

Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

NZI 18/2014

10. September · 17. Jahrgang 2014 · Seiten 729–784

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von Prof. Dr. Martin Ahrens, Göttingen; Dr. Eberhard Braun, Rechtsanwalt/Wirtschaftsprüfer, Achern; Prof. Dr. Georg Crezelius, München; Michael Dahl, Rechtsanwalt, Köln; Michael Drasdo, Rechtsanwalt, Neuss; Dr. Gero Fischer, Vors. Richter am BGH a. D., Freiburg; Dr. Hans Gerhard Ganter, Vors. Richter am BGH a. D., Weil der Stadt; Prof. Dr. Markus Gehrlein, Richter am BGH, Karlsruhe; Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Gottwald, Regensburg; Prof. Dr. Ulrich Haas, Zürich; Prof. Ulrich Keller, Dipl.-Rpfl., Berlin; Dr. Rolf Leithaus, Rechtsanwalt, Köln; Prof. Dr. Stephan Madaus, Halle; Dr. Jörg Nerlich, Rechtsanwalt, Köln; Irmtraut Pape, Vors. Richterin am LG, Göttingen; Christopher Seagon, Rechtsanwalt, Heidelberg; Werner Sternal, Vors. Richter am OLG, Köln; Prof. Dr. Rolf Stürner, Freiburg i. Br.; Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Köln; Prof. Dr. Heinz Vallender, Richter am AG, Köln; Dr. Jobst Wellensiek, Rechtsanwalt, Heidelberg

Schriftleitung: Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, CMS Hasche Sigle, Kranhaus 1, Im Zollhafen 18, 50678 Köln

Beiträge

Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Dr. Mark Ebbinghaus, Rechtsanwalt Dr. Peter Neu, Dipl.-Volkswirt Bogdan Hinz*

Forderungsverzicht oder Debt-Equity-Swap bei der Eigenanierung im Insolvenzplanverfahren

– Haftungsfolgen und Handlungsempfehlungen bei Umsatz-, Gewerbe- und Schenkungssteuer

Sowohl der Insolvenzverwalter als auch der Eigenverwalter haftet nicht nur für rückständige Steuer- und Abgabenträge persönlich (BFH, BStBl II 1995, 230 = BeckRS 1994, 22011126), sondern neuerdings auch bei mangelnder Aufklärung über die Sonderbehandlung des Sanierungserlasses (so BGH, NZI 2014, 665 mit Anm. Harder, NZI 2014, 671). Das BGH-Urteil vom 13.3.2014 verschärft die persönliche Haftungssituation des Insolvenzverwalters bzw. des selbstverwaltenden Schuldners und seiner handelnden Organe in der Eigenverwaltung. Jedoch ist die Rechtslage betreffend den Sanierungserlass unklar und auslegungsbedürftig. Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich daher mit dem Sanierungserlass im Lichte des aktuellen BGH-Urteils und seinen Konsequenzen für den Insolvenz- bzw. Eigenverwalter und deren steuerlichen Beratern.

waltung (§§ 270 ff. InsO) und zum Insolvenzplan (§§ 217 ff. InsO) überarbeitet und ergänzt, zB um die Möglichkeit eines der Eigenverwaltung vorgeschalteten so genannten Schutzschirmverfahrens (§ 270 b InsO) oder um die Möglichkeit eines so genannten Debt-Equity-Swap (§ 225 a InsO) im Insolvenzplan. Der Grundgedanke des Gesetzgebers für das ESUG war, den Unternehmen den Weg zur Insolvenz als Sanierungsinstrument zu ebnet, sie zu animieren, möglichst frühzeitig und gut vorbereitet einen Insolvenzantrag zu stellen. Hemmnisse vor dem Insolvenzverfahren sollten abgebaut und eine Restrukturierung unter Erhalt des insolventen Rechtsträgers erleichtert werden. Die Rechte des Schuldners auf eine Insolvenz in Eigenregie (Eigenverwaltung) wurden gestärkt und im Insolvenzplanverfahren wurden die Hand-

I. Eigenverwaltung und Insolvenzplanverfahren als Sanierungsinstrumente

Durch die Einführung des ESUG (Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen)¹ hat der Gesetzgeber unter anderem die Vorschriften der InsO zur Eigenver-

* Der Autor *Ebbinghaus* ist Partner der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft *Hermann, Ebbinghaus & Partner* und Lehrbeauftragter an der FOM Hochschule für Oekonomie & Management, Wuppertal; der Autor *Neu* ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht sowie Partner der Kanzlei *ATN d'Avoine Teubler Neu* in Remscheid; der Autor *Hinz* ist freier Mitarbeiter bei *Hermann, Ebbinghaus & Partner* in Hamburg.

1 Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7.12.2011, s. BGBl I 2011, 2582; *Thiele*, ZInsO 2014, 325.

lungsmöglichkeiten erweitert und Verfahrenshindernisse beseitigt².

Erforderlich ist für die Eigenverwaltung nunmehr lediglich, dass der Schuldner selbst den Antrag stellt und keine Umstände erkennbar sind, die Nachteile für die Gläubiger befürchten lassen (§ 270 II Nr. 2 InsO). Liegt zudem noch ein einstimmiger unterstützender Beschluss für die Eigenverwaltung eines – ab einer bestimmten Unternehmensgröße obligatorischen – vorläufigen Gläubigerausschusses vor, so wird vom Gesetzgeber fingiert, dass keine Nachteile zu erwarten sind (§ 270 III InsO)³. Der Eigenverwaltung steht dann zunächst nichts im Wege. Nach den Änderungen der Vorschriften zum Insolvenzplan durch das ESUG hat der Unternehmer auch auf dem weiteren Weg zur Sanierung seines Unternehmens durch das Insolvenzplanverfahren weniger Hindernisse zu befürchten: die Rechte von Gläubigerminderheiten wurden ebenso beschränkt (vgl. § 251 III InsO), wie die Rechte bestimmter Anteilseigner (zB § 225 a V InsO) oder die Rechtsmittel gegen den Plan (vgl. § 253 IV InsO).

