuerpflichtigen Sanierungsgewinns

### Gründe für eine besondere Planregelung

- Ungewissheit der Genehmigung von §3a EStG durch die Europäische Kommission oder Feststellung, dass keine Beihilfe vorliegt
- Keine Notifizierung von §8d KStG bei der Europäischen Kommission

### Ziele einer besonderen Planregelung

- Ausschöpfung bestehender Verlustvorträge im Rahmen von § 8c KStG ohne Anwendung von §8d KStG
- Vermeidung eines steuerpflichtigen Sanierungsgewinns durch Übertragung der Gläubigerforderungen, für die andernfalls im Insolvenzplan ein Verzicht vorgesehen würde, auf ein SPV

### Allgemeine Planregelung

- Fixe Planquote
- Besserungsquote nach zum übernächsten Bilanzstichtag aus Auflösung von Rückstellungen für Minderheitenschutz sowie streitige und nachträglich angemeldete und festgestellte Insolvenzforderungen

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 6. Gestaltungen im Insolvenzplan zur Vermeidung des steuerpflichtigen Sanierungsgewinns

### **Vorsteile einer besonderen Planregelung**

- Vermeidung eines ggf. steuerpflichtigen Sanierungsgewinns, sofern § 3a EStG nicht in Kraft tritt
- Ggf. Möglichkeit einer quellen- und ertragssteuerfreien Vereinnahmung der abgetretenen Forderungen beim SPV, sofern dies in einer entsprechenden Jurisdiktion strukturiert werden kann
- Spätere Möglichkeit eines individuellen Verzichts durch das SPV oder Implementierung anderer Gestaltungsmöglichkeiten

### **Nachteile einer besonderen Planregelung**

- Keine nachträgliche Möglichkeit der Inanspruchnahme der Steuerbefreiung für den Sanierungsgewinn, sofern § 3a EStG nach dem Prüfverfahren der Europäischen Kommission in Kraft tritt
- Nachteilige Auswirkungen auf die Bilanz der Gesellschaft, da die an das SPV abgetretenen Forderungen nicht vollständig erlassen, sondern nur subordiniert werden

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

### 6. Gestaltungen im Insolvenzplan zur Vermeidung des steuerpflichtigen Sanierungsgewinns

1. Abtretung eines nachrangigen Teilbetrags aller quotenberechtigten festgestellten Forderungen um den Nominalbetrag der Forderung abzüglich des Abgeltungsbetrags aufgrund Planquote und Besserungsquoten an das SPV gegen Zahlung einer Besserungsquote durch das SPV

(Abtretungsbetr. = Nominalbetr. - (Plan- + Besserungsquote))

2. Abtretung eines nachrangigen Teilbetrags aller quotenberechtigten angemeldeten, aber nicht festgestellten Forderungen um den Nominalbetrag der Forderung abzüglich des Abgeltungsbetrags aufgrund Planquote und Besserungsquoten an das SPV gegen Zahlung einer Besserungsquote durch das SPV

(Abtretungsbetr. = Nominalbetr. - (Plan- + Besserungsquote))

3. Abtretung eines nachrangigen Teilbetrags aller quotenberechtigten, nicht zur Insolvenztabelle angemeldeten und vor Verfahrenseröffnung entstandenen Forderungen um den Nominalbetrag der Forderung abzüglich des Abgeltungsbetrags aufgrund Planquote an das SPV gegen Zahlung einer Besserungsquote durch das SPV

(Abtretungsbetrag = Nominalbetrag – Planquote)

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

### 6. Gestaltungen im Insolvenzplan zur Vermeidung des steuerpflichtigen Sanierungsgewinns

4. Übernahme einer Garantie durch die Schuldnerin gegenüber allen Altgläubigern in Höhe von Besserungsquoten bezüglich der Zahlung der Besserungsquoten durch das SPV
5. Novation aller an das SPV abgetretenen Forderungen zu einer subordinierten Neuforderung
6. Auf Rechtskraft des Planes aufschiebend bedingter Teilverzicht des SPV auf seine Neuforderung in Höhe des laufenden Verlusts der Gesellschaft vom 1. Januar 2018 bis zur Rechtskraft des Planes zuzüglich EUR eine Million  
(Verzichtsbetrag = laufender Verlust + EUR 1 Mio. Verlustvortrag)
7. Vorsorglicher Verzicht aller Gläubiger auf ihre nicht durch Planquote zu befriedigten oder abgetretenen Teilbeträge ihrer Forderungen  
(Verzichtsbetrag = Nominalbetrag – Planquote)

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 7. Sonstige Regelungen - Zinsschranke

- Zinsschranke für alle „Betriebe“ grundsätzlich geregelt in § 4h EStG
- Danach sind Zinsaufwendungen in Höhe des Zinsertrages und darüber hinaus in Höhe von 30 % des steuerlichen „EBITDA“ abzugsfähig
- EBITDA = maßgeblicher Gewinn + Zinsaufwendungen + AfA (ohne Teilwert AfA, Sonder-AfA und erhöhte AfA) – Zinserträge
- Ergänzungen für Kapitalgesellschaften in § 8a KStG
- Ergänzung für Organschaften, § 15 Abs. 1 Nr. 3 KStG
- Wegfall des Zinsvortrages, § 4 h Abs. 5 EStG, § 4 Abs. 2 Satz 2, § 20 Abs. 9, § 24 Abs. 6 UmwStG, § 8a Abs. 1 in Verbindung mit § 8c KStG

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 7. Sonstige Regelungen - Zinsschranke Überblick über die Funktion

- Zinsschranke findet nur Anwendung, wenn ein Betrieb zu einem Konzern gehört (Stand-alone-Klausel); allerdings ist bei Kapitalgesellschaften auch eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung zu beachten (§ 8a KStG)
- Sofern der Zinssaldo eines Betriebes geringer als 3 Mio. € ist, findet die Zinsschranke ebenfalls keine Anwendung (auch bei konzernzugehörigen Betrieben)
- Schließlich sind konzernzugehörige Betriebe von der Anwendung der Zinsschranke befreit, wenn sie den Nachweis einer im Konzerndurchschnitt üblichen oder besseren Eigenkapitalausstattung führen (Escape-Klausel); allerdings ist auch hier zu beachten, dass eine Gesellschafter-Fremdfinanzierung schädlich ist
- Erfasst werden alle Arten der Finanzierung, auch Bankdarlehen
- Nicht erfasst werden bei Personengesellschaften Zinszahlungen an Gesellschafter, auch wenn diese nicht oder nur minimal am Vermögen beteiligt sind

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 8. Steuerliche Haftungsrisiken bei steuerlicher Organschaft

Stuerrisiken bei Verkauf (nicht insolventer) Organgesellschaft durch (insolventen) Organträger:

- Spätestens mit Verkauf der Organgesellschaft (“Share Deal”) Beendigung der Organschaft
- Haftung der Organgesellschaft gem. § 73 AO für alle Steuern innerhalb des Organkreises unabhängig von Verkauf (Umfang der Haftung stetig: zuletzt FG Düsseldorf, Urteil v. 22.2.2018 – 9 K 280/15, wonach Haftung für Steuern der Organgesellschaft auf deren veranlasste Steuer begrenzt ist)
- Kein Haftungsausschluss gem. § 75 Abs. 2 AO
- Lösung: Beendigung der umsatzsteuerlichen Organschaft vor Entstehung von Vorsteuerberichtigungsansprüchen des FA aufgrund Insolvenz des Organträgers, ggfs. Asset Deal



## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

### 8. Steuerliche Haftungsrisiken bei steuerlicher Organschaft

- Nach der Rechtsprechung des BFH endet die Organschaft immer mit Insolvenzeröffnung sowohl beim Organträger als auch bei der Organgesellschaft (BFH v. 15.12.2016 – V R 14/15, BStBl. II 2017, 600) – dies gilt wenn dieselbe Person zum Insolvenzverwalter beim OT und der OG bestellt wurde und auch bei der Eigenverwaltung (nunmehr auch Finanzverwaltung, vgl. Abschnitt 2.8 UStAE Abs. 12).
- Auch im vorläufigen Insolvenzverfahren entfällt nach der Rechtsprechung des BFH die Organschaft mit Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters bei der Organgesellschaft mit allgemeinen Zustimmungsvorbehalt, da keine Beherrschung mehr möglich ist (zuletzt BFH v. 28.06.2017 – XI R 23/14, UStR 2017, 921; zuvor BFH v. 8.8.2013 – V R 18/13, BStBl. II 2017, 543, vgl. auch Abschnitt 2.8 UStAE Abs. 12).
- Streitig bleibt die Beendigung der umsatzsteuerlichen Organschaft im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung - für Wegfall der Organschaft FG Münster, Urteil v. 7.9.2017 – 5 K 3123/15, ZIP 2017, 2217 ff. – noch offengelassen vom BFH und Finanzverwaltung – gegen die Beendigung könnte die fehlende Anwendung von § 276a InsO im Rahmen der vorläufigen Eigenverwaltung sprechen.

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 8. Steuerliche Risiken/Chancen bei steuerlicher Organschaft

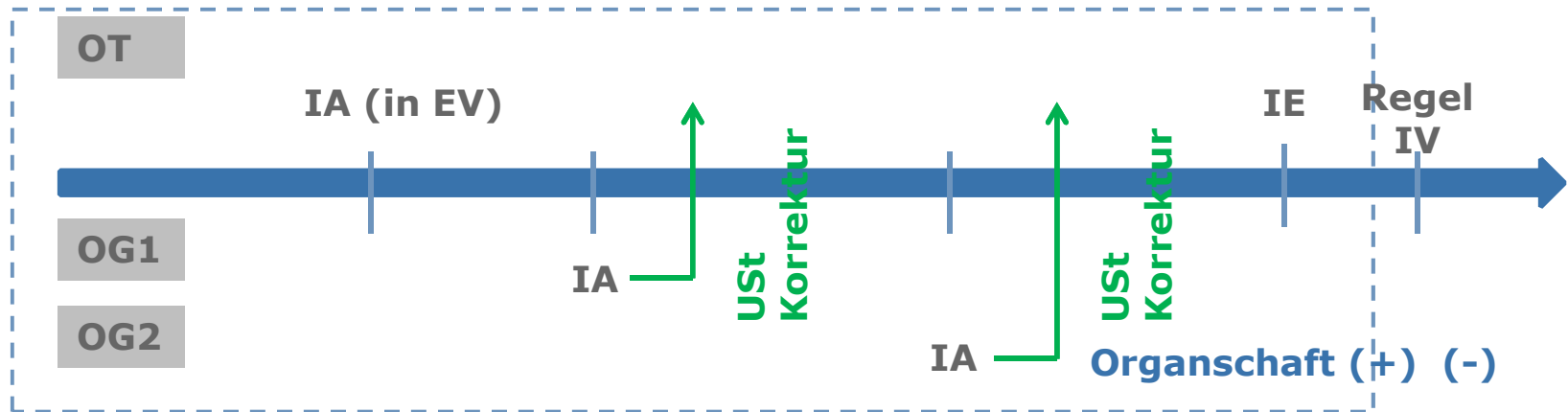
Umsatzsteuerkorrekturen bei Insolvenz von Organgesellschaften können bei bestehender Organschaft auf Ebene des insolventen Organträgers zu erheblichen Massemehrungen führen.

- Grundsätzlich Korrektur aller offenen Forderungen und Verbindlichkeiten in der letzten Sekunde vor Beginn des vorläufigen Verfahrens
  - ▶ Weniger Umsatzsteuer soweit offene Debitoren, § 38 InsO
  - ▶ Mehr Vorsteuer soweit offene Kreditoren, § 38 InsO
- Korrektur bei Organgesellschaft (OG) führt zu Anspruch/Verbindlichkeit auf Ebene des Organträgers (OT), wenn Organschaft (OS) im Korrekturzeitpunkt bestand

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 8. Steuerliche Risiken/Chancen bei steuerlicher Organschaft

Beispiel: Massemehrung beim OT in der Insolvenz



- Voraussetzungen:
  - ▶ Umsatzsteuerüberhänge beim Korrekturpotential der OG (mehr umsatzsteuerpflichtige offene Forderungen als Verbindlichkeiten)
  - ▶ Wenn Aufrechnungsmöglichkeit des FA mit Insolvenzforderungen auf Ebene des OT, dann Massemehrung nur bei IA der OG nach IE des OT (dann nicht aufrechenbare Masseforderung),
- **Achtung:** bei Vorsteuerüberhang bei den OG
  - ▶ IA der OG vor IE bei dem OT erreichen, da § 55 Abs. 4 InsO bei vorläufiger Eigenverwaltung nicht einschlägig, Anspruch FA ist 38er oder
  - ▶ OS vor IA der OGs aktiv beenden! Z.B. durch Beendigung GF Personalunion

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 9. Umsatzsteuer beim Unternehmenskauf (1), Rn. 964 ff.

**Grundsatz: Geschäftsveräußerungen sind umsatzsteuerbefreit**

wenn...

...das Unternehmen  
oder eine  
gesonderte  
Betriebseinheit

+

im Ganzen

+

entgeltlich

+

übereignet wird.



- d.h. Verkauf der wesentlichen Grundlagen des Unternehmens

bzw.

- eines gesondert geführten Betriebs

**Problem:**

- In der Regel wird der Kaufvertrag als „Asset Deal“ ausgestaltet
- Oft werden einzelne Vermögensgegenstände bzw. (Unternehmens-)Teilbereiche nicht mitverkauft
- Durch Zeitdruck lässt sich keine verbindliche Auskunft des Finanzamtes über die Umsatzsteuerpflicht einholen
- Nachträglich wird Umsatzsteuerpflicht festgestellt

# IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

## 9. Umsatzsteuer beim Unternehmenskauf (2), Rn. 964 ff.

Geschäftsveräußerung im Ganzen (Forts.)

Folge der nachträglichen Steuerpflicht

- Umsatzsteuer entsteht rückwirkend zum Veräußerungszeitpunkt
  - ▶ Verzinsungspflicht ab 15 Monate nach Veräußerung
- Vorsteuerabzug beim Erwerber nur bei “berichtigter” Rechnung
  - ▶ Problem falls Veräußerer nicht mehr existent
- Keine “Rückwirkung” beim Vorsteuerabzug

Gestaltungsmöglichkeiten:

- Vertragliche Regelung bezgl. “nachträglichem” USt-Ausweis
- Schnellstmögliche Abstimmung mit Finanzamt

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

### 9. Umsatzsteuer beim Unternehmenskauf (2), Rn. 964 ff.

Beispiel (Rn. 967):

Der Insolvenzverwalter I veräußert das gesamte Unternehmensvermögen der Schuldnerin zum 1. Januar 03 an den Erwerber E. Zum Unternehmensvermögen der Schuldnerin gehört ein am 1. Januar 01 für 10 Mio. € zuzüglich 1,9 Mio. € Umsatzsteuer erworbenes Grundstück, welches bisher zu 50% umsatzsteuerpflichtig und im Übrigen umsatzsteuerfrei vermietet wurde. Der Erwerber hat im Rahmen des Gesamtkaufpreises einen anteiligen Kaufpreis für das Grundstück in Höhe von 3 Mio. € vereinbart und wird das Grundstück zukünftig ausschließlich steuerpflichtig vermieten.

Lösung:

Unter Berücksichtigung der Verwendungsverhältnisse im Jahr 01 betrug der abziehbare Vorsteuerbetrag 0,95 Mio. € (50 % von 1,9 Mio. €), den die Schuldnerin geltend machen konnte. Im Rahmen der Veräußerung kommt eine Option zur Steuerpflicht gemäß § 9 UStG wegen der Anwendung von § 1 Abs. 1a UStG nicht in Betracht. Der Erwerber kann aufgrund der nunmehr ausschließlich steuerpflichtigen Vermietung gemäß § 15 a Abs. 5 UStG vom Übertragungstichtag bis zum 31. Dezember 10 in jedem Kalenderjahr 95.000,00 € abzugsfähige Vorsteuer geltend machen (insgesamt 760.000 €).

## IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte bei Gestaltungen in Krise, Insolvenz und Sanierung

### 9. Umsatzsteuer beim Unternehmenskauf (2), Rn. 964 ff.

Beispiel (Rn. 967):

Der Erwerber nutzt das Grundstücksobjekt zukünftig ausschließlich für steuerfreie Umsätze (Wohnungsvermietung). Er muss daher bis zum Ende des zehnjährigen Berichtigungszeitraums (31. Dezember 10) jährlich 95.000 € Vorsteuer gem. § 15a Abs. 5 UStG berichtigen und an das Finanzamt zahlen. Eine Option zur Umsatzsteuerpflicht des Veräußerers gem. § 9 UStG kommt bei Anwendbarkeit von § 1 Abs. 1a UStG nicht in Betracht, auch wenn dies wie vorliegend günstiger wäre.

# Inhalt

- I. Phasen für den Unternehmenskauf in der Krise / Insolvenz
- II. Ausgewählte Problemstellungen und Sonderfälle
- III. Betriebsübergang gemäß § 613a BGB
- IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte
- V. Unternehmensverkauf aus der Insolvenz**
- VI. Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S6
- VII. Grundlagen der Unternehmensbewertung



## V. Aufgabenspektrum des Insolvenzverwalters, Rn. 1015 ff.

### Aufgabenspektrum des Insolvenzverwalters

Verwalter führt das Unternehmen und die laufenden Geschäfte für den Schuldner fort



- **Zweck des Insolvenzverfahrens:** gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger (§ 1 Abs. 1 Satz 1 InsO)
- **Sicherung** und Erhalt des Schuldnervermögens – **grds. kein Sanierungsauftrag**
- Prüfung und **Bewertung** der Vermögensgegenstände
- Feststellung der Forderungen
- **Information** des Insolvenzgerichtes und der Gläubigerversammlung / ggf. Gläubigerausschuss
- Beachtung von Zustimmungspflichten von Gläubigerversammlung bzw. -ausschuss z.B. bei Rechtshandlungen von „besonderer Bedeutung“ wie Unternehmensveräußerungen
- Ggf. kurz- bis mittelfristige Unternehmensfortführung und Initiierung eines Sanierungsauftrages
- **Verwertung** und Verteilung der Vermögensmasse – der höchste Erlös zählt (Grundsatz)

## V. Interessenlage des Insolvenzverwalters, Rn. 1043 ff.

### Interessenlage des Insolvenzverwalters

#### Interessenlage des Verwalters als Verhandlungspartner



- Der **Verwalter** ist gegenüber **dem Insolvenzgericht** und den Gläubigern **verantwortlich**
- **Folgeberufungen** durch das Gericht sind **vom „Erfolg“** der letzten Verwaltungen **abhängig**
- **Vergütung** erfolgt bei Unternehmensveräußerung **prozentual vom Verkaufserlös** – Verfahrensablehnung mangels Masse ist wenig lukrativ
- **Entscheidungsmaxime** des Verwalters bei Insolvenzverfahren ist **Masseoptimierung/-maximierung**
- Verwalter ist an **Risikominimierung** interessiert, daher großes Interesse an einer **Veräußerung zum Eröffnungstag**

## V. Interessenlage des Insolvenzverwalters (2), Rn. 1043 ff.

### Interessenlage des Insolvenzverwalters

#### Interessenlage des Verwalters als Verhandlungspartner

- Insolvenzverwalter hat wenig Zeit sich über das insolvente Unternehmen zu informieren
- U.U. nicht absehbar, ob Sanierung bzw. Fortführung erfolgreich sein wird
- Verwalter hat regelmäßig im Antragsverfahren wenig Zeit für intensive rechtliche und wirtschaftliche Analysen/Prüfungen

Folge:

**Insolvenzverwalter hat großes Eigeninteresse am Verkauf des Unternehmens  
Insolvenzverwalter ist offen gegenüber allen Interessenten**

## V. Der gesetzliche Auftrag zur Betriebsfortführung, Rn. 1026 ff.

- Keine Sanierung ohne Betriebsfortführung
- Sanierung ist kein vorrangiges Verfahrensziel
- Sanierung nur, wenn dieses für die Gläubiger die günstigere Alternative: Fortführung ist „billiger“ als die Liquidation oder durch Fortführung erhöhen sich die Quotenaussichten
- Betriebsfortführung ist kein Selbstzweck
- Betriebsfortführung abhängig von leistungs- und finanzwirtschaftlichen Umständen des Schuldners
- Hiervon abhängig: Fortführung oder Stilllegung
- „Exitstrategie“ ist zu entwickeln – Eigensanierung, übertragende Sanierung, Liquidation

## V. Betriebsfortführung im Insolvenz(antrags)verfahren

- Obligatorisch im Antragsverfahren
- Betriebsfortführung im Insolvenzantragsverfahren erleichtert durch „Liquiditätsstützen“:
  - ▶ Insolvenzgeld – ggf. revolving
  - ▶ Umsatzsteuer – „weggefallen“, § 55 Abs. 4 InsO & BFH-Rechtsprechung
  - ▶ Sonstige (keine Zinsen, keine Tilgungen, keine Leasingraten, Mieten nur anteilig)
  - ▶ Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO ist lex specialis zu § 55 Abs. 2 S. 2 InsO (BGH NZI 2012, 841)
- Stilllegung des Geschäftsbetriebes nur bei negativem Cash Flow
- Obligatorisch nach Eröffnung bis Berichtstermin
  - ▶ Gängige Praxis aber: Übertragende Sanierung zum Eröffnungstichtag
- Fortführungskonzept im Berichtstermin, bei Zustimmung:  
Betriebseinstellung nur bei erneuter Zustimmung der Gläubigerversammlung

## V. Unternehmensverkauf aus der Insolvenz: Grundkonstellation aus Sicht des Insolvenzverwalters, Rn. 1058 ff.

### Grundkonstellationen aus Sicht des Insolvenzverwalters

#### Insolventes Unternehmen hat

##### ... starke Marktposition

- Ggf. Alleinstellung am Markt
- Stabiler Kundenstamm besteht
- Markt positiv gegenüber Wechsel in der Unternehmensführung eingestellt
- Kunden sind ggf. bereit die Zwischenfinanzierung sicherzustellen
- Unternehmensfortführung rentabel möglich



Kein Zeitdruck für Insolvenzabwicklung  
Kein Zeitdruck für Unternehmensverkauf

##### ... schwache Marktposition

- Produkte sind ohne Weiteres austauschbar oder Anreiz für Austausch (§ 8 VOB/B)
- Kundenstamm wird von Konkurrenz übernommen
- (wichtige) Mitarbeiter kündigen fristlos
- Zulassungen u. Lizenzen geraten in Gefahr
- Liquiditätsengpässe erschweren Fortführung



Hoher Zeitdruck für Insolvenzabwicklung  
Hoher Zeitdruck für Unternehmensverkauf

# V. Leitlinien für Verhandlungen mit dem Insolvenzverwalter bei Kaufinteresse, Rn. 1092 ff.

- Bei wenigen Angeboten ist der Verwalter eher bereit kurzfristigen Transaktionen zuzustimmen
- Bei vielen Kaufinteressenten wird Verwalter oft sorgfältig prüfen

## 4 Anzahl der Bieter

- Verwalter ist an optimaler Kaufpreisgestaltung, Fortführung des Unternehmens und Übernahme möglichst vieler Arbeitnehmer interessiert

## 1 Marktposition

- Schwache Marktposition erleichtert Kaufverhandlungen – Verwalter ist an schneller Abwicklung interessiert
- Bei starker Marktposition wird der Verwalter regelmäßig optimales Angebot abwarten

### Faktoren für das Verhandlungsverhalten des Verwalters

## Finanz-/Liquiditätslage 2

- Ist die Finanzierung zur Fortführung gesichert, verringert sich der Handlungsdruck des Verwalters
- Insbesondere Liquiditätsengpässe können Verwalter zu schnellem Handeln zwingen

## Fortführungskonzept 3

## V. Richtige Vorbereitung

- Möglichst frühzeitige Identifikation der Targets, eventuell bereits vor Insolvenzantrag
- Nach Antragstellung umgehende Kontaktaufnahme und Verhandlungsbeginn
- Richtige Schwerpunktsetzung
- Hinzuziehung eines insolvenz erfahrenen Experten, der die „Sprache“ des Insolvenzverwalters spricht; keine unnötige Zeitverschwendung – erleichterte Kommunikation mit dem Insolvenzverwalter



## V. Richtige Vorbereitung - Angebotsstruktur

- Das Angebot muss für den Insolvenzverwalter annehmbar und attraktiv sein:
  - Angebote, die unter Bedingungen stehen, die außerhalb des Einflussbereiches des Insolvenzverwalters stehen, sind für den Insolvenzverwalter unattraktiver als ggf. niedrigere, aber unbedingte Kaufangebote.
  - Die Kaufpreisallokation sollte die Interessenlage des Insolvenzverwalters berücksichtigen und sich nicht nur am Abschreibungsinteresse des Käufers orientieren. Ggf. ist die Kaufpreisallokation vor Angebotsabgabe mit dem Insolvenzverwalter zu besprechen (freie Masse, Allokation auf Gegenstände, die mit anfechtbar bestellten Sicherheiten belastet sind, etc.)

## V. Richtige Vorbereitung - Angebotsstruktur

- Das Angebot darf nicht Insolvenzzweckwidrig sein:
  - Prüfungsmaßstab ist im Zweifelsfall § 78 InsO, i.e. das gemeinsame Interesse der Insolvenzgläubiger
  - § 78 InsO ist eng auszulegen; nicht jede Verletzung des gemeinsamen Interesses der Insolvenzgläubiger, sondern nur eine solche, die eindeutig ist und in einem erheblichen Ausmaß besteht, soll die Aufhebung eines Beschlusses rechtfertigen
- Insbesondere in Insolvenzen mit Anleihefinanzierung und Teilnahme von distressed funds führt regelmäßig zur Notwendigkeit der Prüfung der Angebote anhand des § 78 InsO, da
  - der gemeinsame Vertreter gem. SchVG häufig über die Summen- und Kopfmehrheit (str.) in der Gläubigerversammlung verfügt
  - Investoren über die Weisungsgebundenheit des gemeinsamen Vertreters gemäß Beschluss der Anleihegläubigerversammlung versuchen, ihre Angebote zu protegieren.

# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Ausgangslage und Einleitung

Die drei Pfeiler des neuen nationalen Konzerninsolvenzrechts:

- ▶ Die Verfahrenskonzentration (nur diese ist nachfolgend und in Auszügen dargestellt):
  - Konzentrationsermächtigung (§ 2 Abs. 3 InsO), Gruppen-Gerichtsstand (§§ 3a-3d InsO)
- ▶ Die Verfahrenskooperation und -koordination:
  - Schaffung von Informations- und Kooperationspflichten der Verfahrensbeteiligten (§§ 269a-269c InsO)
  - Bestellung eines personenidentischen Insolvenzverwalters (§ 56b Abs. 1 InsO)
  - Einführung eines institutionalisierten Koordinationsverfahrens (§§ 269d- 269i InsO)
- ▶ Verfahrenskoordinator (§§ 269e, 269f InsO)

# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Ausgangslage und Einleitung

### Parallelen zum Europäischen Konzerninsolvenzrecht

- ▶ Das Europäische Konzerninsolvenzrecht ist in der reformierten VO (EU) 2015/848 am 26.6. 2017 in Kraft getreten (EuInsVO 2015)
- ▶ Ziel ist ebenfalls, die Insolvenzverfahren über das Vermögen von Konzerngesellschaften effizienter zu gestalten (vgl. u.a. Erwägungsgründe 49-55 VO (EU) 2015/848)
- ▶ Regeln zur Verfahrenskooperation und -koordination, Artt. 56-77 EuInsVO 2015
- ▶ EuInsVO sieht keinen einheitlichen Konzerngerichtsstand vor (vgl. jüngst NIKI/Air Berlin)
- ▶ Verlagerung des Mittelpunkts des COMI (COMI shift) erschwert Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 S. 2 EuInsVO 2015 (3 Monatsfrist)
- ▶ Eine nationale Gerichtsstandsregelung für Konzerninsolvenzen ist begrüßenswert

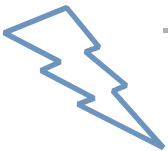
# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Einzelne Elemente des Konzerninsolvenzrechts

### Verfahrenskonzentration

#### ▶ Gruppen-Gerichtsstand:

- Verfahrenskonzentration nach § 3a Abs. 1 S. 1 InsO kodifiziert bisherige Praxis (weitestgehend)
- Das angerufene Gericht kann sich für Insolvenzverfahren über gruppenangehörige Schuldner (sog. Gruppen-Folgeverfahren) für zuständig erklären
- aber nur Wahlgerichtsstand, kein ausschließlicher Gerichtsstand! → **Risiko** bei Abspaltungstendenzen (MBO bei Tochtergesellschaften) und **Chance** bei Gleichordnungskonzernen/Schwestergesellschaften zugleich!!
- Antrag eines gruppenangehörigen Schuldners, oder des starken vorläufigen Insolvenzverwalters oder des Insolvenzverwalters ist Voraussetzung für Bestimmung des Gruppengerichtsstands (§§ 3a Abs. 1, 13 InsO)
- Keine Zweifel nach § 3a Abs. 2 InsO am gemeinsamen Interesse der Gläubiger an einer Verfahrenskonzentration → (zu) unbestimmter Rechtsbegriff



# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Einzelne Elemente des Konzerninsolvenzrechts

### Loslösung vom Sitz der Mutter/Holding

- ▶ Zur Begründung des Gruppengerichtsstands nach § 3a Abs. 1 InsO darf der antragsstellende Schuldner nicht von untergeordneter Bedeutung für die gesamte Unternehmensgruppe sein
- ▶ § 3a Abs. 1 S. 2 InsO knüpft hinsichtlich der Bedeutung insb. an das Arbeitnehmerinteresse an:
  - Im letzten abgeschlossenen GJ im Jahresdurchschnitt mehr als 15 % der Gruppen-Arbeitnehmer beschäftigt und entweder
  - Bilanzsumme von mehr als 15 % der Gruppen-Bilanzsumme oder
  - mehr als 15 % des Gruppen-Umsatzes
- ▶ Erfüllt kein gruppenangehöriger Schuldner die Schwellenwerte, ist maßgeblich, wer zuletzt die meisten Arbeitnehmer beschäftigte (§ 3a Abs. 1 S. 4)
- ▶ Bei unklarer Reihenfolge ist der Antrag des Schuldners mit den meisten Arbeitnehmern maßgeblich (§ 3a Abs. 1 S. 3 InsO) → im Übrigen Prioritätsprinzip

## V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

### Einzelne Elemente des Konzerninsolvenzrechts

Keine untergeordnete Bedeutung iSv § 3 a Abs. 1 InsO

15 % der Gesamtarbeitnehmer der Gruppe im Vorjahresdurchschnitt <b>UND</b>	§ 3 a Abs. 1 Satz 2
15 % der Bilanzsumme der Gruppe <b>ODER</b>	§ 3 a Abs. 1 Satz 2 lit. 1
15 % der Umsatzerlöse der Gruppe	§ 3 a Abs. 1 Satz 2 lit. 2

# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Einzelne Elemente des Konzerninsolvenzrechts

### § 3a Abs. 1 InsO, Beispiel

Gruppenarbeitnehmer 2017: 1.300 Gruppenbilanzsumme 2017: 750 Mio. EUR Gruppenumsatzerlöse 2017: 110 Mio. EUR	Holding AG	Verwaltungs- GmbH	Tochter- gesellschaft 1	Tochter- gesellschaft 2
	Hamburg	Pinneberg	Lindau	Hannover
Arbeitnehmer über 195 (15% von 1.300)	-	+	+	-
Bilanzsumme über 112,5 Mio. EUR (15% von 750 Mio. EUR)	+	-	-	+
Umsatzerlöse über 16,5 Mio. EUR (15% von 110 Mio. EUR)	+	-	+	-
Gruppengerichtsstand möglich	<b>nein</b>	<b>nein</b>	<b>ja</b>	<b>nein</b>

- Kein Gruppengerichtsstand am Sitz der Konzernholding
- Gruppengerichtsstand nur am Sitz EINER Tochtergesellschaft
- Es sei denn, Hamburg ist nach § 3 Abs. 1 S. 2 InsO auch für die Tochtergesellschaft in Hamburg zuständig.