Blockadehaltungen bestimmter Gläubiger bzw. Anteilseigner oder Verzögerungen durch langwierige Beschwerdeverfahren sollten dadurch der Vergangenheit angehören. Es ist also damit zu rechnen, dass Unternehmen und auch Gläubiger diesen Weg der Sanierung zukünftig vermehrt einschlagen werden. Freilich sind die Eigenverwaltung und die Sanierung des Unternehmens unter Erhalt des Rechtsträgers im Insolvenzplanverfahren auch nach Einführung des ESUG keine Selbstläufer. So ist jedenfalls auf einen ordnungsgemäßen Insolvenzantrag, einen kooperativen Umgang mit den wesentlichen Gläubigern und auf die fortlaufende Information des Insolvenzgerichts zu achten. Auch Verzögerungen jedweder Art – zB durch das Erfordernis von Rückfragen seitens des Gerichts – sind zu vermeiden. So kann zB nach Auffassung des *AG Hamburg* eine nicht abgestimmte Vorlage des Insolvenzplans gem. § 270 b I InsO einen Umstand iSv § 270 II Nr. 2 InsO darstellen, der Nachteile für die Gläubiger befürchten lässt und der Anordnung der Eigenverwaltung entgegensteht⁴. Gerade der Insolvenzplan muss also mit allen Beteiligten frühzeitig abgestimmt werden und sollte folglich alle Folgen der Sanierungsmaßnahmen belastbar abbilden und regeln. Den steuerlichen Folgen kommt hierbei ein zunehmend höherer Stellenwert im Kontext der Sanierungsmaßnahmen zu.

Leider hat der Gesetzgeber es versäumt, im Rahmen der Neuregelungen des ESUG auch die Steuerfolgen der Eigenanierung des Unternehmens unter Erhalt des Rechtsträgers im Insolvenzplanverfahren zu behandeln, obwohl die Problematik der Besteuerung der regelmäßig bei dieser Sanierungsmaßnahme entstehenden Sanierungsgewinne bekannt war⁵. Was die Lösung dieser Problematik betrifft, bleibt man deshalb auf die Vorgaben des so genannten Sanierungserlasses der Finanzverwaltung⁶ und der daraus entwickelten Rechtsprechung des *BFH* mit allen sich daraus ergebenden Unsicherheiten⁷ beschränkt. Der vorliegende Beitrag greift auf den Klassiker unter den Sanierungsinstrumenten, den Forderungsverzicht, zurück und zeigt Steuerfolgen auf, die es im Insolvenzplanverfahren zu beachten gilt. De lege artis wird abschließend der Einsatz eines Debt-Equity-Swap als Sanierungsmaßnahme im Insolvenzplanverfahren untersucht.

II. Konsequenzen für das Steuerrecht

Der Mangel eines eigenen Sanierungssteuerrechts ist seit Jahren Gegenstand der wissenschaftlichen Literatur⁸. Im Kern

geht es darum, dass die Krisenunternehmen nicht mehr über die „übliche“ bzw. gesunde Leistungsfähigkeit verfügen, um aus steuerlichen Gewinnen Steuern bezahlen zu können. Im Übrigen stellen diese Sanierungsgewinne regelmäßig Scheingewinne dar, die beim Krisenunternehmen weder zu einem Liquiditätszufluss noch zu einer Erhöhung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führen⁹. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzgeber das *BGH-Urteil* vom 13.3.2014 zum Anlass nimmt, das Sanierungssteuerrecht endlich von Grund auf neu zu regeln¹⁰.

Problematisch sind insbesondere die Folgen für die Umsatz-, die Gewerbe- und die Schenkungsteuer, da die steuerrechtlichen Konsequenzen dieser drei Steuerarten nicht bzw. die Gewerbesteuer nur unzureichend über den Sanierungserlass gedeckt werden. Die steuerliche Fehlberatung auf diesem Gebiet und damit das Scheitern der Sanierung wird nun auch noch das erhöhte Haftungsrisiko hinzugefügt. Ob die Zuständigkeit für den Erlass der Gewerbesteuer¹¹ auf einen Sanierungsgewinn bei der Gemeinde bzw. bei mehreren Betriebsstätten möglicherweise den Gemeinden oder der Finanzverwaltung liegt, ist umstritten¹². Aber nicht nur auf der Einnahmenseite bleibt der Sanierungserlass und damit die derzeit einzige sanierungssteuerrechtliche Grundlage einige Antworten schuldig, auch auf der Ausgabenseite ist die Frage nach der ertragsteuerlichen Behandlung von Kosten und Aufwendungen derzeit schlicht als unklar zu bezeichnen. Fest steht: Bei den Ertragsteuern müssen vom Sanierungsgewinn die in diesem Zusammenhang angefallenen Kosten bzw. Aufwendungen nach § 4 IV EStG in Abzug gebracht werden. Aufwendungen, die im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit Sanierungsgewinnen anfallen, sind daher abzuziehen, gleichwohl fehlt es hier an einer klaren Abgrenzung von Sanierungs- und allgemeinen Kosten¹³. Nach allgemeinen Grundsätzen handelt es sich beim Sanierungserlass um eine sachliche Billigkeitsmaßnahme und nicht um eine gesetzlich normierte Steuerbefreiung, demzufolge § 3 c I EStG auch nicht zur Anwendung kommt. Eine nicht sachgerechte Behandlung der Höhe der Sanierungskosten führt zu

2 So wie eine Eigenverwaltung zwar auch mit dem Ziel einer Liquidation des Unternehmensträgers betrieben werden kann, ist ein Insolvenzplanverfahren auch zu anderen Zwecken als der Sanierung des Unternehmensträgers denkbar; im Regelfall wird die Eigenverwaltung aber das Ziel haben, das Unternehmen mit einem Insolvenzplan unter Erhalt des Rechtsträgers zu sanieren; vgl. zum Verhältnis von Eigenverwaltung und Insolvenzplan zB *Kübler/Undritz*, HRI, 2012, § 2 Rn. 21 ff.

3 Die Ablehnung des Antrags ist vom Gläubigerausschuss schriftlich zu begründen, ein weiteres Indiz für die gestärkte Position des eigenverwaltenden Schuldners (§ 270 IV InsO).

4 Vgl. exemplarisch die folgenden zwei Entscheidungen *AG Köln*, NZI 2013, 796, und *AG Hamburg*, NZI 2013, 903.

5 BR-Drs. 127/11, 43 f.

6 BMF-Schreiben v. 27.3.2003 – IV A 6-S 2140-8/03, BStBl I 2003, 240.

7 S. ausf. dazu *Kübler/Kahlert* (o. Fn. 2), § 57 Rn. 62 ff.

8 Vgl. zB *Töben*, FR 2010, 249; *Kanzler*, FR 2003, 481; *Töben* verweist zu Recht auf die Tatsache, dass in anderen Unternehmensphasen der Gesetzgeber der speziellen Unternehmenssituation, zB im Umwandlungssteuer, Rechnung getragen hat.

9 Vgl. *Seer*, FR 2010, 307 sowie auf derselben S. Fn. 10 bzgl. der rechtshistorischen Entwicklung der Steuerfreiheit auf Sanierungsgewinne, die auf die Rechtsprechungsgrundsätze des *VI. Senats des Reichsfinanzhofs* zurückgeht (*Kanzler*, FR 2003, 480 mwN). Die Einführung des im Jahr 1997 gestrichenen § 3 Nr. 66 EStG aF geht auf das KStReformG vom 31.8.1976 (BStBl 1976, 445) zurück.

10 Vgl. *Kahlert*, DStR 2014, 895 (903).

11 Zu den neuesten Entwicklungen bei der Gewerbesteuer vgl. *Roser*, GmbH-StB 2013, 53.

12 Zuständigkeit liegt bei den Gemeinden: *BFH*, DStR 2012, 1544; statt aller OFD Hannover, DStR 2006, 2128; Zuständigkeit liegt bei den Finanzämtern: *Seer*, FR 2010, 307310 ff.; *FG Düsseldorf*, EFG 2011, 1685 = BeckRS 2011, 95943; offen *OVG Berlin-Brandenburg*, Beschl. v. 11.2.2008 – OVG 9 S 38.07, BeckRS 2008, 36001.

13 Vgl. *Mertzbach*, DStR 2014, 172.

einem zu geringen Sanierungsgewinn; gerade dieses steuerliche Privileg aber will das zu sanierende Unternehmen maximieren.

Für die Umsatzsteuer gibt es weder eine gesetzliche Vorschrift noch die Möglichkeit, den Sanierungserlass zur Anwendung zu bringen¹⁴. Insofern müssen Eigenverwalter und Steuerberater alternative Gestaltungsmaßnahmen berücksichtigen, die in diesem Beitrag angesprochen werden.

Forderungsverzichte oder Schuldübernahmen durch Gesellschafter stellen übliche Sanierungsinstrumente dar und sind auch regelmäßig Bestandteile von Insolvenzplanverfahren, die den Erhalt des Rechtsträgers zum Ziel haben. Bei Krisenunternehmen mit mindestens zwei Gesellschaftern könnte diese disquotale Einlage Schenkungssteuer auslösen. Sanierungsfälle werden weder vom Schenkungssteuergesetz in der Fassung des Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetzes vom 7.11.2011 noch durch den Ländererlass vom 14.3.2012 begünstigt¹⁵.

III. Rechtmäßigkeit des Sanierungserlasses und Haftungsfolgen

Einführend ist hervorzuheben, dass sich die Finanzverwaltung seit dem Jahr 2003 – und auch bis zum heutigen Tag – an den Sanierungserlass bindet¹⁶. Dies wird unter anderem dadurch dokumentiert, dass der Sanierungserlass auf der Positivliste¹⁷ des Bundesministeriums der Finanzen geführt wird. Im Jahr 2008 begann eine Diskussion über die Rechtmäßigkeit des Sanierungserlasses, welche zunächst durch das *BFH-Urteil* vom 14.7.2010¹⁸ zu dessen Gunsten entschieden wurde. Der *BFH* legte mit diesem Urteil in einem obiter dictum dar, dass der Sanierungserlass für unternehmensbezogene Sanierungen eine rechtmäßige Rechtsgrundlage sei. Materiell wurde damit durch den *X. Senat* des *BFH* die Auffassung der Vorinstanz, des *FG Köln* aus dem Jahr 2008¹⁹, bestätigt.

Das *FG München*²⁰ hatte im Jahr 2007 die Auffassung vertreten, die Steuerfreiheit des Sanierungsgewinns sei eindeutig mit dem Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29.10.1997²¹ aufgehoben worden und eine anders lautende Auslegung verstoße gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Besteuerung (§ 85 AO). Die im Revisionsverfahren dem *BFH* vorgelegte Entscheidung des *FG München* kam nicht zur Entscheidung, da die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärten, nachdem dem Kl. im Rahmen eines Insolvenzverfahrens Restschuldbefreiung gewährt worden war. Insofern konnte der *BFH*²² lediglich über die Kosten des Verfahrens entscheiden. Die Pressemitteilung des *BFH* vom 9.5.2012²³ fasst die Situation zutreffend zusammen: „Die Streitfrage bleibt damit weiterhin offen.“

Das am 24.3.2013 zum Sanierungserlass ergangene Urteil des *FG Sachsen*²⁴ führt aus, dass die abweichende Festsetzung von Besteuerungsgrundlagen gem. § 163 S. 1 AO nicht der vorgesehenen Besteuerung zuwider laufen noch die Besteuerung für bestimmte Adressaten im vorhinein aushebeln dürfe. Das Urteil des *FG Sachsen* liegt nun dem *X. Senat* des *BFH* zur Entscheidung vor (Az. X R 23/13), welcher zuvor mit Datum vom 14.7.2010 den Sanierungserlass als rechtmäßige Rechtsgrundlage einordnete. Eine anders lautende Entscheidung ist – vorbehaltlich einer Überraschung – nicht zu erwarten²⁵.