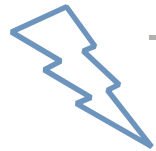
# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Einzelne Elemente des Konzerninsolvenzrechts

### Verfahrenskonzentration

▶ Gruppen-Gerichtsstand:

- Gericht des Gruppen-Gerichtsstandes nach § 3a InsO bleibt für sämtliche anhängige Verfahren über das Vermögen von gruppenangehörigen Schuldnern zuständig, § 3b InsO
- Anträge gegen andere Unternehmen der Unternehmensgruppe (§ 3e InsO) bei anderen Gerichten **können** nach § 3d Abs. 1 InsO an das Gericht des Gruppen-Gerichtsstands verwiesen werden -> kein ausschließlicher Gerichtsstand!
- Verweisung von Amts wegen nach § 3d InsO, Ermessensentscheidung des Insolvenzgerichts als Kontrollinstanz; die Abwägung muss sich am Interesse der Gläubiger aller Konzerngesellschaften orientieren. Verweisungsentscheidung ist bindend und unanfechtbar
- Kein Rechtsmittel gg. Entscheidung nach § 3a InsO

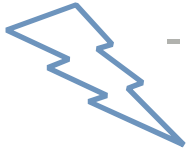


# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Einzelne Elemente des Konzerninsolvenzrechts

### Verfahrenskonzentration

- ▶ Gruppen-Folgeverfahren
  - § 3d Abs. 1 S. 2 InsO: Verweisung hat auf Antrag zu erfolgen, wenn der Schuldner unverzüglich, nachdem er Kenntnis von einem Gläubigerantrag erlangt hat, einen Antrag bei dem Gericht des Gruppen-Gerichtsstands stellt.
  - Antragsbefugt sind wiederum: der Schuldner (wohl vor allem bei einem Gläubigerantrag) oder der starke vorläufige Insolvenzverwalter oder der Insolvenzverwalter (des Schuldners, gegen den ein Verfahren bei einem anderen Insolvenzgericht als dem des Gruppengerichtsstands anhängig ist, der dann das „Entlassungsrisiko“ des § 56b InsO trägt ...)
  - Verweisungsantrag nach Abberufung des GFs der Tochtergesellschaft durch den neuen GF?



# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Herausforderungen in der Praxis

### Die Vorbereitung der Konzerninsolvenz im Vorfeld der Antragstellung

- ▶ Feststellung der Insolvenzreife der einzelnen Konzerngesellschaften
- ▶ Grundsätze professioneller Vorbereitung des Insolvenzverfahrens für die betroffenen Gesellschaften berücksichtigen
  - Liquiditätspuffer (Kriegskasse)
  - Liquiditätsplanung auf Gesellschaftsebene für das Insolvenzscenario
  - Erstmaßnahmen des (Eigen) Verwalters antizipieren (Kalkulationen, Kommunikation mit Lieferanten und Kunden, Inventur)
  - Eingeleitete M&A-Maßnahmen und Sanierungsmaßnahmen
  - Öffentlichkeitsarbeit
- ▶ Verfahrensart prüfen und mit den Beteiligten kritisch diskutieren

# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Herausforderungen in der Praxis

### Die Vorbereitung der Konzerninsolvenz im Vorfeld der Antragstellung

- ▶ Vermeidung Dominoeffekt - Insolvenzreife möglichst vieler Konzerngesellschaften
  - (Haftungs)Risiko bei Cashpooling im Konzern insbesondere bei Konzern-Cash-Cows -> Rechtzeitige Vorsorge durch Bildung von Cashpuffern bei den Cash-Cows (Einrede des Auszahlungsverbotes nach § 92 II 3 AktG, § 64 S.3 GmbHG, § 130a I 3 HGB)
  - Rechtzeitige Beendigung (mindestens vor Insolvenzantrag der ersten Organgesellschaft/Organträgers) umsatzsteuerlicher Organschaften zur Vermeidung der Haftung für den Vorsteuerberichtsanspruch, § 73 AO, § 17 I 2, II 1 Nr. 1,2 UStG insbesondere durch Auflösung der organisatorischen Eingliederung (Abberufung GFs, Beendigung EAV/Beherrschungsvertrag)
  - Stand Still Vereinbarungen bzgl. Mithaft ggü. Banken
  - Kommunikation ggü. anderen Stakeholdern der betreffenden Konzerngesellschaften, insbesondere WKV, Factorern etc.
  - Satzungsanpassungen bei gruppenzugehörigen Personengesellschaften

# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Herausforderungen in der Praxis

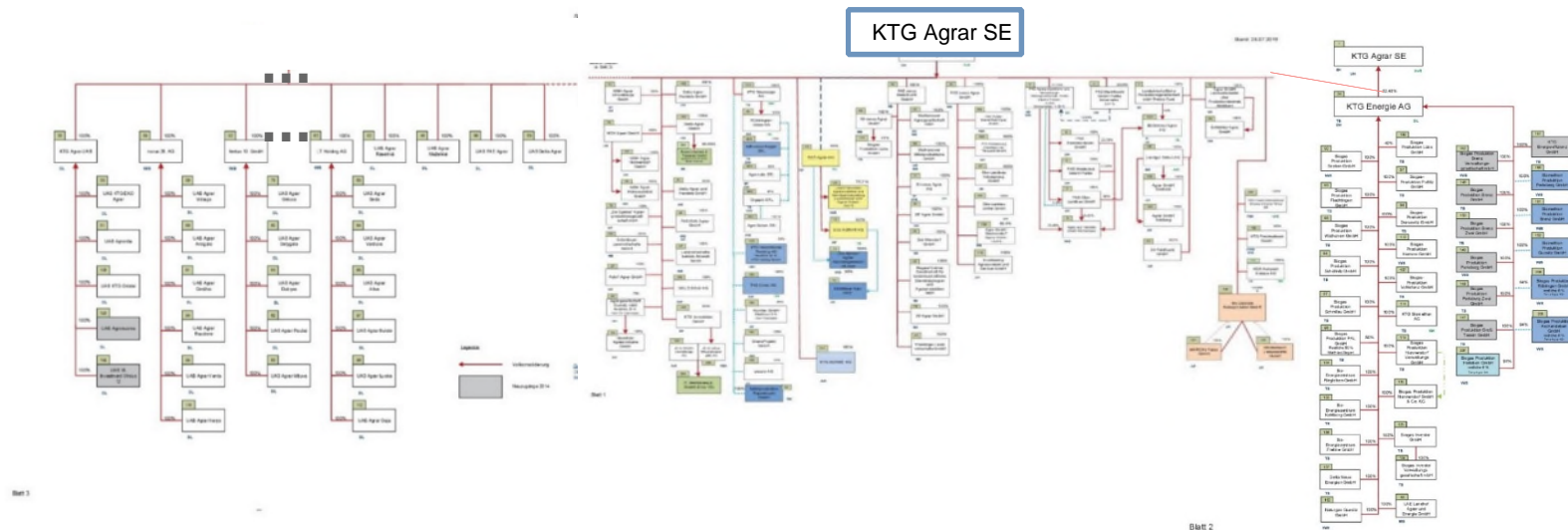
### Carve-Outs und Transaktionsvorbereitung im Insolvenzverfahren

- ▶ Transaktionen in Konzernsituationen bedürfen einer deutlich umfassenderen Aufbereitung und eines umfassenden Datenraums bzw. Due Diligence (inkl. Prüfung Sonderaktiva), da diese regelmäßig nicht nur asset deals, sondern auch share deals umfassen
- ▶ Möglichst umfassender carve out inkl. Aufbau eines pragmatischen Ringfencings (Finanzierung und steuerliche Sachverhalte)
- ▶ Kaufgegenstand insbesondere auch Intercompany-Forderungen & Verzicht auf Intercompany-Sonderaktiva gg. targets (! – ggf. relevant für Kaufpreisallokation) →Umfassende Aufbereitung durch Sachwalter/Sonderinsolvenzverwalter bei Kollisionen
- ▶ Kaufpreisallokation zwischen den Insolvenzmassen, ggf. unter Einbindung von Sonderinsolvenzverwaltern, aber nur soweit diese nicht vom Käufer vorgegeben wird
- ▶ Für Insolvenzplanlösungen mit einem Investor gilt das Vorstehende entsprechend

# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Beispiel KTG Agrar SE

- Konzern mit rd. 150 Gesellschaften
- 4 wesentliche Gesellschaften in Insolvenz (Holding und 3 Einkaufs-/Servicegesellschaften)
- Dominoeffekt vermieden, 2 Insolvenzverwalter
- 5 Transaktionen (Deutschland, Rumänien, Litauen) für 113 Gesellschaften & InterCo's
- Datenraum und Entflechtung der InterCo-Forderungen bei unzureichender Dokumentation
- Kaufpreisallokation zwischen den Insolvenzmassen





# V. Exkurs – Unternehmenskauf aus der Konzerninsolvenz

## Herausforderungen in der Praxis

### Insolvenzverwaltung in der Konzerninsolvenz - Aufräumarbeiten erfordern Kooperation der Insolvenzverwalter

- ▶ (Beendete) Umsatzsteuerliche Organschaft - Aufbereitung der Umsatzsteuererstattungsansprüche des Organträgers in Abgrenzung zu den Organgesellschaften [BFH Rspr. zur rechtlichen („fingierten“) Uneinbringlichkeit der Forderungen der Gesellschaften des Organkreises gegen Dritte].
- ▶ Ermittlung von Sonderaktiva: Retrograde Ermittlung des Eintritts der Insolvenzgründe auf Ebene der Obergesellschaften bedingt die retrograde Ermittlung des Eintritts der Insolvenzgründe auf Ebene der Konzerntöchter in Bezug auf die Werthaltigkeit der InterCo-Forderungen und der Beteiligungsansätze.
- ▶ Abstimmung bei kollidierenden Anfechtungsansprüchen, bspw. Anspruch der einen Insolvenzmasse gemäß § 133 InsO und der anderen Insolvenzmasse gemäß § 134 InsO für die gleiche Zahlung
- ▶ Aktuelles Thema: Belastung der Insolvenzmasse des Kommanditisten in der Insolvenz der KG durch begrenzte Verlustverrechnungsmöglichkeit (Mindestbesteuerung), vom BFH dem BVerfG vorgelegte Frage, allerdings nur für Kapitalgesellschaften, Az.: 2 BvL 19/14 (BFH I R 59/12)



# Inhalt

- I. Phasen für den Unternehmenskauf in der Krise / Insolvenz
- II. Ausgewählte Problemstellungen und Sonderfälle
- III. Betriebsübergang gemäß § 613a BGB
- IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte
- V. Unternehmensverkauf aus der Insolvenz
- VI. Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S6**
- VII. Grundlagen der Unternehmensbewertung

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten

### **IDW S6 im Vergleich zu IDW FAR 1/1991**

- Umfassende Überarbeitung unter Beibehaltung der Grundkonzeption
- 2-Stufenkonzept des IDW
- Festlegung des Auftragsinhaltes und der Verantwortlichkeit
- Begriff Sanierungsfähigkeit des Krisenunternehmens neu gefasst (Wettbewerbsfähigkeit/Renditefähigkeit)
- Ergänzung der integrierten Kennzahlen
- Analyse des Unternehmens(-umfeldes) und des Krisenstadiums/Krisenursachen ausführlicher gefasst
- Begriff Planverprobungsrechnung wird durch integrierten Sanierungsplan ersetzt

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten

### IDW S6 im Vergleich zu IDW S6 a.F.

- Herstellung eines direkten Bezuges zur BGH-Rechtsprechung
- Für kleinere Unternehmen wird eine Anpassung des Ausmaßes der Untersuchungen und der Berichterstattung an die geringere Komplexität des Unternehmens ermöglicht
- Eine Aussage zur Sanierungsfähigkeit ist bei einem umfänglichen Sanierungskonzept nun zwingend abzugeben
- Erweiterung der Definition wann eine Sanierungsfähigkeit gegeben ist
- Ergänzungen zu den Kernanforderungen an das Sanierungskonzept
- Erweiterte Anforderungen an die Dokumentation und Berichterstattung

# VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten

## Aufbau des IDW S6

1. Vorbemerkungen
2. Grundlagen
3. Darstellung und Analyse des Unternehmens
4. Ausrichtung am Leitbild des sanierten Unternehmens
5. Stadiengerechte Bewältigung der Unternehmenskrise
6. Integrierte Sanierungsplanung
7. Dokumentation und Berichterstattung und zusammenfassende Schlussbemerkung  
Muster für zusammenfassende Schlussbemerkungen

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten

### Kernanforderungen an Sanierungskonzepte nach IDW S6, Rn. 1125

- die Beschreibung von Auftragsgegenstand und -umfang
- Basisinformationen über die wirtschaftliche und rechtliche Ausgangslage des Unternehmens in seinem Umfeld, einschließlich der Analyse, ob eine Insolvenzgefährdung vorliegt
- die Analyse von Krisenstadium und -ursachen, einschließlich der Analyse, ob eine Insolvenzgefährdung vorliegt
- Darstellung des Leitbildes mit dem Geschäftsmodell des sanierten Unternehmens
- die Maßnahmen zur Bewältigung der Unternehmenskrise und Abwendung einer Insolvenzgefahr
- ein integrierter Unternehmensplan
- die zusammenfassende Einschätzung der Sanierungsfähigkeit

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten

### Auftragsinhalt und Verantwortlichkeit, Rn. 1131 ff.

- Abhängigkeit des Sanierungskonzepts vom Krisenstadium
- Festlegung des Auftragsgegenstandes geprägt durch Krisenstadium
- Wer sind Adressaten und welchen Zwecken dient das Sanierungskonzept  
⇒ Haftungsausweitung
- Auch Erstellung von Teilen des Sanierungskonzeptes möglich, Auftragsumfang ist zu beschreiben und auf nicht bearbeitete Teilbereiche ist explizit hinzuweisen
- Vor Auftragsvereinbarung erste Abschätzung der Unternehmenslage – akute Insolvenzgefährdung?
- Die Erstellung des Sanierungskonzeptes oder von Teilen davon – insbesondere der Planung – ist mit der Tätigkeit als Abschlussprüfer unvereinbar, da der Abschlussprüfer die Voraussetzung der Unternehmensfortführung (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) zu beurteilen hat und dabei nicht eine von ihm selbst erstellte Unterlage zum Gegenstand der Prüfung machen darf.

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten

### Sanierungsfähigkeit versus Sanierungswürdigkeit

	IDW FAR 1/1991	IDW S6 a.F.	IDW S6
<b>Sanierungsfähigkeit</b>	Sanierungsfähigkeit beurteilt durch die Feststellung einer positiven Fortführungsprognose	Sanierungsfähig ist ein erwerbswirtschaftliches Unternehmen nur dann, wenn es ergänzend zur positiven Fortführungsprognose (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB) durch geeignete Maßnahmen nachhaltig sowohl die <u>Wettbewerbsfähigkeit</u> als auch die <u>Renditefähigkeit</u> wieder erlangen kann und des damit nachhaltig fortführungswürdig ist.	Ergänzung der Definition Sanierungsfähigkeit, wenn auf Basis des Sanierungskonzepts bei objektiver Beurteilung ernsthafte und begründete Aussichten auf eine erfolgreiche Sanierung in einem überschaubaren Zeitraum bestehen.
<b>Sanierungswürdigkeit</b>	(-)	Sanierungswürdigkeit schließt <u>subjektive Wertungselemente</u> aus Sicht eines Stakeholders ein und kann damit <b>kein tauglicher Orientierungsmaßstab für die Erstellung eines Sanierungskonzeptes</b> sein. Dieser überkommene und nur noch gelegentlich verwendete Begriff ist in seinen Inhalten unbestimmt und erfüllt wegen seiner Mehrdeutigkeit nicht die Anforderungen an eine intersubjektive Nachprüfbarkeit.	Unverändert.

# VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten

## Stufenkonzept des IDW, Rn. 1129 f.

**1. Stufe:** Sicherstellen  
**positive Fortführungsprognose**

**≠ Insolvenzantragsgründe**

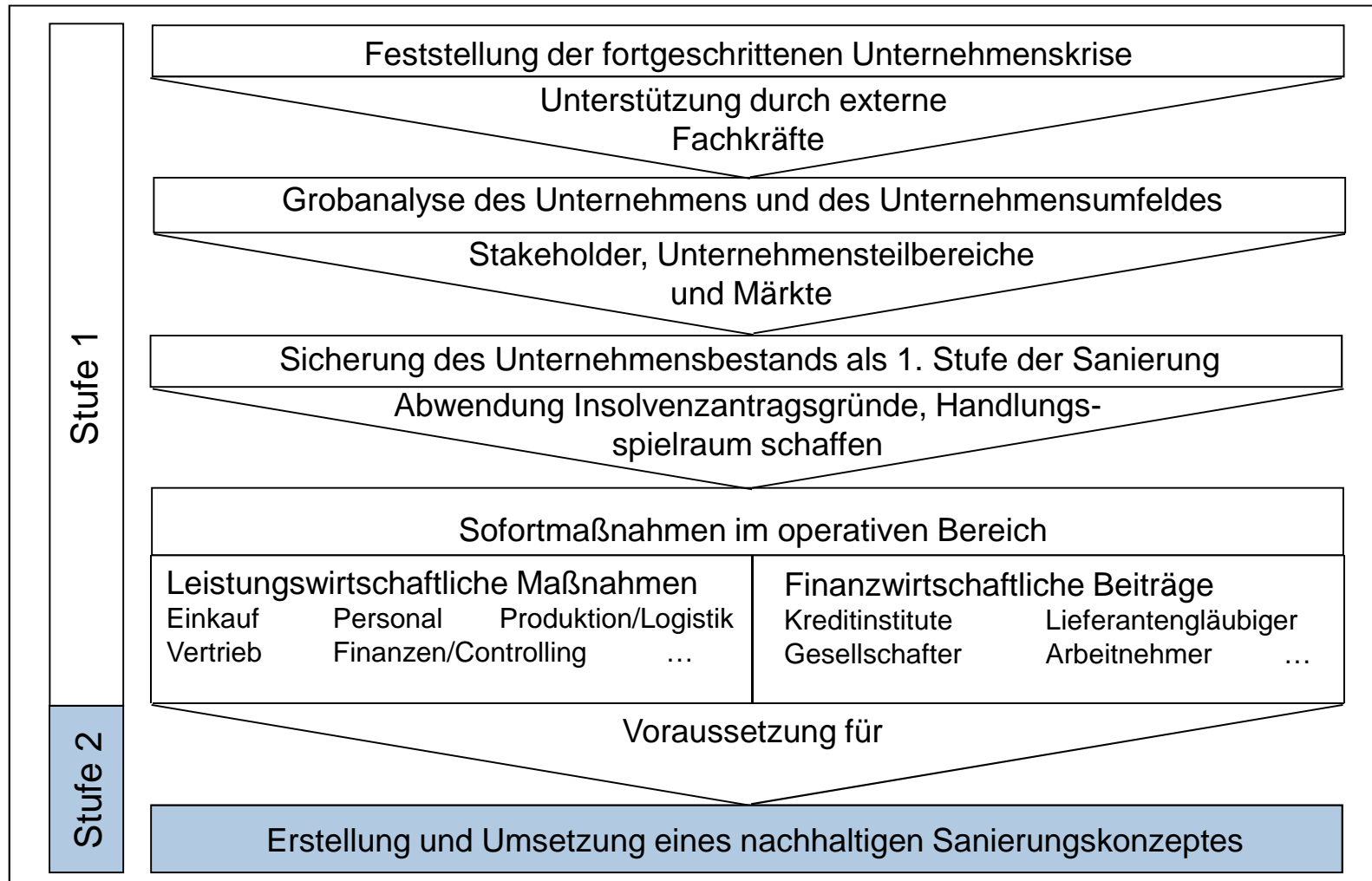
Beseitigung der  
Bestandsgefährdung

**2. Stufe:** Sanierungskonzept erstellen  
und umsetzen zur nachhaltigen  
**Rendite- und Wettbewerbsfähigkeit**  
des Unternehmens

- Erste Stufe: Maßnahmen zur Sicherung der Fortführungsfähigkeit im Sinne einer positiven Fortführungsprognose (§ 252 Abs. 1 Ziff. 2 HGB)  
=> beinhaltet Prüfung: Zahlungsunfähigkeit, drohende Zahlungsunfähigkeit/ Überschuldung
- Operative Sofortmaßnahmen zum Unternehmenserhalt u.U. notwendig
  - ▶ Liquiditätssicherung
  - ▶ Rangrücktritt
- Zweite Stufe: Erstellen und Umsetzen eines Sanierungskonzeptes zur nachhaltigen Rendite- und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens
- Ausrichtung am Leitbild des sanierten Unternehmens

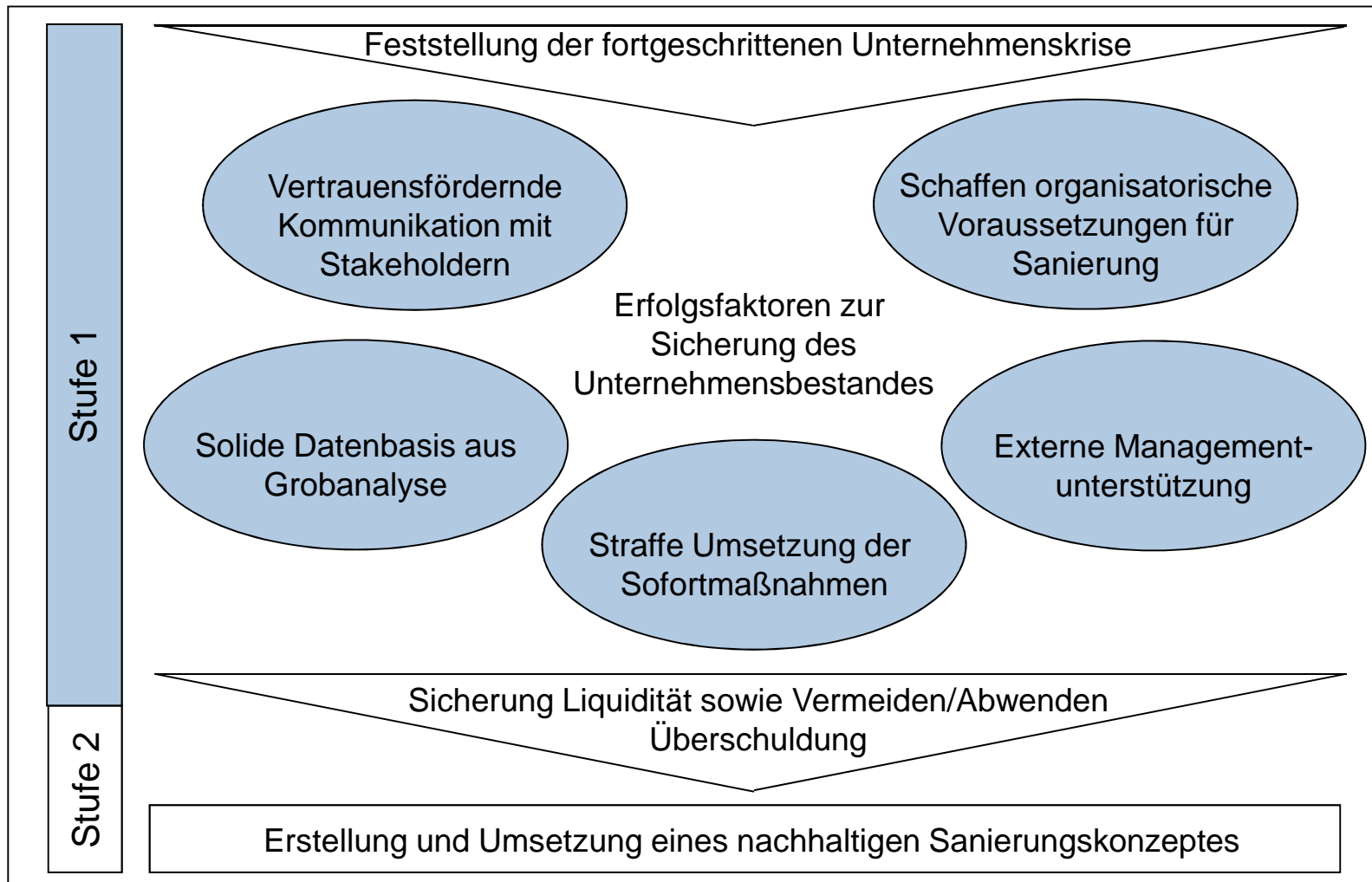


# VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten - Stufenkonzept des IDW



Quelle: Steffan, WPg 2009, S. 274

# VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten - Stufenkonzept des IDW



Quelle: Steffan, WPg 2009, S. 281

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten

### Grundlagen der Unternehmensanalyse

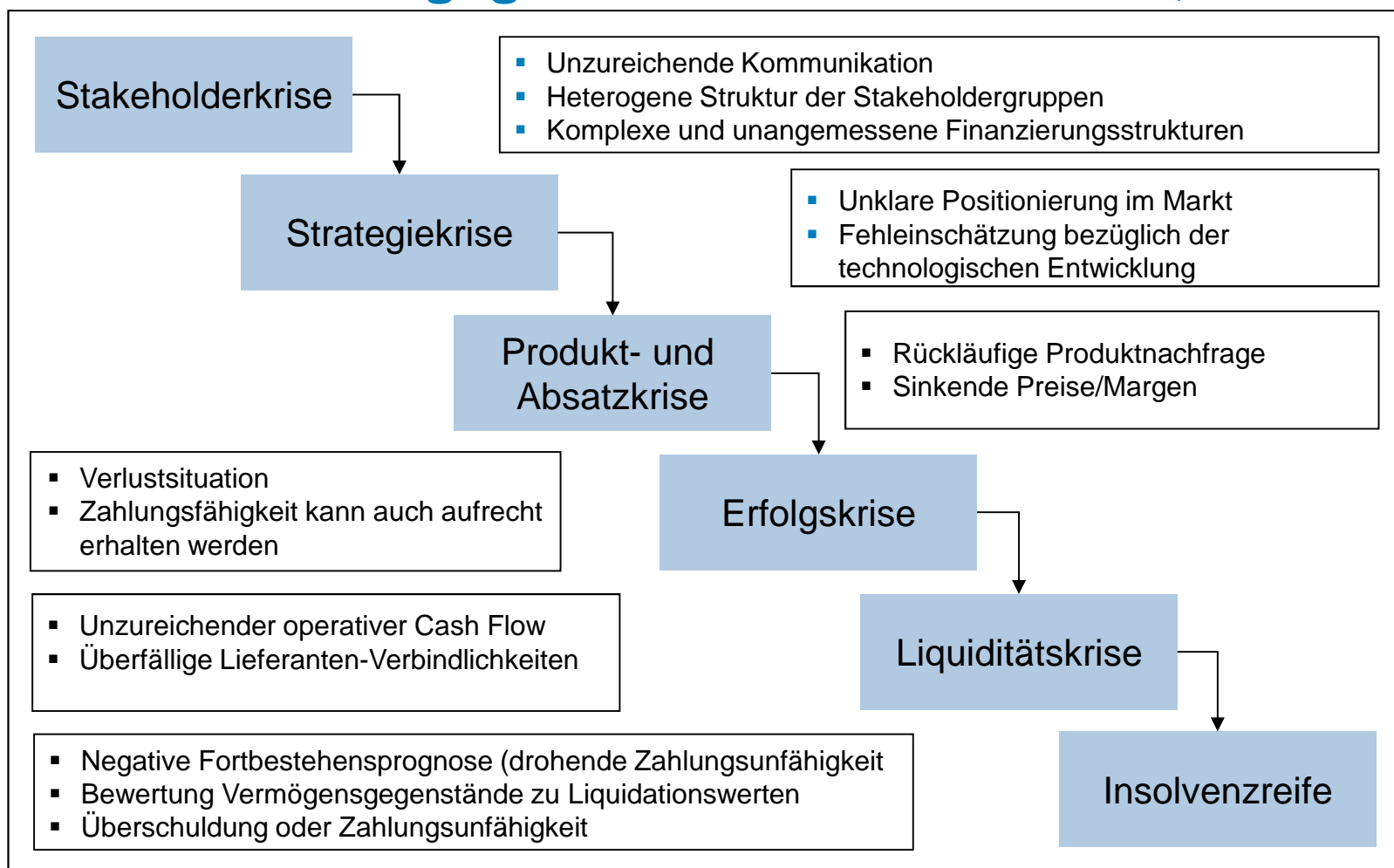
- Wesentliche Eckpunkte der rechtlichen Verhältnisse und wirtschaftlichen Ausgangsdaten betreffend die sanierungsrelevanten Sachverhalte
- Analyse der Besonderheiten des eingetretenen Krisenstadiums und der Krisenursachen
- Hinweis auf (drohende) Zahlungsunfähigkeit und/oder (drohende) Überschuldung erforderlich
- Erfassung aller relevanten Daten als Grundlage für ein nachvollziehbares Sanierungskonzept – Sicherstellung der Richtigkeit und Vollständigkeit durch planvolles Vorgehen
- Vergangenheitsbezogene Daten plausibilisieren und als Grundlage für Ableitung von Annahmen für Plandaten verwenden
- Zuverlässigkeit der prognostischen Angaben/Wertungen durch ein geeignetes Planungssystem zu unterstützen
- ▶ Integrierte Ertrags-, Bilanz- und Finanzplanung

# VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten

## Basisinformationen und Unternehmensanalyse, Rn. 1136

- Basisinformationen über das Unternehmen:
  - ▶ Rechtliche und organisatorische Verhältnisse
  - ▶ Finanzwirtschaftliche Verhältnisse
  - ▶ Leistungswirtschaftliche Verhältnisse
  - ▶ Personalwirtschaftliche Verhältnisse
- Analyse von:
  - ▶ Unternehmenslage
  - ▶ Umfeld
  - ▶ Branchenentwicklung
  - ▶ Internen Unternehmensverhältnissen

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten - Krisenstadien, Rn. 1142ff.