Die zahlreichen steuerlichen Probleme, die durch Sanierungsmaßnahmen entstehen, sind eine bedeutende Haf-

tungsfälle für den eigenverwaltenden Schuldner bzw. den Insolvenzverwalter sowie für den Steuerberater in den Insolvenzplanverfahren, in denen der Rechtsträger des Unternehmens erhalten bleibt. Das *BGH-Urteil* vom 13.3.2014 führt eindeutig aus, dass es nicht darauf ankomme, ob der Sanierungserlass rückwirkend als gesetzeswidrig oder gar als unzulässige europarechtswidrige Beihilfe eingestuft wird²⁶. Vielmehr muss der Steuerberater auf steuerliche Sonderbehandlungen nach dem so genannten Sanierungserlass hinweisen. Zudem sind Sanierungsgestaltungen, insbesondere sofern es mehrere Möglichkeiten mit unterschiedlichen Steuerfolgen gibt, auch in anderen Steuerarten haftungsträchtig. Dies betrifft, wie im Folgenden gezeigt wird, die Umsatz-, Gewerbe oder auch die Schenkungssteuer, die eben nicht ausdrücklich über den Sanierungserlass gedeckt werden.

IV. Klassischer Sanierungsfall und haftungsanfällige Steuerarten

1. Ausgangssachverhalt: Entschuldung durch Forderungsverzicht

Im klassischen Sanierungsfall verzichtet ein Gläubiger, auf eine Forderung gegenüber der Gesellschaft²⁷. Voraussetzung für den Forderungsverzicht ist der Abschluss eines Erlassungsvertrags zwischen Gläubiger und Schuldner²⁸. Dieser Vertrag kann formfrei geschlossen werden, muss den Willen zum

14 Vgl. *Ebbinghaus/Hinz*, UR 7/2014, 249 (252); zustimmend *Crezelius*, NZI 2013, 480.

15 S. BGBl I 2011, 2592 und Oberste Finanzbehörden der Länder, Erlass v. 14.3.2012, BStBl. I, 331.

16 Vgl. OFD FrankfurtM., Rundvfg. v. 27.2.2014 – S 2140 A – 4 – St 213, ZInsO 2014, 1206.

17 S. laufende Nr. 523 auf der aktuellen Positivliste des BMF v. 26.3.2012, BStBl I 2012, 370. Nach Auffassung von *Kahlert* hält das BMF zu Recht an der Anwendbarkeit des Sanierungserlasses fest, ZIP 2014, 1101 (1111).

18 *BFH*, BStBl II 2010, 916 = NZI 2011, 37 = FR 2010, 1099 m. Anm. *Kanzler*.

19 *FG Köln*, DStRE 2008, 1445 = FR 2010, 345: Erlass aus sachlichen Billigkeitsgründen darf sich nicht auf unternehmensbezogene Sanierungen beschränken, sondern muss auch unternehmerbezogene Sanierungen erfassen; die Mehrheit im Schrifttum teilt diese Auffassung: *Seer*, FR 2010, 311; *Braun/Geiß*, BB 2009, 2509; *Töben*, FR 2010, 254. Damit hat sich das *FG Köln* auf die Entscheidung des *FG Münster* gestützt bzw. dessen Auffassung über die Anwendbarkeit des Sanierungserlasses noch erweitert; *FG Münster*, EFG 2004, 1572 = BeckRS 2004, 26016481.

20 *FG München*, EFG 2008, 61 = DStR 2008, 1687 mit Anm. *Kanzler*, FR 2008, 1116.

21 BGBl I 1997, 2590; BStBl I 1997, 928.

22 *BFH*, BFH/NV Nr. 661/2012, 1135. Die Kommentierungen im Schrifttum sehen nach wie vor eine rechtmäßige Anwendbarkeit des Sanierungserlasses, zB *Nosky/Hörner*, FR 2012, 693; *Kahlert*, DStR 2012, 943.

23 *BFH*-Pressemitteilung Nr. 32/12 v. 9.5.2012.

24 *FG Sachsen*, NZI 2014, 47.

25 Ein Sanierungserlass ist grds. eine zulässige Billigkeitsmaßnahme, s. aktuell *BFH*, NZI 2014, 470.

26 Nach Ansicht von *Wehner*, NZI 2012, 537, stellt der Sanierungserlass eine unzulässige Beihilfe dar. Würde sich der Sanierungserlass tatsächlich als Europarechtswidrig herausstellen, könnte hieraus ein weiteres Haftungsrisiko für den Berater erwachsen, dann nämlich wenn er nicht auf das Risiko einer von der Kommission verlangten Rückforderung der Beihilfe in Form der Rücknahme des Erlassbescheids hinweist. Soweit ersichtlich steht der Sanierungserlass allerdings derzeit nicht auf dem europarechtlichen Prüfstand, s. auch *Gragert*, NWB 2012, 2141.

27 Verzichtet lediglich ein Gläubiger auf seine Forderung, bestehen höhere Anforderungen an das Merkmal „Sanierungsabsicht“, s. OFD Frankfurt a. M., Rundvfg. v. 27.2.2014 – S 2140 A – 4 – St 213, ZInsO 2014, 1206.

28 Vgl. *Palandt/Grüneberg*, BGB, 72. Aufl. 2013, § 397 Rn. 1; zum Sanierungsgewinn bei Einstellung der Geschäftstätigkeit s. auch *Ebbinghaus/Neu*, DB 2012, 2831.

Verzicht jedoch eindeutig erkennen lassen. Um den Willen zum Verzicht zweifelsfrei darstellen zu können, wird der Vertrag in der Regel schriftlich festgehalten und mit Besserungsabrede(n) oder anderen Bedingungen verknüpft²⁹. Sobald der Vertrag wirksam ist, erlischt dann das Schuldverhältnis. Der so wirksam geschlossene Vertrag entlastet die Passivseite der Bilanz und den Überschuldungsstatus, weil die Verbindlichkeit nun wegfällt³⁰. Im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens zur Eigensanierung wird der Forderungsverzicht durch die gestaltende Wirkung des Plans über die Insolvenzquote herbeigeführt. Mit der Rechtskraft des Insolvenzplans treten dessen materielle Wirkungen – also etwa die mit der Insolvenzquote einhergehende Reduzierung der Verbindlichkeiten einerseits und der entstehende Gewinn auf Seiten des Schuldners – gem. § 254 I 1 InsO ein³¹. Folglich ist der durch die gestaltende Wirkung des Plans herbeigeführte Forderungsverzicht als Gewinn zu versteuern, freilich erst nach Verrechnung mit Verlusten aus dem laufenden Geschäft sowie Verlustvorträgen. Dieser ertragsteuerliche Sanierungsgewinn kann anschließend mittels Sanierungserlass steuerfrei gestellt werden³².