Quelle: Beck, WPg 2009, S. 266 Abb. 1

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten - Analyse der Krisenursachen

- Durch Eingrenzung der vermuteten kritischen Bereiche soll eine systematische Ursachenanalyse durchgeführt werden
- Krisenursachen der Geschäftsbereiche sind entsprechend den Krisenstadien zu analysieren und zu dokumentieren
- Unternehmenskrisen sind i.d.R. Resultat mehrstufiger Ursache-Wirkungs-Ketten mit mehreren zusammenwirkenden, sich verstärkenden oder abschwächenden Ursachen
- Unterscheidung in externe/interne Krisenursachen sowie Ursachen und Symptomen der Krise:

### Externe Krisenursachen:

- ▶ Konjunkturlinüsse
- ▶ Steigende Wettbewerbsintensität
- ▶ Marktveränderungen

### Interne Krisenursachen:

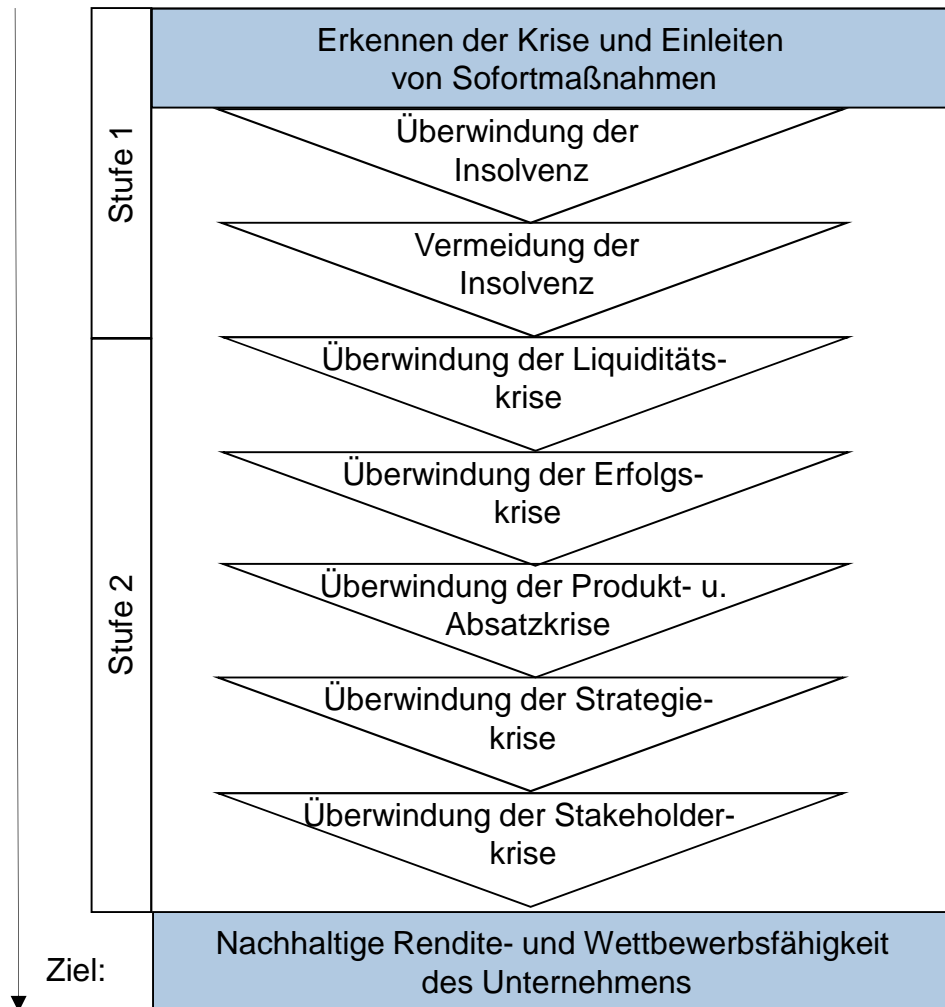
- ▶ Qualitätsprobleme
- ▶ Operative Defizite in der Leistungserstellung
- ▶ Managementprobleme

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten - Ausrichtung am Leitbild des sanierten Unternehmens, Rn. 1153 ff.

- Das Leitbild des sanierten Unternehmens umschreibt die Konturen des zukünftigen Unternehmens, das in wirtschaftlicher Hinsicht mindestens eine nachhaltige durchschnittlich branchenübliche Rendite und eine angemessene Eigenkapitalausstattung aufweist.
- Das Leitbild schließt ein realisierbares, zukunftsfähiges Geschäftsmodell ein. Als Eckdaten des klar zu beschreibenden Geschäftsmodells kommen insbesondere in Betracht:
  - ▶ Die wesentlichen Geschäftsfelder des Unternehmens mit
    - ihren Produkt-/Marktkombinationen,
    - der zugehörigen Umsatz-/Kostenstruktur und
    - den hierfür erforderlichen Prozessen und Systemen
  - ▶ Die Ressourcen und Fähigkeiten, die es zu entwickeln und zu nutzen gilt
- Für das Leitbildkommen ergänzend hinzu:
  - ▶ Die langfristigen Zielvorstellungen und Grundstrategien des Unternehmens
  - ▶ Die angestrebte Wettbewerbsposition bzw. die Wettbewerbsvorteile für den Kunden
  - ▶ Die zu beachtenden gemeinsamen Wertvorstellungen, Grundregeln und Verhaltensweisen, die in ihrer Gesamtheit den Kern der Unternehmenskultur bilden und das interne Miteinander sowie das Auftreten nach außen maßgeblich prägen

# VI. Stadiengerechte Bewältigung der Unternehmenskrise, Rn. 1161 ff.

Zeitstrahl

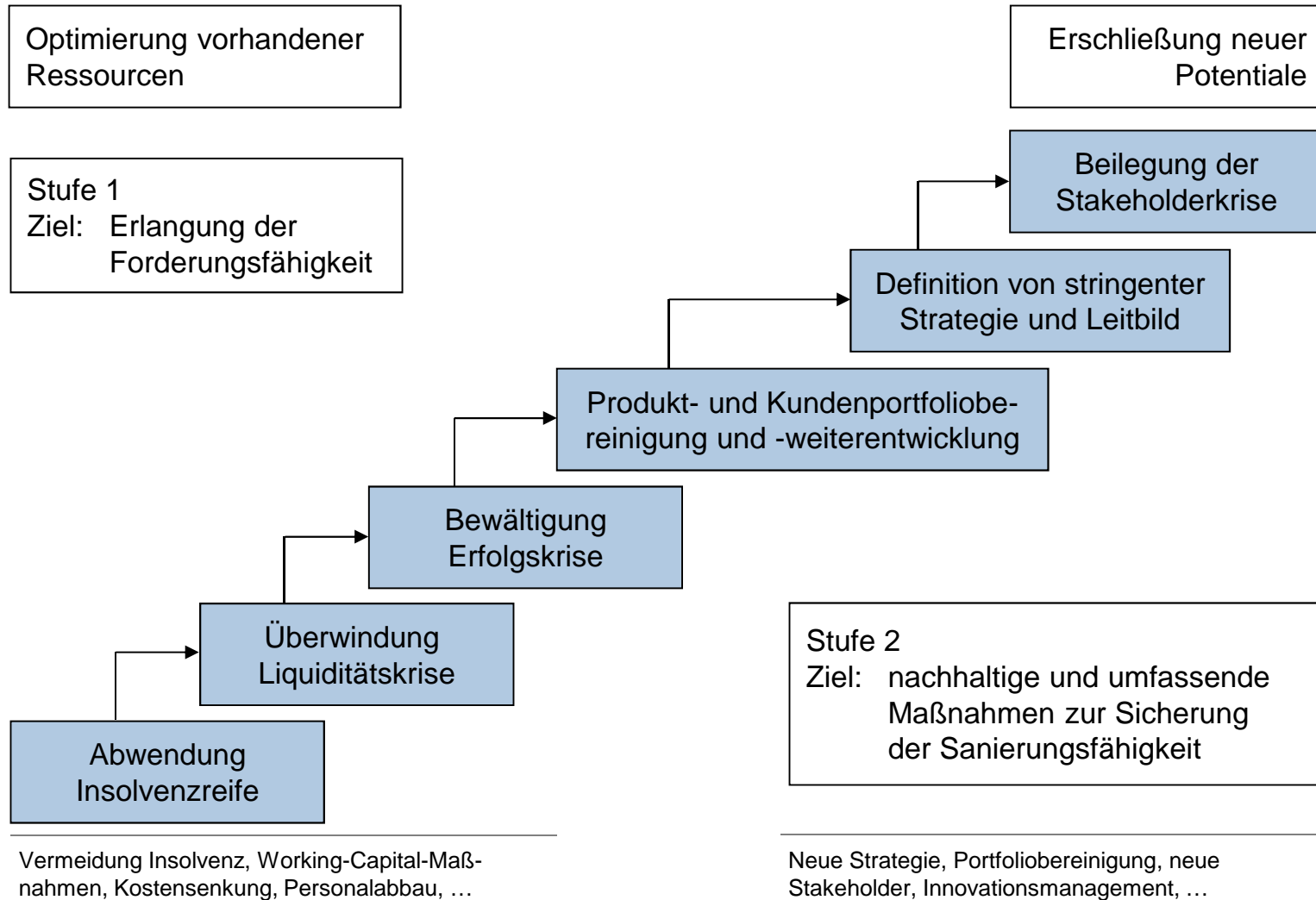


- Das jeweilige Krisenstadium bestimmt Inhalte und Maßnahmen
- 1. Stufe: Überlebensfähigkeit sichern durch operative Sofortmaßnahmen
- 2. Stufe: Sanierungskonzept erstellen und umsetzen
- Nachhaltiger Sanierungserfolg nur zu erreichen, wenn alle vorgelagerten Krisenursachen beseitigt werden
- Ziel: Wiedergewinnung der Rendite- und Wettbewerbsfähigkeit, dabei Ausrichtung am Leitbild des sanierten Unternehmens



# VI. Darstellung und Analyse des Unternehmens

## Feststellung des Krisenstadiums, Rn. 1161 ff.

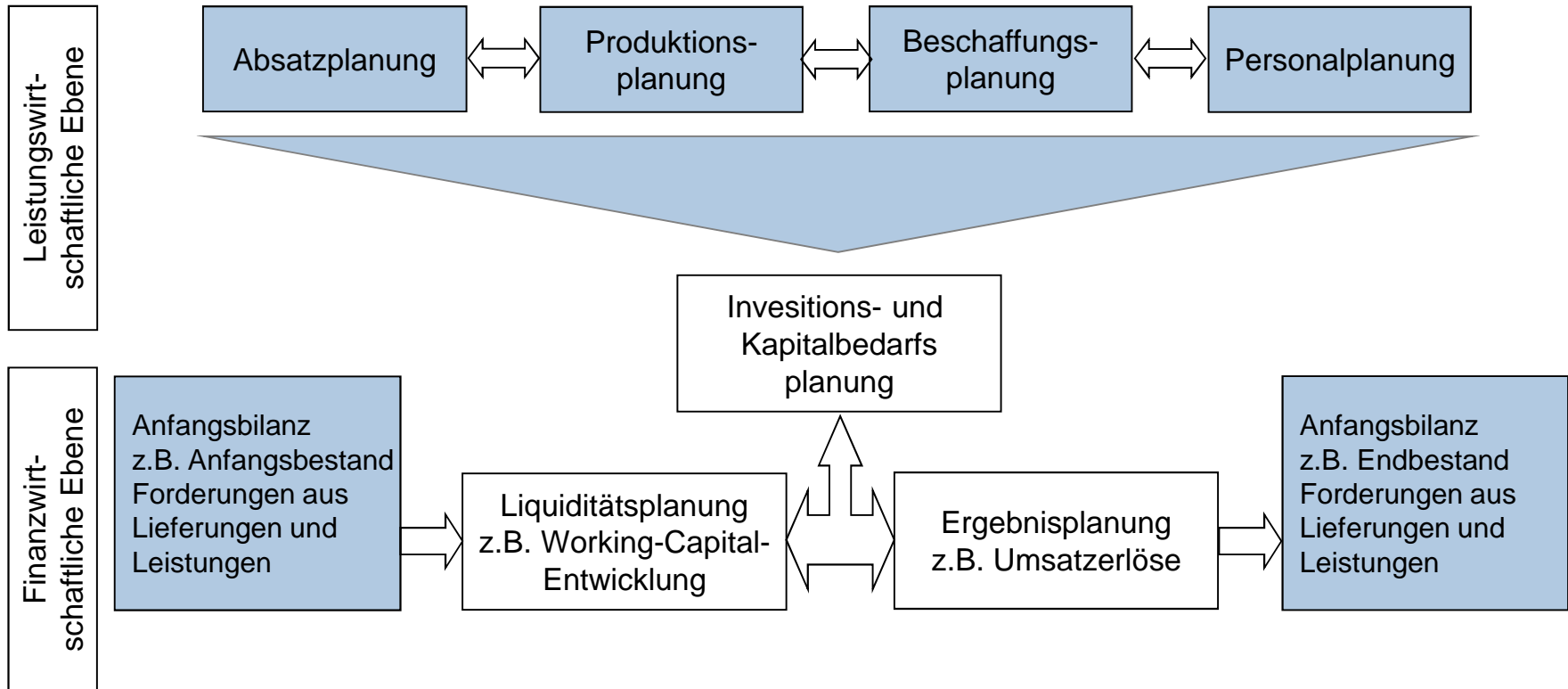


Quelle: Beck, WPg 2009, S. 268 Abb. 2

## VI. Integrierte Sanierungsplanung, Rn. 1182 ff.

- Darstellung der Problem- und Verlustbereiche
- Darstellung der Maßnahmeneffekte
- Vernetzung der Teilplanungen (Absatzplanung, Produktionsplanung, Beschaffungsplanung, Personalplanung, Investitionsplanung etc.) zu einer integrierten Finanz- und Bilanzplanung
- Plan Gewinn- und Verlustrechnung
- Ergänzung mit geeigneten Kennzahlen

# VI. Integrierte Sanierungsplanung



Quelle: Wentzler, WPg 2009, S. 293 Abb. 1

## VI. Kennzahlen zur Ergänzung der integrierten Planung, Rn. 1182

- Verwendung von Kennzahlen, die die Aussage der Sanierungsfähigkeit stützen. In Betracht kommen:
- Liquiditätskennzahlen, insbesondere:
  - ▶ Liquiditätsgrade I bis III
  - ▶ Cashflow in % vom Umsatz
  - ▶ Schuldentilgungsdauer in Jahren
  - ▶ Kapitaldienstdeckungsfähigkeit – Debt Service Coverage
- Ertragskennzahlen, insbesondere:
  - ▶ Gesamtkapital-, Eigenkapital- und Umsatzrentabilität
  - ▶ Material-/Fremdleistungsquote
  - ▶ EBITDA in % vom Umsatz
- Vermögenskennzahlen, insbesondere:
  - ▶ Eigenmittelquote
  - ▶ Verschuldungsgrad
  - ▶ Anlagendeckung
  - ▶ Working Capital
  - ▶ Debitoren- und Kreditorenlaufzeit sowie Vorratsreichweite in Tagen (DSO, DPO, DIH)

## VI. Berichterstattung und zusammenfassende Schlussbemerkung

- Dokumentation
  - ▶ Der Wirtschaftsprüfer wird eine Vollständigkeitserklärung von der Geschäftsführung und ggf. weiteren Auskunftspersonen einholen
  - ▶ Einholung einer Stellungnahme der gesetzlichen Vertreter über die Umsetzbarkeit und den Willen zur Umsetzung des Konzepts; diese Stellungnahme wird ebenfalls in die Schlussbemerkung aufgenommen
- Berichterstattung
  - ▶ Zielsetzung der Berichterstattung ist es, den Empfänger in die Lage zu versetzen, die Ausgangssituation, die wesentlichen Annahmen und Maßnahmen, die Grundsatzüberlegungen und Schlussfolgerungen nachvollziehen und würdigen zu können; die Berichterstattung enthält eine klare Darstellung über die Art und den Umfang der Befassung des Wirtschaftsprüfers mit dem Sanierungskonzept
  - ▶ Im Bericht wird klarstellend auf immanente Einschränkungen aufgrund unsicherer zukunftsorientierter Informationen hingewiesen sowie auf die Abgrenzung zur Jahresabschlussprüfung
  - ▶ Gliederung und Inhalt der Berichterstattung ist abhängig vom Auftragsumfang und der Komplexität des Unternehmens
  - ▶ Berichterstattung gem. vorgegebener Inhalte nach IDW S 6 n.F.

## VI. Berichterstattung und zusammenfassende Schlussbemerkung

- ▶ Berichterstattung enthält die wesentlichen Feststellungen, Zwischenergebnisse und Schlussfolgerungen und als Schlussbemerkung zur Zusammenfassung eine Einschätzung, ob das Unternehmen sanierungsfähig ist
- ▶ Sofern Eintrittswahrscheinlichkeiten – in Ausnahmefällen – nicht beurteilt werden können, so ist dies klarstellend im Bericht und in der Schlussbemerkung aufzunehmen
- ▶ Schlussbemerkung soll nur zusammen mit Erstellungsbericht an Dritte weitergegeben werden
- ▶ Einschränkung der Schlussbemerkung, wenn nur Teilbereiche Auftragsgegenstand sind
- Muster für zusammenfassende Schlussbemerkung mit positiver Gesamtaussage im IDW S 6 enthalten:

*„Im Rahmen meiner/unserer Tätigkeit bin ich/sind wir zu der Einschätzung gelangt, dass aufgrund der im vorliegenden Sanierungskonzept beschriebenen Sachverhalte, Erkenntnisse, Maßnahmen und der mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eintretenden Annahmen*

- *die gesetzlichen Vertreter der ... [Mandant] zutreffend von einer positiven Fortbestehens- und Fortführungsprognose ausgehen und*
- *das Unternehmen in überschaubarer Zeit auf Basis der bereits eingeleiteten und noch vorgesehenen Maßnahmen sanierungsfähig ist, d.h., dass auf Basis des Sanierungskonzepts bei objektiver Beurteilung ernsthafte und begründete Aussichten auf eine erfolgreiche Sanierung bestehen.“*

# VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten - Berichterstattung und zusammenfassende Schlussbemerkung

## Muster für die Schlussbemerkung zur Zusammenfassung

„Ich war / Wir waren beauftragt, das in voranstehendem Bericht dargestellte Sanierungskonzept für die XY-Gesellschaft zu erstellen. Das Sanierungskonzept wurde auf Grundlage des zwischen der Gesellschaft und mir / uns geschlossenen Auftrags, dem die berufüblichen Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften vom 01.01.2002 zugrunde liegen, erstellt und dient allein der Unterrichtung der Organe der Gesellschaft.

Ich habe meiner / Wir haben unserer Erstellungstätigkeit den *IDW Standard: Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten (IDW S 6)* zugrunde gelegt. Dieser *IDW Standard* legt die Grundsätze dar, nach denen Wirtschaftsprüfer Sanierungskonzepte erarbeiten.

Im Rahmen meiner / unserer Erstellungstätigkeit habe ich / haben wir auf Basis meiner / unserer Analysen der Ist-Lage<sup>32</sup> und der Krisenursachen<sup>33</sup> in Abstimmung mit den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft vor dem Hintergrund des Leitbilds<sup>34</sup> des sanierten Unternehmens geeignete Sanierungsmaßnahmen<sup>35</sup> erarbeitet und die Auswirkungen der ergriffenen und geplanten Maßnahmen in die integrierte Ertrags-, Liquiditäts- und Vermögensplanung überführt.<sup>36</sup> Die Verantwortung für das dem Sanierungskonzept zugrunde liegende Leitbild und die daraus abgeleiteten Annahmen sowie für die Umsetzung, kontinuierliche Überwachung und Fortschreibung des Sanierungskonzepts liegt bei den gesetzlichen Vertretern der Gesellschaft.

Aufgabe der gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft war es, mir / uns die für die Auftragsdurchführung erforderlichen Informationen vollständig und richtig zur Verfügung zu stellen.<sup>37</sup> Auf die beigefügte Vollständigkeitsklärung wird verwiesen. Ergänzend haben mir / uns die gesetzlichen Vertreter erklärt, dass sie beabsichtigen und in der Lage sind, die zur Sanierung erforderlichen und im Sanierungskonzept beschriebenen Maßnahmen umzusetzen.<sup>38</sup> Auftragsgemäß war es nicht meine / unsere Aufga-

be, die dem Sanierungskonzept zugrunde liegenden Daten nach Art und Umfang einer Jahresabschlussprüfung zu prüfen. Ich habe / Wir haben hinsichtlich der in das Sanierungskonzept eingeflossenen wesentlichen Daten lediglich Plausibilitätsbeurteilungen durchgeführt.

Die dem Konzept beigefügte integrierte Planung weist ein positives Reinvermögen und künftige Liquiditätsüberschüsse aus.

Das Sanierungskonzept beschreibt die für eine positive Fortbestehens- und Fortführungsprognose und darüber hinaus die für die Wiedererlangung der Wettbewerbs- und Renditefähigkeit der ... [Mandant] erforderlichen Maßnahmen.

Im Rahmen meiner / unserer Tätigkeit bin ich / sind wir zu der Einschätzung gelangt, dass aufgrund der im vorliegenden Sanierungskonzept beschriebenen Sachverhalte, Erkenntnisse, Maßnahmen und der mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eintretenden Annahmen

- die gesetzlichen Vertreter der ... [Mandant] betreffend von einer positiven Fortbestehens- und Fortführungsprognose ausgehen und
- das Unternehmen in überschaubarer Zeit auf Basis der bereits eingeleiteten und noch vorgesehenen Maßnahmen sanierungsfähig ist,<sup>39</sup> d.h., dass auf Basis des Sanierungskonzepts bei objektiver Beurteilung ernsthafte und begründete Aussichten auf eine erfolgreiche Sanierung bestehen.<sup>40</sup>

[Soweit zutreffend:] Ich weise / wir weisen darauf hin, dass das Sanierungskonzept verschiedene Sanierungsmaßnahmen umfasst, die von der Mitwirkung Dritter abhängen und bei denen zum Zeitpunkt der Erstellung des Konzepts eine rechtlich bindende Vereinbarung noch aussteht. Hierauf ist im Bericht unter Abschnitt ... im Einzelnen hingewiesen worden.

## VI. Entwicklung der Anforderungen an die Erstellung von Sanierungsgutachten- Neuer Entwurf vom 8. September 2017

### IDW ES 6 n.F. im Vergleich zu IDW S6

- Keine Änderung der materiellen Anforderungen an Sanierungskonzepte
- Kürzere und gestrichene Ausführungen zu erläuternden Grundlagen (Krisenstadien, Maßnahmen zur Überwindung der Krise, Leitbild des sanierten Unternehmens, etc.)
- Ergänzend Fragen-und-Antworten-Papier des IDW zwecks besserer Lesbarkeit des Standards (F&A zu IDW S 6)
- **Neu:** Beurteilung der Angemessenheit der Eigenkapitalausstattung – erhebliche Kritik da steuerlich Forderungsverzicht und debt equity swap derzeit problematisch sind und qualifizierter Rangrücktritt (Mezzanine) danach als geeignete Sanierungsmaßnahme nicht ausreichen würde !
- Im Übrigen werden die Phasen des Sanierungsprozesses klarer herausgestellt und die Anforderungen an Sanierungskonzepte für kleinere Unternehmen (KMU) betreffend Detailtiefe der Beschreibungen im Rahmen des Grundsatzes der Wesentlichkeit an die geringere Komplexität des Unternehmens angepasst (Ausmaß der Untersuchungen und Berichterstattung abhängig von Unternehmensgröße)



# Inhalt

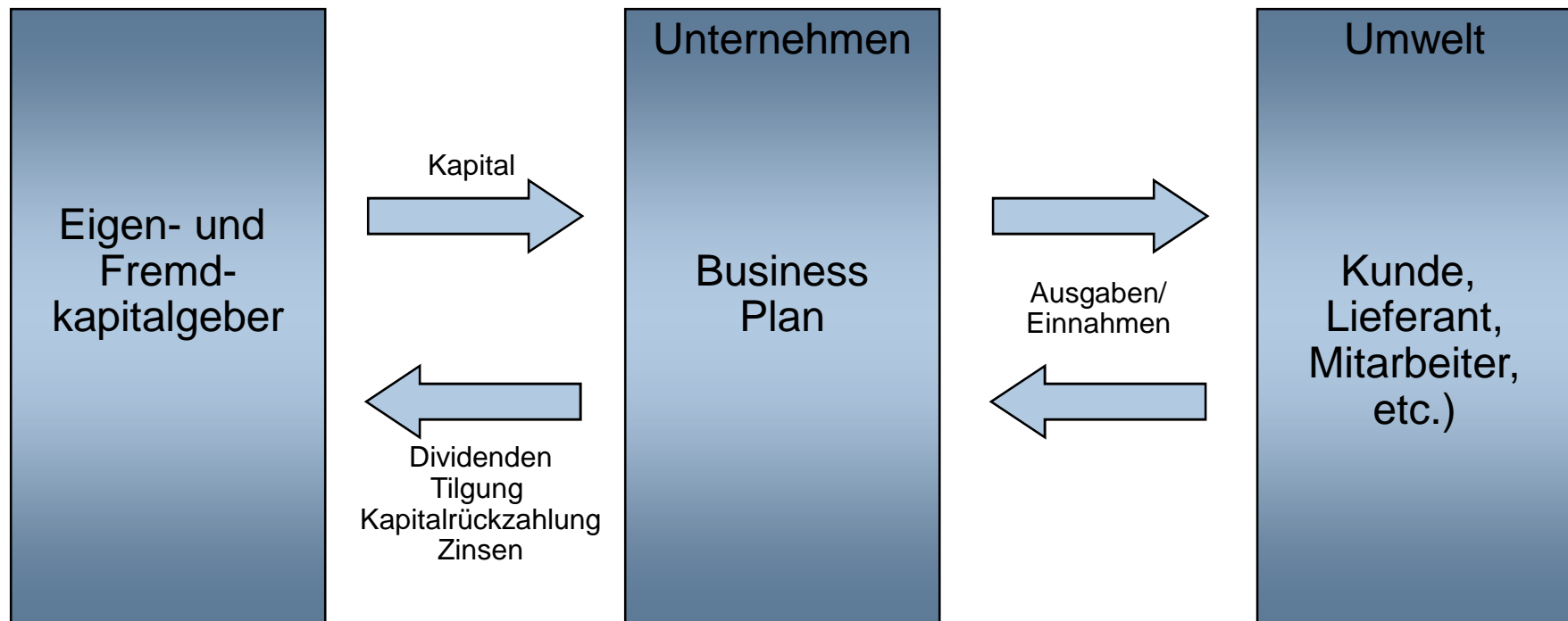
- I. Phasen für den Unternehmenskauf in der Krise / Insolvenz
- II. Ausgewählte Problemstellungen und Sonderfälle
- III. Betriebsübergang gemäß § 613a BGB
- IV. Ausgewählte steuerliche Sachverhalte
- V. Unternehmensverkauf aus der Insolvenz
- VI. Anforderungen an die Erstellung von Sanierungskonzepten nach IDW S6
- VII. Grundlagen der Unternehmensbewertung**

# VII. Grundlagen der Bewertung von Unternehmen

## Aktuelle Bewertungsmethoden

Methode	Etablierte Verfahren	Multiplikator-Methode	Economic Value Added (EVA)	Real-Options Bewertung
Ausprägung	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Ertragswertmethode</li> <li>- DCF-Methode</li> <li>- Substanzwert</li> <li>- Mischformen (Stuttg. Verf.)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Vergleichsverfahren mit Hilfe von Kennzahlen</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Vergleich der Rendite und den Kosten aus dem eingesetzten Kapital für eine Strategie</li> <li>- maßgeblich ist der betriebliche Übergewinn</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- abgeleitet aus der modernen Kapitalmarkttheorie</li> <li>- basiert auf options-theoretischen Grundlagen</li> </ul>
Anwendung	Gutachten, Ermittlung von objektivierten Unternehmenswerten	Praktiker-Methoden, Vergleichsbewertung bei IPOs	Wertorientierte Unternehmensführung	Bewertung von jungen, innovativen Unternehmen (ohne historische Vergleichsergebnisse)

## VII. Grundlagen der Bewertung von Unternehmen



## VII. Grundlagen der Bewertung von Unternehmen, Rn. 1191 ff.

Was ist der Wert eines Unternehmens?

- Der Wert eines Unternehmens bestimmt sich unter der Voraussetzung ausschließlich finanzieller Ziele durch den Barwert der mit dem Eigentum an dem Unternehmen verbundenen Nettozuflüsse an die Unternehmenseigner.
- Zur Ermittlung dieses Barwertes wird ein Kapitalisierungszinssatz verwendet, der die Rendite aus einer zur Investition in das zu bewertende Unternehmen adäquaten Alternativenanlage repräsentiert. Damit ist der Unternehmenswert
  - ▶ grds. ein Zukunftserfolgswert
  - ▶ ggfs. der Liquidationswert
  - ▶ niemals: der Substanzwert

**Durch Unternehmensbewertung wird auf Basis standardisierter Verfahren die Vergleichbarkeit verschiedener (Investitions-)Alternativen ermöglicht.**

**Aber: Je nach Ausgangssituation z.T. erhebliche subjektive Elemente mit wesentlicher Wertbeeinflussung möglich!**

## VII. Gesamtwert einer Unternehmung

Barwert aller Ertragsüberschüsse aus dem  
betriebsnotwendigen Vermögen

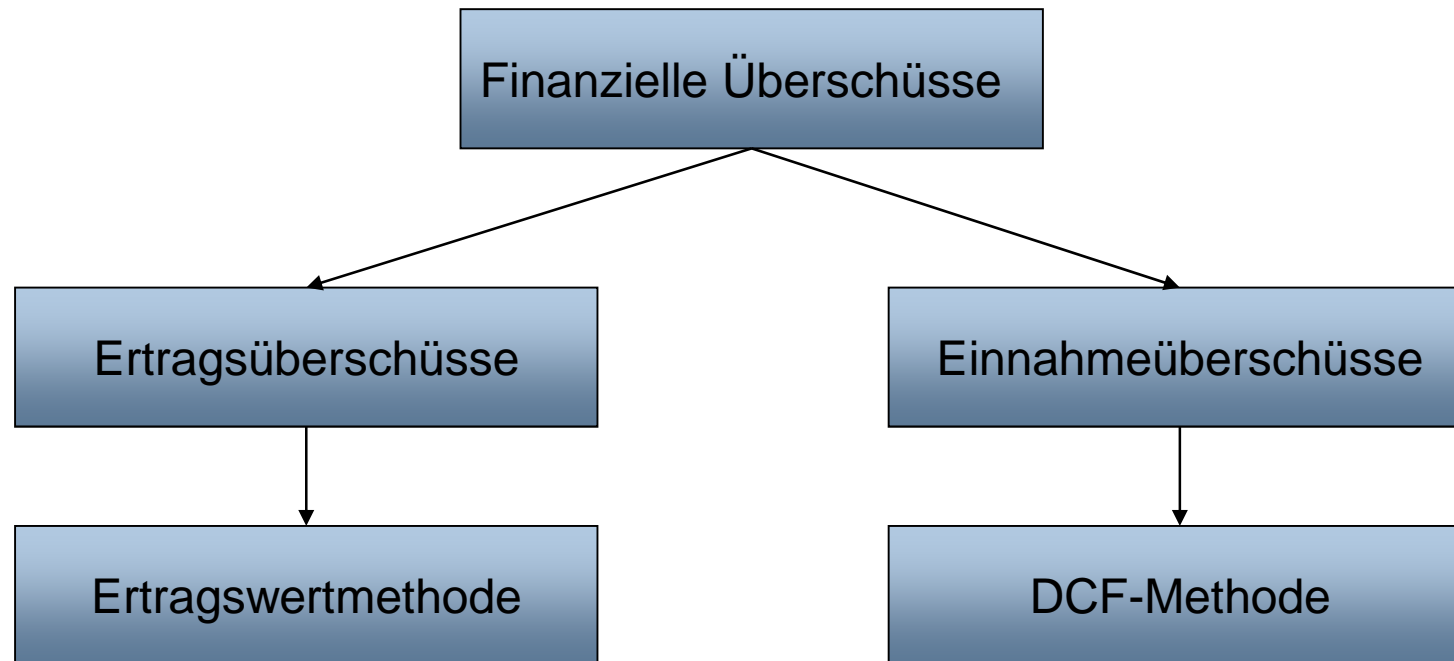
+

Wert des nicht betriebsnotwendigen Vermögens

=

Gesamtwert der Unternehmung

## VII. Bewertung des betriebsnotwendigen Vermögens



## VII. Bewertung des betriebsnotwendigen Vermögens, Rn. 1218 ff.

### Ertragsüberschüsse

Umsatzerlöse  
Materialaufwand  

---

Rohertrag  
Personal- und Gemeinkosten  

---

EBIT  
Finanzergebnis  

---

Ergebnis vor Steuern  
Ertragssteuern  

---

Ergebnis nach Steuern

### Einnahmeüberschüsse

Ergebnis nach Steuern  
+ Fremdkapitalzinsen  
– Unternehmenssteuerersparnis infolge der  
Abzugsfähigkeit der FK-Zinsen  
+ Abschreibungen und andere zahlungs-  
unwirksame Aufwendungen  
– zahlungsunwirksame Erträge  
– Investitionsauszahlungen  
+/- Veränderung des Nettoumlaufvermögens  
= Free Cashflow