Die Steuerfreiheit, wie oben bereits angesprochen, wird allerdings nicht für sämtliche Steuerarten erreicht – wesentliche Steuerarten und -belastungen drohen weiterhin.

2. Umsatzsteuer

Im Rahmen eines außergerichtlichen Forderungsverzichts gilt als Handlungsempfehlung in Bezug auf die umsatzsteuerlichen Folgen, dass im ersten Schritt eine Schuldumschaffung (Novation) erforderlich ist, diese also dem Forderungsverzicht (oder auch dem Debt-Equity-Swap, s. unten V.) vorzuschalten ist. Bei der Schuldumschaffung (Novation) werden die Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen zunächst in ein Darlehen umgewandelt. Als Folge tritt die Darlehensforderung an die Stelle der bisherigen Forderung aus Lieferungen und Leistungen³³. Hierdurch erlischt die ursprüngliche Forderung, da die Forderung aus Lieferungen und Leistungen über die Gewährung bzw. Auszahlung des Darlehens beglichen wird. Umsatzsteuerlich bedeutet die Novation, dass die Forderung aus Lieferungen und Leistungen im Zeitpunkt der Novation vereinnahmt ist; eine Entgeltsberichtigung nach § 17 UStG entfällt damit³⁴.

Anders dagegen verhält es sich im gerichtlichen Insolvenzplanverfahren mit dem Ziel des Erhalts des Rechtsträgers. Hier kommt es über die gestaltende Wirkung des Plans unmittelbar zu einem Forderungsverzicht, s. oben IV. 1. Man könnte insoweit versucht sein, auch erst mit der Rechtskraft der gerichtlichen Feststellung des Plans nach § 254 I 1 InsO die umsatzsteuerliche Bemessungsgrundlage – wie beim Erlassvertrag³⁵ – zu korrigieren. Allerdings gilt im Hinblick auf die Umsatzsteuer nach dem Urteil des *BFH* vom 22.10.2009 der Grundsatz, dass mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners als Leistungsempfänger § 17 II Nr. 1 UStG unmittelbar anwendbar ist³⁶, mit der Konsequenz, dass spätestens mit Insolvenzeröffnung der Leistende die Umsatzsteuer und der Schuldner als Leistungsempfänger die Vorsteuer zu korrigieren haben³⁷. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass eine Forderung allerdings „bereits“ schon zu einem früheren Zeitpunkt als uneinbringlich gelten kann. Dies ist dann der Fall, wenn der Anspruch auf Entrichtung des Entgelts nicht erfüllt wird und bei objektiver Betrachtung auch nicht mehr damit zu rechnen ist, dass der Leistungsempfänger seiner Verpflichtung vollständig oder auch nur teilweise nachkommen kann³⁸.

Erst dann, wenn über die Quotenzahlung des Insolvenzplans doch noch eine (teilweise) Vereinnahmung auf Seiten des Leistenden erfolgt – und nicht schon bei Rechtskraft des Insolvenzplans – ist die Umsatz- bzw. die Vorsteuer erneut nach § 17 II Nr. 1 S. 2 UStG erneut zu berichtigen. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass der Erlass der Umsatzsteuer nach § 17 II Nr. 1 UStG steuerlich nicht zu einem Ertrag führt.

3. Gewerbesteuer

Verzichtet der Gläubiger wie oben dargestellt auf seine Forderung im verabschiedeten Insolvenzplan, löst dies ertragsteuerlich einen Gewinn aus, der mittels Sanierungserlass steuerfrei gestellt werden könnte. Streitig ist jedoch, ob sich der Erlass von Steuerschulden iSv § 227 AO auch auf die Gewerbesteuer auswirkt. Die Gewerbesteuer ist eine Realsteuer und in der Regel obliegt deren Verwaltung den Gemeinden (s. §§ 3 II, 1 II AO).

Mit Urteil vom 25.4.2012 hat der *BFH* nun für den Einzelfall entschieden, dass der Sanierungserlass keine abweichende Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags zulässt³⁹. Das Urteil stützt sich in seiner Argumentation vornehmlich auf die Frage der Zuständigkeit. Demnach ist der Sanierungserlass weder eine allgemeine Verwaltungsvorschrift der Bundesregierung noch eine allgemeine Verwaltungsvorschrift einer obersten Landesfinanzbehörde iSd § 184 II AO.

Diese Auffassung hat zur Folge, dass der Erlassantrag von der Gemeinde bzw. bei mehreren Betriebsstätten den Gemeinden abhängt und wird somit von der finanziellen und politischen Lage der betroffenen Städte beeinflusst. Dies führt zu langwierigen Entscheidungsprozessen und nicht vorhersehbaren Ergebnissen⁴⁰. So betont auch der *BGH* in seinem Urteil vom 13.3.2014, dass die Gemeinden nicht an den Sanierungserlass gebunden sind. Der Erlass von Gewerbesteuer hängt von der Verwaltungspraxis der Gemein-

29 Bei der Vereinbarung von Nebenbedingungen ist unbedingt auf deren Wirksamkeit zu achten, s. im Detail *Thiele*, ZInsO 2014, 325 (332).

30 *Buth/Hermanns* in *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 4. Aufl. 2014, § 16 Rn. 47. Zu den Auswirkungen des Rangrücktritts bei Forderungen s. auch *Thiele*, ZInsO 2014, 373.

31 *BGH*, NZI 2011, 538 Rn. 10.