## VII. Bewertung des nicht betriebsnotwendigen Vermögens

- Definition nach den funktionalen Abgrenzungskriterien:

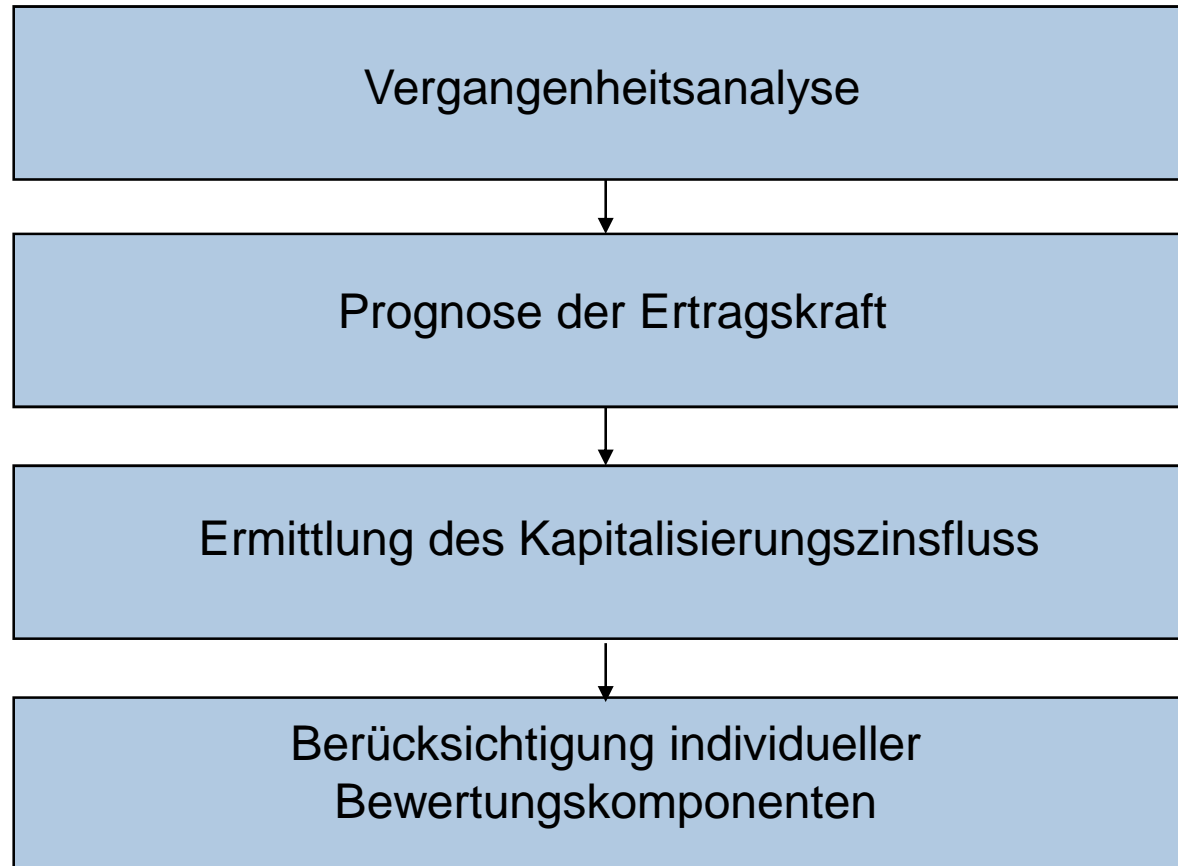
„Vermögensteile können frei veräußert werden, ohne dass davon die eigentliche Unternehmensaufgabe berührt wird.“

- Bewertung mit dem Liquidationswert
- Berücksichtigung der Liquidationskosten sowie der steuerlichen Folge auf Unternehmens- und Eigentümerebene
- Abzinsung der Erträge und Kosten über den Liquidationszeitraum
- Unmittelbar zurechenbare Schulden sind zu kürzen
- Auswirkung auf die Finanzsituation ist zu beachten



## VII. Prognose der künftigen finanziellen Überschüsse

Konzeption, Rn. 1199 ff.



# VII. Prognose der künftigen finanziellen Überschüsse

## Grundlagen, Rn. 1199 ff.

### Vergangenheitsanalyse:

- Eliminierung der Aufwendungen/Erträge des nicht betriebsnotwendigen Vermögens
- Ermittlung eines periodengerechten Erfolgsausweises
- Bewertungswahlrechte
- Bereinigung personenbezogene/spezifische Erfolgsfaktoren

### Planungsrechnung:

- Bilanz
- Gewinn- und Verlustrechnung
- Investitionen
- Finanzierung
- (Personal-/Ertragsteuerplanung)

# VII. Prognose der künftigen finanziellen Überschüsse

## Grundlagen, Rn. 1199 ff.

Objektive/Subjektive Unternehmensbewertung:

- Ertragsteuern
- Synergieeffekte
- Ausschüttungsplanung

Phasenkonzept:

- nähere Phase
- fernere Phase (ewige/endliche Rente)

Finanzplanung:

- Finanzierungssituation hat Einfluss auf die Risikosituation von Eigenkapital und Fremdkapital-Gebern und damit auf den Kapitalisierungszinsfuß

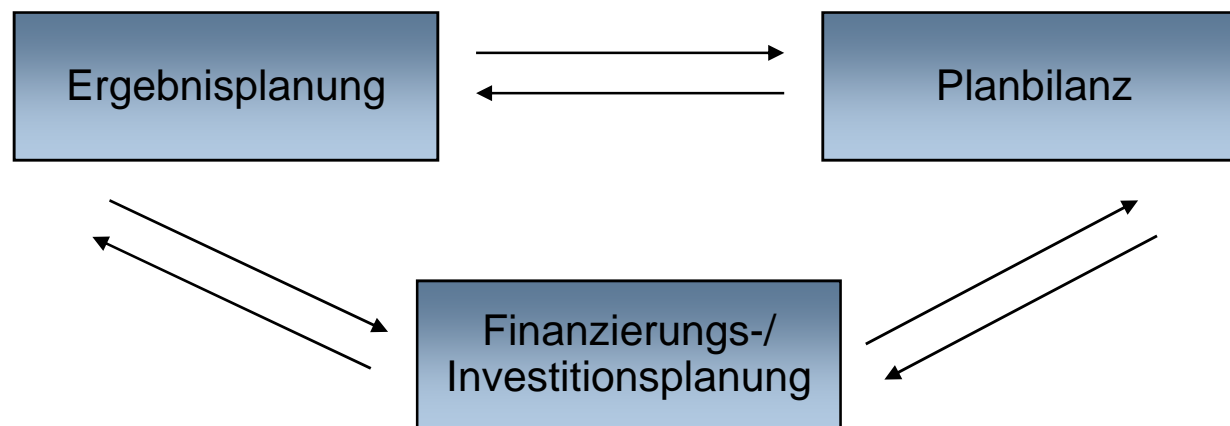
## VII. Prognose der künftigen finanziellen Überschüsse Vorgehensweise

Vergangenheitsanalyse:

- Einschätzung der aktuellen Ertragslage auf Grundlage eines bereinigten Ergebnisses
- Basis für die Plausibilitätsbetrachtung der Planung

Planung und Prognose:

- Trennung in Ertragsüberschüsse aus betriebsnotwendigen und nicht nichtbetriebsnotwendigen Vermögen
- Integrierte Teilplanungen



# VII. Prognose der künftigen finanziellen Überschüsse

## Unternehmenskauf und Unternehmensbewertung

### Due Diligence

- Vergangenheitsanalyse
- Plausibilität der Planzahlen
- Lokalisierung konkreter Risiken
- Bestimmung der Erfolgsfaktoren sowie des sich daraus ergebenden Risikos
- Einschätzung des allgemeinen Unternehmensrisikos

### Unternehmensbewertung

Datengerüst für die Bewertung

isolierte Qualifizierung des Risikos/der Chance oder Berücksichtigung in den Planzahlen

# VII. Kapitalisierung der künftigen finanziellen Überschüsse

## Zusammensetzung des Kapitalisierungszinsfußes

Basiszinssatz %  
+ Risikozuschlag %  

---

Zwischensumme % (anzuwenden in der I. Phase)  
././ Wachstums-/Inflationsabschlag %  

---

Zwischensumme % (anzuwenden in der II. Phase)  

---

→ Ermittlung mit Hilfe von CAPM

## VII. Kapitalisierung der künftigen finanziellen Überschüsse

### Bestandteile des Basiszinssatzes

Realzins

+

Inflationszuschlag



langjähriger Durchschnitt



Berücksichtigung der  
Geldentwertungsrates

# VII. Kapitalisierung der künftigen finanziellen Überschüsse

## Risikozuschlag

traditionell

subjektiv, d. h. individuelle Ermittlung

$i + z$

CAPM

kapitalmarkttheoretisch abgeleiteter Wert

$$z = \beta * (r_{EK} - i)$$

Marktrisikoprämie  
(5 % – 6 %)

relatives unternehmensspezifisches Risiko

(z.B. Barra International, Bloomberg)



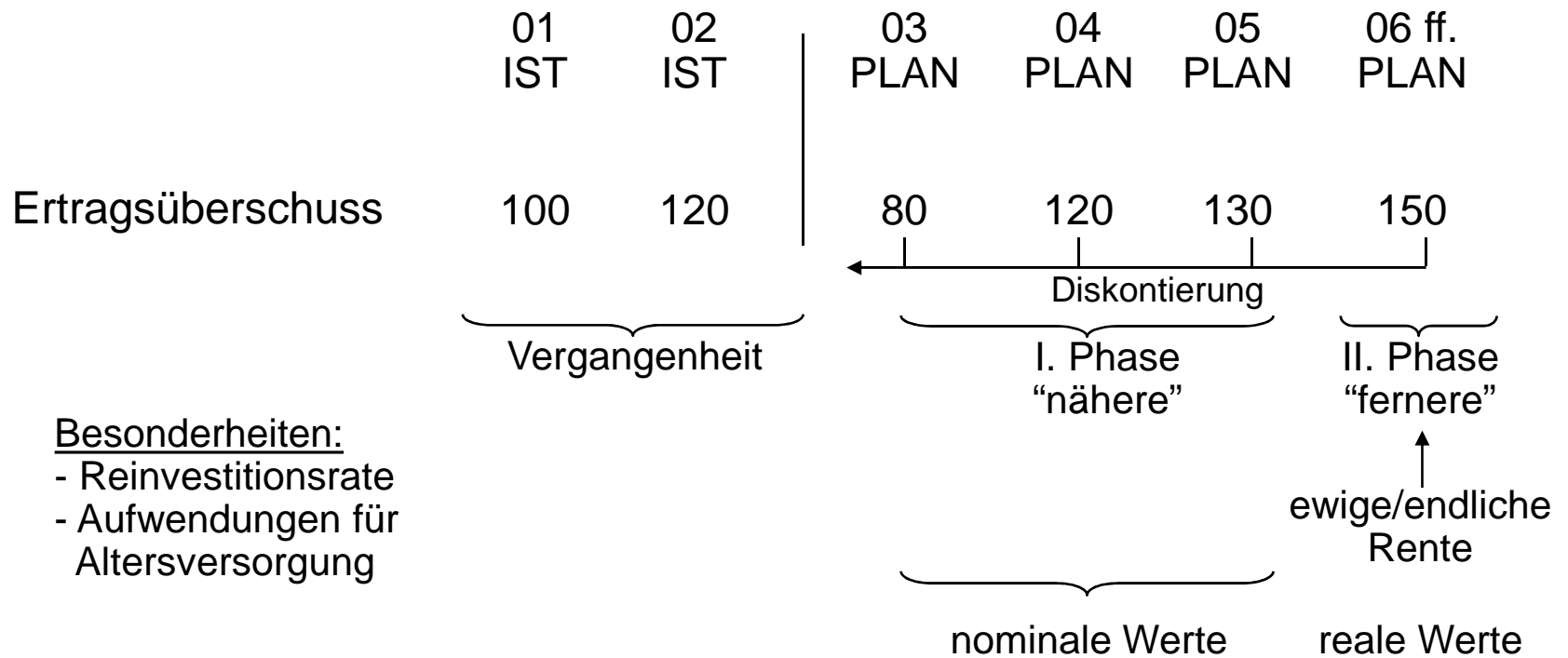
## VII. Kapitalisierung der künftigen finanziellen Überschüsse

### Wachstumsabschlag

- betrifft nur die finanziellen Überschüsse der 2. Phase (ewige Rente)
  - ▶ Berücksichtigung wachsender finanzieller Überschüsse durch Zinsabschlag
  - ▶ rechentechnisch keine Erfassung im Zähler der ewigen Rente möglich
- Ursachen für steigende finanzielle Überschüsse
  - ▶ Preissteigerungen
  - ▶ Mengenänderungen

# VII. Bewertungsverfahren: Ertragswertverfahren, Rn. 1217

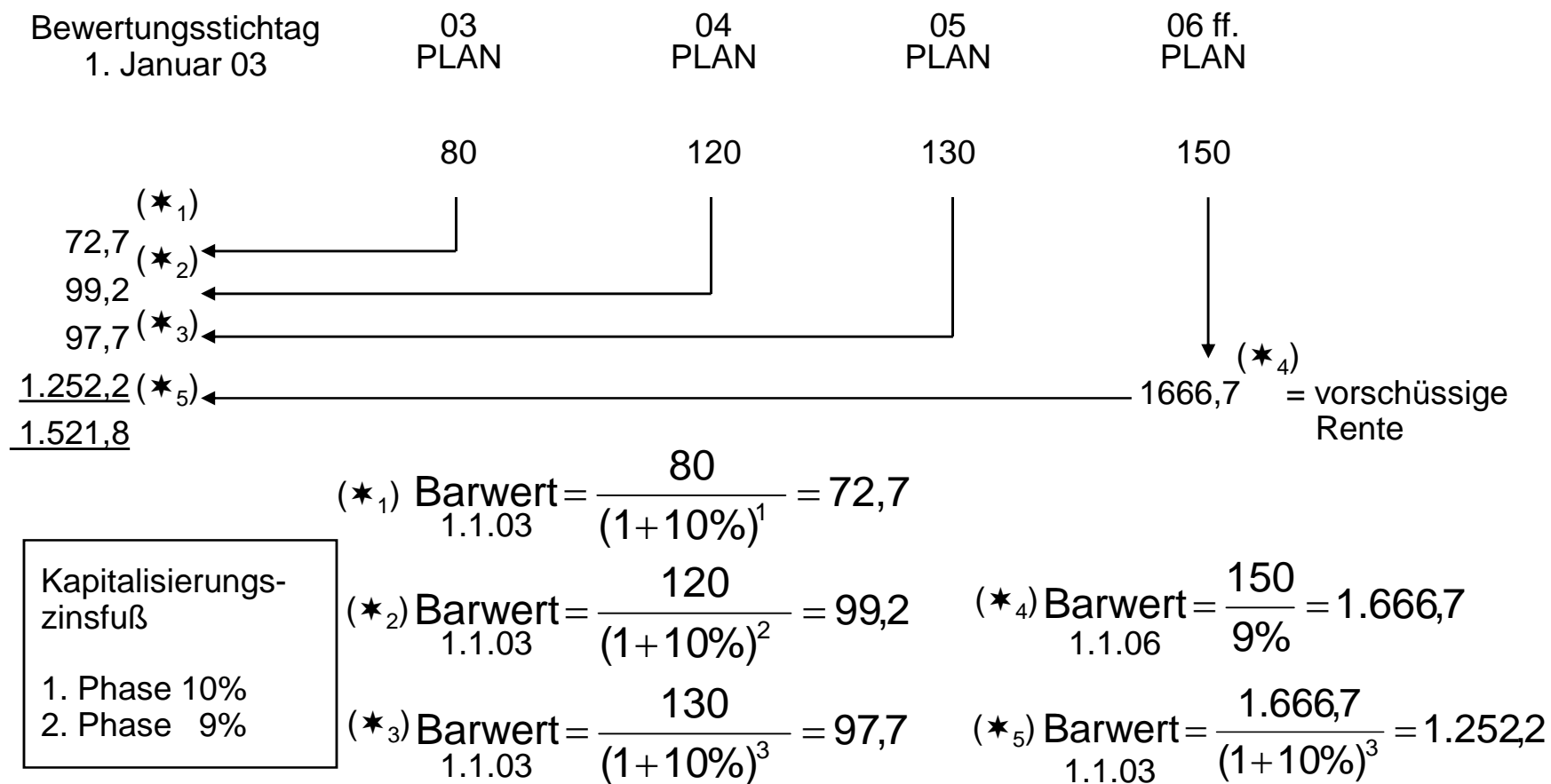
Bewertungsstichtag 1. Januar 03



Besonderheiten:

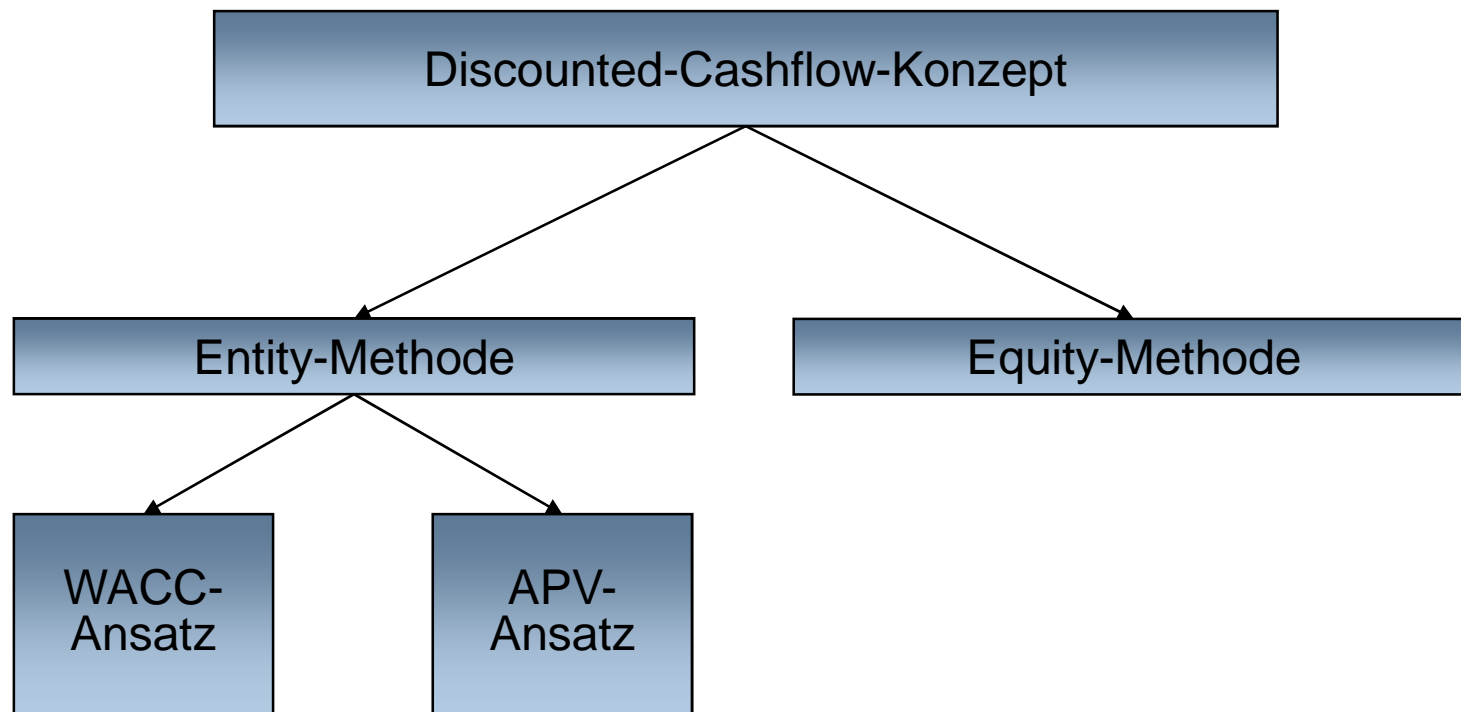
- Reinvestitionsrate
- Aufwendungen für Altersversorgung

## VII. Bewertungsverfahren: Ertragswertverfahren, Rn. 1217



## VII. Bewertungsverfahren: DCF-Verfahren, Rn. 1218 ff.

Diskontierung von erwarteten Zahlungen an die Kapitalgeber (Cashflows) aus dem betriebsnotwendigen Vermögen

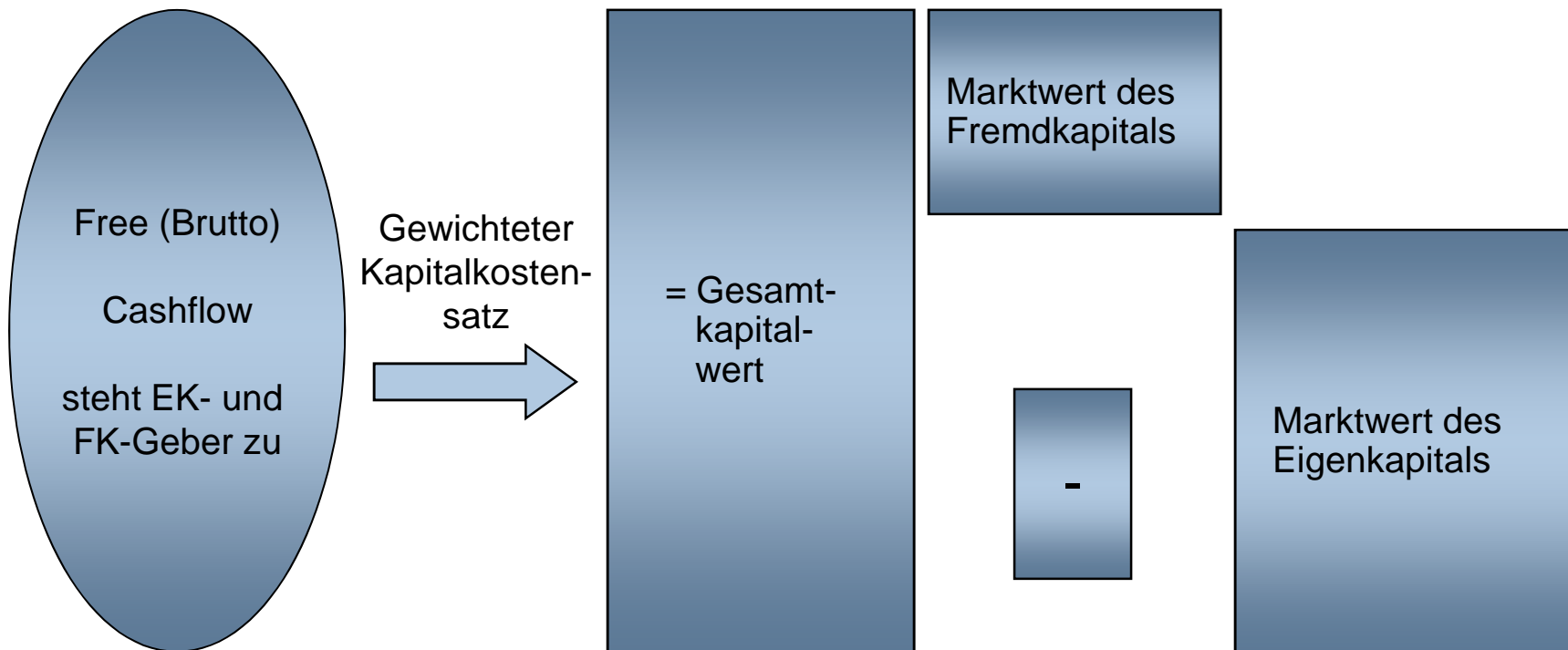


Bruttokapitalisierung

Nettokapitalisierung

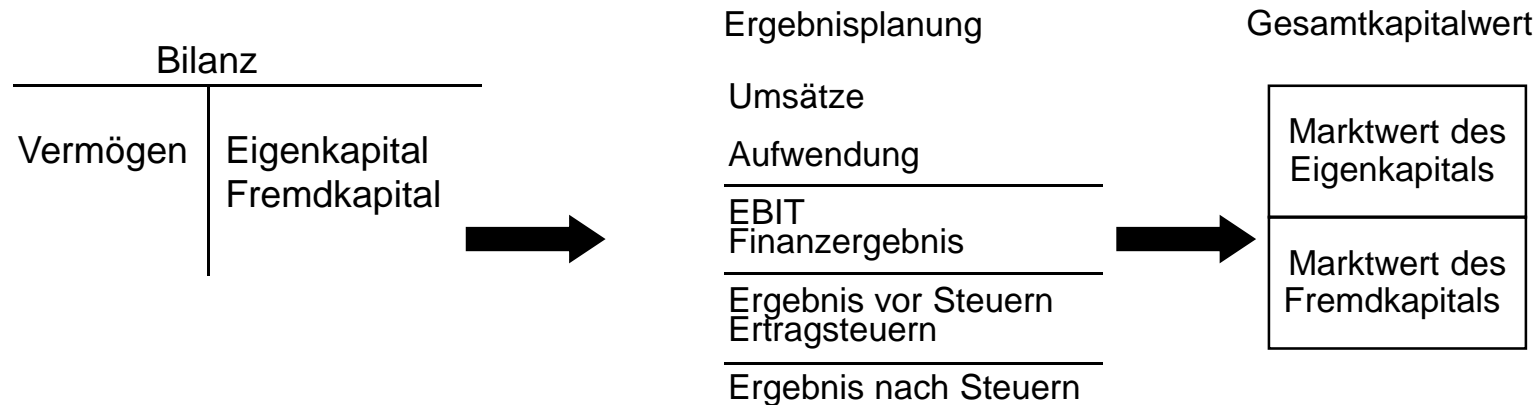
## VII. Bewertungsverfahren: DCF-Verfahren, Rn. 1218 ff.

WACC = Weighted Average Cost of Capital



## VII. Bewertungsverfahren: DCF-Verfahren

WACC = Weighted Average Cost of Capital, Rn. 1220



Bruttokapitalisierung:

- ⇒ Cashflow der sowohl den EK-Geber als auch den FK-Geber zusteht
- ⇒ Barwert dieses Cashflows = Gesamtkapitalwert
- ⇒ Abzug der Marktwerte des Fremdkapitals vom Gesamtkapitalwert = Wert des Eigenkapitals (Unternehmenswert)

Kapitalisierungszinsfuß:

$$WACC = r_{EK} \frac{Ek}{Gk} + i_{FK} \frac{Fk}{Gk}$$

$r_{EK}$  = Eigenkapitalkostensatz  
 $i_{FK}$  = Fremdkapitalkostensatz  
 Ek = Eigenkapital  
 Fk = Fremdkapital  
 Gk = Gesamtkapital

## VII. Multiplikatorverfahren, Rn. 1224 ff.

In der Praxis verwandte "Methoden":

I.d.R. Branchen-/Kennzahlenvergleiche oder explizite Unternehmensvergleiche

Zur Vermeidung systematischer Fehler wird i.d.R. eine sog. „Peer Group“ möglicher Vergleichsunternehmen gebildet. Sofern Vergleichsunternehmen nicht an Börsen gelistet sind, kann auch eine Ableitung aus tatsächlichen Verkäufen erfolgen

Verwendete Kennzahlen in der „New Economy“

- KGV (Kurs-Gewinn-Verhältnis)
- KUV (Kurs-Umsatz-Verhältnis)
- Kurs-EBITDA- (bzw. -EBIT-)Verhältnis

In der „Old Economy“ werden oft folgende Verfahren herangezogen

- Gewöhnliches Betriebsergebnis x Faktor
- EBIT x Faktor  $\div$  Finanzverbindlichkeiten
- Bereinigtes Ergebnis dividiert durch Alternativzins („ewige Rente“)

## VII. Multiplikatorverfahren

Beispiel: Equity-Multiples einer Peer Group

Company	Equity	ttm-Basis- year	Currency	Net Income (ttm)		Book Value (ttm)	
	Mio.			Mio.	Multiple	Mio.	Multiple
Evergreen Solar Inc	159,7	Dez 03	USD	-15,0	n.a.	44,0	3,63
Motech Industries Inc	7.570,0	Dez 03	TWD	219,6	34,47	587,3	n.a.
Plambeck Neue Energien	22,6	Dez 03	EUR	-3,0	n.a.	183,6	0,12
S.A.G. Solarstrom AG	38,9	Dez 03	EUR	-6,4	n.a.	23,2	1,68
Solar-Fabrik AG	55,4	Dez 03	EUR	-3,8	n.a.	7,1	7,80
Solarworld AG	365,0	Dez 03	EUR	-5,4	n.a.	107,5	3,40
Solon AG	107,0	Dez 03	EUR	-1,6	n.a.	0,0	n.a.
Spire Corp	29,4	Dez 03	EUR	0,01	n.a.	11,8	2,49
Sunways AG	55,2	Dez 03	EUR	-1,6	n.a.	14,0	3,94
<b>High</b>					<b>34,47</b>		<b>7,80</b>
<b>Low</b>					<b>34,47</b>		<b>0,12</b>
<b>Median</b>					<b>34,47</b>		<b>3,40</b>
<b>Mean</b>					<b>34,47</b>		<b>3,29</b>



## VII. Multiplikatorverfahren

### Beispiel: Entity-Multiples einer Peer Group

Company	Entity	ttm-Basis- year	Currency	Sales (ttm)		EBITDA (ttm)		EBIT (ttm)	
				Mio.	Multiple	Mio.	Multiple	Mio.	Multiple
Evergreen Solar Inc	144,6	Dez 03	USD	9,3	n.a.	-15,2	n.a.	-13,2	n.a.
Motech Industries Inc	7.554,7	Dez 03	TWD	1.135,2	6,65	232,4	32,5	203,4	37,15
Plambeck Neue Energien	57,5	Dez 03	EUR	83,1	0,69	2,1	27,4	-4,9	n.a.
S.A.G. Solarstrom AG	37,8	Dez 03	EUR	12,0	3,15	-0,7	n.a.	-2,5	n.a.
Solar-Fabrik AG	53,1	Dez 03	EUR	29,7	1,79	-2,9	n.a.	-4,2	n.a.
Solarworld AG	418,8	Dez 03	EUR	98,5	4,25	12,3	34,0	-2,5	n.a.
Solon AG	105,1	Dez 03	EUR	37,7	2,79	0,1	n.a.	-0,8	n.a.
Spire Corp	29,5	Dez 03	EUR	15,8	1,87	-3,2	n.a.	-4,8	n.a.
Sunways AG	54,9	Dez 03	EUR	38,7	1,42	-0,7	n.a.	-2,2	n.a.
<b>High</b>					<b>6,65</b>		<b>33,96</b>		<b>37,15</b>
<b>Low</b>					<b>0,69</b>		<b>27,36</b>		<b>37,15</b>
<b>Median</b>					<b>2,33</b>		<b>32,51</b>		<b>37,15</b>
<b>Mean</b>					<b>2,83</b>		<b>31,28</b>		<b>37,15</b>

## Ihre Ansprechpartner

### Andreas Ziegenhagen, RA, WP, StB

Tel: 0 30 264 73 – 207 (Berlin)  
Fax: 0 30 264 73 – 133 (Berlin)  
Tel: 0 69 45 00 12 – 144 (Frankfurt am Main)  
Fax: 0 69 45 00 12 – 133 (Frankfurt am Main)  
Email: andreas.ziegenhagen@dentons.com

### Stefan Denkhaus, RA, FA für Insolvenzrecht

Tel: 0 40 350 06 – 188  
Fax: 0 40 350 06 – 176  
Email: stefan.denkhaus@brl.de

**Ende**

**Vielen Dank  
für Ihre Aufmerksamkeit!**