32 Die Fälle der Planinsolvenz fallen ebenfalls in den Anwendungsbereich des Sanierungserlasses, so BMF-Schreiben, BStBl I 2010, 18. Bei einem Forderungsverzicht liegt ein begünstigter Sanierungsgewinn nur vor, wenn der Verzicht aus eigenbetrieblichen Zwecken erfolgt, s. auch OFD Frankfurt a. M., ZInsO 2014, 1206.

33 Vgl. *Palandt/Grüneberg* (o. Fn. 28), § 364 Rn. 3; vgl. ebenfalls § 311 Rn. 8 f.; ebenso *Gross*, Sanierung durch Fortführungsgesellschaften, 2. Aufl. 1988, 282; *Langel*, StbJb. 1977/78, 363; Steuerliche Aspekte der Unternehmenssanierung.

34 AA *FG Köln*, Urt. v. 14.11.2013 – 15 K 2659/10, BeckRS 2014, 94463. Das Gericht vertritt die Ansicht, dass der anschließende Verzicht auf die zivilrechtlich umgewandelte Forderung nachträglich die Systematik des § 17 II Nr. 1 UStG auslösen kann. Demnach soll die Entgeltforderung selbst nach einer wirksamen Novation nicht erlöschen, denn die Umwandlung stellt noch keine endgültige Vereinnahmung des Entgelts dar. Aus Verbrauchsteueraspekten soll die tatsächliche Belastung maßgebend sein, also das was der Leistungsempfänger wirtschaftlich für die Leistung aufwendet; hierzu auch *Ebbinghaus/Hinz*, UR 2014, 249.

35 § 10 I 2 UStG; vgl. *BFHE* 139, 312 = BStBl II 1984, 71 = BeckRS 1983, 22006622, das auf gleichlautende Sichtweise in *BFHE* 138, 107 = BStBl II 1983, 389 = NJW 1983, 2216, verweist; ebenso *BFH*, *BFH/NV* 1988, 96 (98); *BFHE* 92, 125 = BStBl II, 466, welche sich den Rechtsgrundsätzen des Urteils v. 15.9.1983 anschloss.

36 *BFH*, NZI 2010, 272 mit Anm. *de Weerth*, NZI 2010, 274.

37 Vgl. *Kübler/Kahlert* (o. Fn. 2), § 57 Rn. 37.

38 *BFH*, *BFH/NV* 2012, 1665 = BeckRS 2012, 95697.

39 *BFH*, DStR 2012, 1544; krit. *Hageböke/Stangl*, Ubg 2012, 598.

40 *Mücl*, GWR 2010, 262; *Fleischer*, Stbg 2010, 438439; eine verbindliche Auskunft ist zeit- und kostenintensiv und entfaltet überdies keine Bindungswirkung im Hinblick auf die Gewerbesteuer, so *Eilers/Bühning*, StuW 2009, 246 (253).

de ab, die wiederum möglicherweise auf die tatsächlichen Verhältnisse im letzten Zeitpunkt der Ermessensausübung abstellt.

Die Problematik eines gewerbesteuerpflichtigen Sanierungsgewinns verschärft sich, wenn man berücksichtigt, dass das Gewerbesteuerrecht eine ähnliche Mindestbesteuerungsregelung, wie das EStG in § 10 a GewStG aufweist. Nach dieser Regelung wird der Verlustabzug begrenzt und kann in Fällen eines betragsmäßigen Verlustüberhangs dazu führen, das auf nicht verrechenbare Sanierungsgewinne Steuern zu zahlen sind⁴¹.

Gegenwärtig wird im Bundesministerium der Finanzen über Alternativen nachgedacht, um dem Problem gewerbesteuerlicher Sanierungsgewinne sachgerecht und mit bundeseinheitlichem Standard begegnen zu können⁴². Eine Lösung sieht demnach vor, die Einstufung als steuerlichen Sanierungsgewinn bereits auf Ebene der Finanzbehörde verbindlich für die Verwaltungsbehörden der Gemeinden auszugestalten. Die Intention geht zwar in die richtige Richtung, gleichwohl wird das Problem gewerbesteuerlicher Sanierungsgewinne nicht behoben. Richtigerweise müssten Billigkeitsmaßnahmen bereits auf Ebene der Finanzverwaltung im Festsetzungsverfahren für alle Steuerarten einheitlich getroffen, so würde man nämlich das Problem an der Wurzel eliminieren⁴³. Auf Grund der heute vorherrschenden Rechtsunsicherheit kann bloß empfohlen werden, einen Erlassantrag bezüglich des Sanierungsgewinns beim zuständigen Finanzamt sowie bei der betroffenen Gemeinde zu stellen. Dieser Weg des „doppelten Antrags“ sollte bis zur Klärung der Rechtslage offen gehalten werden⁴⁴.

4. Schenkungsteuer

Über die Eigenverwaltung und das Insolvenzplanverfahren wird regelmäßig das Ziel verfolgt, den Rechtsträger des Unternehmens und damit auch die bestehenden Gesellschafterbeteiligungen zu erhalten. Daher werden in der Eigensanierung im Insolvenzverfahren auch Sanierungsmaßnahmen typischerweise von Gesellschaftern durchgeführt. Verzichtet der Gesellschafter auf eine Forderung, liegt in Höhe dieser Forderung eine verdeckte Einlage vor, die beim Anteilseigner zu nachträglichen Anschaffungskosten führt⁴⁵. Seit dem Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz (BeitRLUmG) vom 7.11.2011⁴⁶ löst der Forderungsverzicht respektive die verdeckte disquotale Einlage zusätzlich eine Schenkungsteuer aus, für die der übernehmende Gesellschafter neben dem Beschenkten als Gesamtschuldner herangezogen werden kann (§ 20 I ErbStG iVm § 44 AO).

Die Schenkungssteuerpflicht nach § 7 VIII ErbStG nF wird immer dann ausgelöst, wenn ein Zuwendender eine Leistung an eine Kapitalgesellschaft erbringt und sich hierdurch der gemeine Wert der Anteile erhöht⁴⁷. Die Wertermittlung – also die Höhe der Bereicherung – richtet sich nach den allgemeinen Regelungen von § 11 gegebenenfalls iVm § 199 ff. BewG (vereinfachtes Ertragswertverfahren), gleichwohl kann der so ermittelte Wert von der werthaltigen Forderungshöhe erheblich abweichen⁴⁸.

Die Problematik von schenkungssteuerlich relevanten Sanierungsgewinnen ist auch auf Seiten der Finanzverwaltung gesehen worden, allerdings im gleichlautenden Ländererlass der Obersten Finanzbehörden unzureichend dargestellt⁴⁹. Im Ergebnis ist die Norm des § 7 VIII ErbStG auf ihren originären Zweck zu reduzieren und in den Insolvenzplan aufgenommen, auch von der Finanzverwaltung als solch steuerlich begünstigte Sanierung zu akzeptieren. Hierfür spricht – an-

ders als bei der außergerichtlichen Sanierung – im Fall des Insolvenzplans auch, dass dessen materiellen Wirkungen mit der formellen Rechtskraft der gerichtlichen Feststellung nach § 254 I 1 InsO eintreten und man auf Grund dessen bereits die tatbestandliche Voraussetzung einer „Leistung“ iSv § 7 VIII ErbStG verneinen kann⁵⁰.

Erwähnenswert ist hier auch die *BFH* Entscheidung vom 30.1.2013, nach der es im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern oder zu den Gesellschaftern einer an ihr beteiligten Kapitalgesellschaft keine freigiebigen Zuwendungen geben kann⁵¹. In einem obiter dictum hatte der *BFH* 2007 noch angedeutet, dass eine gemischt-freigiebige Zuwendung iSv § 7 I Nr. 1 ErbStG des Gesellschafters vorliegen könnte, wenn auf dessen Veranlassung hin eine GmbH eine überhöhte Vergütung an eine nahestehende Person zahlt. Diese Auslegung hat der *BFH* nicht weiter aufgegriffen und mit der Entscheidung vom 30.1.2013 eine Abgabe erteilt.

Obwohl in Sanierungsfällen davon ausgegangen werden kann, dass sich die Anteile des anderen Gesellschafters wertmäßig durch den Forderungsverzicht nicht erhöhen werden und vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung des *BFH* sowie der hM in der Literatur⁵², verbleibt auf Grund der noch jungen Rechtslage auch für die Schenkungssteuer ein Restrisiko⁵³.

V. Debt-Equity-Swap statt Forderungsverzicht

Wie dargestellt bietet der Sanierungserlass für wesentliche Steuerarten keine Rechtssicherheit. Insofern sind bereits mit Blick auf Haftungsrisiken alternative Sanierungsmaßnahmen in die Überlegungen einzubeziehen⁵⁴. Die Einführung des ESUG und des darin enthaltenen Konzepts des Debt-Equity-Swaps bietet nach §§ 217 S. 2, 225 a III InsO die Möglichkeit, im Insolvenzplan Forderungen in Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte umzuwandeln und Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte zu übertragen. Die Frage ist jedoch auch hier, ob die Umwandlung oder die Übertragung steuerneutral möglich ist.

Der Debt-Equity-Swap nach § 225 a II InsO ist eine Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital und löst damit die Zuführung neuen Kapitals aus. Die Forderungen der Liefe-

41 Vgl. *BFH*, DStRE 2011, 820 = BeckRS 2010, 26030113.

42 S. im Detail *Meier*, FR 2013, 849.

43 Vgl. *Ebbinghaus/Hinz*, ZInsO 2013, 911 mwN; *Stangl/Hageböke*, Ubg 2013, 299.

44 Vgl. hierzu die vollständige Handlungsempfehlung zum „richtigen Erlassantrag“ bei der Gewerbesteuer bei *Ebbinghaus/Hinz*, ZInsO 2013, 911 (916).

45 *Webber-Grellet*, DStR 1997, 1617 (1620), weist darauf hin, dass der eigentliche Anschaffungskostenbegriff relativ eng gefasst ist. Demnach sind Aufwendungen, die nach „Vollendung“ der Anschaffung entstehen, grds. keine Anschaffungskosten mehr.

46 BGBl I 2011, 2592.

47 Vgl. zu den Tatbestandsmerkmalen *Maile*, DB 2012, 1952; krit. auch *Viskorf*, ZEV 2012, 442; *Kahlert/Schmidt*, DStR 2012, 1208; *Haag/Viskorf*, DStR 2012, 1166; *Korezkij*, ZEV 2012, 303.

48 Vgl. *van Lishaut/Ebber/Schmitz*, Ubg 2012, 1 (4 f.); zu weiteren praktischen Problemen dieser Form der Wertermittlung *Korezkij*, DStR 2012, 163 (164 ff.).

49 Oberste Finanzbehörden der Länder, Erlass v. 14.3.2012, BStBl I, 331.

50 So zutr. *Kübler/Kahlert* (o. Fn. 2), § 57 Rn. 98 d.

51 *BFH*, DStR 2013, 649 mit Anm. *Viskorf/Haag*.

52 *Kahlert/Schmidt*, DStR 2012, 1208; *Schwedhelm/Olbing/Binnewies*, GmbH 2012, 1269 (1272); *Korezkij*, DStR 2012, 136; *Schulte/Petschulat*, BB 2013, 471; *Ebbinghaus/Osenroth/Hinz*, BB 2013, 1374.

53 Vgl. zu ähnl. Problemen bei Schuldübernahmen und den Folgen für die Schenkungssteuer *Ebbinghaus/Osenroth/Hinz*, BB 2013, 1374 (1381).

54 S. ausf. *Thiele*, ZInsO 2014, 325; *ders.*, ZInsO 2014, 373..

ranten oder der Gesellschafter werden in eine Beteiligung umgewandelt mit der Chance, an zukünftigen Wertsteigerungen partizipieren zu können.

Die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital vollzieht sich gesellschaftsrechtlich in der Regel in zwei Schritten: Zunächst wird das Stammkapital herabgesetzt, und anschließend erfolgt eine Kapitalerhöhung gegen Einbringung der Forderung als Sacheinlage⁵⁵.

Der Debt-Equity-Swap nach § 225 a InsO stellt ertragsteuerrechtlich einen tauschähnlichen Vorgang iSv § 6 VI 1 EStG dar, bei dem die Einlage der Forderung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten erfolgt⁵⁶. Bei dem Schuldnerunternehmen ist die Verbindlichkeit zunächst auszubuchen, und in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung liegt eine verdeckte Einlage vor (vgl. § 6 I Nr. 5 S. 1 EStG). Das Zusammenfallen von Forderung und Verbindlichkeit führt zur Konfusion und erhöht die Eigenkapitalquote des Unternehmens⁵⁷. In Höhe der Differenz zwischen Teilwert und Buchwert kommt es zu einem steuerpflichtigen Sanierungsgewinn⁵⁸. Gerade weil es sich hierbei um einen tauschähnlichen Vorgang handelt, ist fraglich, ob der Sanierungserlass auf den anfallenden Sanierungsgewinn anzuwenden ist⁵⁹.

Nach Auffassung der OFD Frankfurt ist bei Vorliegen eines Insolvenzplans, der nach dem 29.2.2012 gestellt wurde, von einem begünstigten Sanierungsgewinn im Sinne des Sanierungserlasses auszugehen. Aus Gründen der Gleichbehandlung soll auch dann von einem begünstigten Sanierungsgewinn auszugehen sein, wenn der Debt-Equity-Swap außerhalb eines Insolvenzplanverfahrens durchgeführt wird⁶⁰. Ob diese Grundsätze bundesweiter Standard werden, darf allerdings bezweifelt werden.

Auch hier zeigt sich wieder das Manko, dass der Gesetzgeber im Zuge der Einführung des ESUG, die steuerlichen Folgen des Debt-Equity-Swaps nicht mitgeregelt hat. Es empfiehlt sich wegen der unklaren Rechtslage im Einzelfall die Einholung einer verbindlichen Auskunft nach § 89 II AO.

Aus umsatzsteuerlicher Sicht gilt allerdings für den Debt-Equity-Swap nach § 225 a InsO wie für den „normalen“ Forderungsverzicht im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens, dass die Umsatzsteuer auf die umzuwandelnde Forderung bereits mit Insolvenzeröffnung und nicht erst mit der Rechtskraft des Insolvenzplans nach § 17 II Nr. 1 UStG zu berichtigen ist, im Gegensatz zur außergerichtlichen Umwandlung also keine Besonderheiten zu beachten sind.

Ein latentes Risiko bei der Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital bzw. des Debt-Equity-Swaps stellt hingegen noch die Regelung des § 8 c KStG dar, demzufolge steuerliche Verlustvorträge untergehen, sofern bestimmte Veränderungen im Bestand der Gesellschafter und/oder ihrer Beteiligungshöhe eintreten⁶¹. Sowohl das aktuelle Entwurfsschreiben des BMF vom 15.4.2014⁶² als auch das ursprüngliche Schreiben vom 4.7.2008⁶³ verweisen auf den Sanierungserlass⁶⁴, bringen aber keine offensichtliche Entlastung⁶⁵.

Verzichtet der Gläubiger hingegen auf seine Forderung, anstatt sie in eine Beteiligung umzuwandeln, entsteht ein vom Sanierungserlass begünstigter Gewinn erst nach Ausschöpfen der ertragsteuerlichen Verlustverrechnungsmöglichkeiten. Deutlich wird auch hier, wie bei der Frage der grundsätzlichen Anwendbarkeit des Sanierungserlasses, dass der im Zuge des ESUG eingeführte Debt-Equity-Swaps im Insolvenzplanverfahren inhaltlich nicht mit dem Steuerrecht abgestimmt ist. Auch insoweit gilt es also im Rahmen der Rege-

lungen des Insolvenzplanverfahrens, das Steuerrecht fest im Blick zu behalten⁶⁶.

55 Vgl. zum Konzept des Debt-Equity-Swaps *Knecht/Drescher in Buth/Hermanns* (o. Fn. 31), § 20 Rn. 41 ff.; *Born*, BB 2009, 1730.

56 Vgl. *Mückel*, FR 2009, 497 (500, 502); *Förster*, Ubg 2010, 758 (763).

57 Vgl. *Blümich/Krumm*, EStG, KStG, GewStG, 122. Aufl. 2014, § 5 EStG Rn. 955.

58 Vgl. *Schwenker/Fischer*, DStR 2010, 1117 (1121); *Förster*, Ubg 2010, 758 (763).

59 Vgl. *Kübler/Kahlert* (o. Fn. 2), § 57 Rn. 113.

60 OFD Frankfurt a. M., ZInsO 2014, 1206.

61 S. im Detail *Kessler/Hinz*, DB 2011, 1771; eine Sanierungsklausel in § 8 c I a KStG, ähnlich der Regelung des § 8 IV KStG aF, stellt nach Auffassung der EU-Kommission eine rechtswidrige Beihilfe dar. Die Regelung ist daher derzeit nicht anwendbar und deshalb bis zu einer finalen Entscheidung ausgesetzt (vgl. § 34 VII c 3 bis 5 KStG).

62 BMF, Entwurfsschreiben v. 15.4.2014 – IV C.2 – S 2745-a/09/1002:004.

63 BMF-Schreiben, DStR 2008, S. 1436.

64 BMF-Schreiben, BStBl I 2003, 240.

65 Hinzuweisen ist noch auf die Regelung des § 10 d EStG. Danach können Verlustvorträge nur beschränkt abgezogen werden. Im Zusammenspiel mit § 8 c KStG kann sich ein definitiv rechtlicher Verlust des werttragenden Verlustvortrags einstellen, von dem ernstlich zweifelhaft ist, ob er verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält; s. auch *BFH*, BStBl II 2010 = NJW 2011, 638; zum schützenswerten Kernbereich der Verlustverrechnung s. auch *Kessler/Hinz*, DB 2011, 1771; *dies.*, BB 2012, 555.

66 *Kahlert* spricht sich insoweit für eine engere Verzahnung des Insolvenzrechts mit dem Steuerrecht aus, ZIP 2014, 1101.