

# 01.18

# KSI

## Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

### Wirtschaft Recht Steuern

14. Jahrgang  
Januar/Februar 2018  
Seiten 1–48

[www.KSIdigital.de](http://www.KSIdigital.de)

#### Herausgeber:

*Peter Depré*, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

*Dr. Lutz Mackebrandt*, Unternehmensberater

*Gerald Schwamberger*, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

#### Herausgeberbeirat:

*Prof. Dr. Markus W. Exler*, Fachhochschule Kufstein

*Prof. Dr. Paul J. Groß*, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

*WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth*, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

*Dr. Harald Krehl*, Senior Advisor, Wendelstein

*Prof. Dr. Jens Leker*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

*Prof. Dr. Andreas Pinkwart*, HHL Leipzig Graduate School of Management

*Prof. Dr. Florian Stapper*, Rechtsanwalt, Stapper Insolvenz- und Zwangsverwaltung, Leipzig

*Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck*, Richter a. D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

*Prof. Dr. Henning Werner*, Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

#### Strategien Analysen Empfehlungen

Neufassung des IDW S 6 [Bernhard Steffan / Dr. Henrik Solmecke, 5]

Aktuelle Fortentwicklung der Sanierungsregelungen des IDW S 6 [Dr. Bernhard Becker / Prof. Dr. Stefan Müller / Jan Schoenmakers, 13]

Aktuelle Praxisfragen in der GmbH-Sanierung [Dr. Raoul Kreide, 20]

#### Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Krisenprävention: Worauf es in der Praxis ankommt [Markus Haug / Roland Ort, 27]

Factoring als Instrument der Liquiditätsbeschaffung in der Insolvenz [Thomas Rohe, 33]

Restrukturierung 4.0: Was erwartet Restrukturierungsberater in Umsetzung der Digitalisierung? [Beantwortet von Prof. Dr. Markus Exler, 35]

# Aktuelle Praxisfragen in der GmbH-Sanierung

## Neue Gesetzgebung und neue Rechtsprechung erfordern hohe Aufmerksamkeit

Dr. Raoul Kreide\*

**Ein turbulentes Jahr 2017 wird auch in 2018 in vielschichtiger Weise nachwirken. So ändern sich derzeit die rechtlichen Rahmenbedingungen der Sanierung. Insolvenzzurechtlich sticht die Initiative der Europäischen Kommission zur Einführung eines neuen Rechtsrahmens für vorinsolvenzliche Sanierungsverfahren heraus. Aber auch der deutsche Gesetzgeber hat mit der Reform des Anfechtungsrechts und der Verabschiedung eines Konzerninsolvenzrechts wichtige Impulse gesetzt. Der vorliegende Beitrag beleuchtet vor diesem Hintergrund aktuelle Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH) und des Bundesfinanzhofs (BFH) mit ihren teilweise gravierenden Auswirkungen auf die tägliche Sanierungspraxis.**

### 1. Rangrücktritt

Im Jahr 2015 prägte der BGH mit seiner wegweisenden Entscheidung vom 5. 3. 2015<sup>1</sup> die bis heute anhaltende Diskussion. So spricht *Kasten Schmidt* von „rechtsdogmatischer Titanenarbeit“<sup>2</sup>. Im Folgenden soll auf einige praxisrelevante Fragen eingegangen werden.

#### 1.1 Wirkung

Wird eine Forderung mit einer geeigneten Rangrücktrittserklärung versehen, ist diese im Rahmen der insolvenzrechtlichen Überschuldungsprüfung nicht mehr als Verbindlichkeit zu berücksichtigen (§ 19 Abs. 2 Satz 2 InsO). Obwohl die Norm nur von Gesellschafterdarlehen spricht, gilt dies auch für Forderungen Dritter. Daneben ist eine Forderung mit Rangrücktrittsvereinbarung bei entsprechender Ausgestaltung schon vorinsolvenzlich nicht durchsetzbar und damit bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht mit einzubeziehen<sup>3</sup>.

Im Ergebnis führt der insolvenzrechtlich qualifizierende<sup>4</sup> Rangrücktritt zu einer Suspendierung der Insolvenzantragspflicht. Die Folge ist, dass Gläubiger und Schuldner den Rangrücktritt während der Insolvenzreife nicht mehr aufheben können. Denn die Insolvenzantragspflicht dient dem Schutz der Gläubiger. Ihre zeitliche Suspendierung macht den Rangrücktritt damit nach der neuen dogmatischen Linie des BGH zu einem Vertrag zugunsten der Gläubiger. Solange diese geschützt werden sollen (also soweit eine Insolvenzreife vorliegt oder durch Rückzahlung eintreten würde), kann der Rangrücktritt daher nur mit Zustimmung sämtlicher Gläubiger aufgehoben werden. Da aber auch zukünftige Gläubiger geschützt werden und diese (noch) nicht bekannt sind, ist die erforderliche Zustimmung unmöglich zu erlangen.

#### 1.2 Bilanzierung trotz Rangrücktritt

Ende 2016 kam die Diskussion auf, ob ein Rangrücktritt in der Handelsbilanz zu einer Auflösung der Verbindlichkeit zugunsten der Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) oder der Bilanzgewinne führen müsse<sup>5</sup>. Damit würde der Rangrücktritt wirtschaftlich einem Forderungsverzicht mit Besserschein gleichgestellt. Konsequenz wäre ein klassischer Sanierungsgewinn mit all seinen

Unsicherheiten, ob und um welchen Preis die Steuerfreiheit erlangt werden kann.

Diese Auffassung ist abzulehnen. Ein Gläubiger, der einen Rangrücktritt gewährt, will gerade nicht verzichten, sondern nur im Rückzahlungsrang zurücktreten. Aus ungebundenem Vermögen ist die Forderung weiterhin zu tilgen. Es handelt sich damit weiterhin um eine gegenwärtige wirtschaftliche Belastung des Vermögens<sup>6</sup>. So hat auch der IDW seine Auffassung vor dem Hintergrund der neuen Recht-

\* Dipl.-Betriebswirt (BA) Dr. Raoul Kreide ist als Rechtsanwalt für GSK Stockmann in Heidelberg tätig.

1 IX ZR 133/14, BGHZ 204 S. 331; siehe hierzu auch Kreide, KSI 2015 S. 253.

2 ZIP 2015 S. 901; für weitere Nachweise siehe auch [www.ifsbr.de/rangruecktritt](http://www.ifsbr.de/rangruecktritt).

3 Vgl. BGH-Urteil vom 5. 3. 2015, BGHZ 204 S. 231, Rn. 37; vom 9. 10. 2012 – II ZR 298/11, DStR 2012 S. 2608, Rn. 13; K. Schmidt, in: K. Schmidt, *InsO*, 19. Aufl. 2016, § 17 Rn. 10; Wolfer, in: BeckOKInsO/Wolfer, § 17 Rn. 8 ff.; Ampferl/Kilper in: Beck/Depré, *Praxis der Insolvenz*, 3. Aufl. 2017, § 2 Fn. 194.

4 Oft wird heute noch vom „qualifizierten Rangrücktritt“ gesprochen, obwohl dieser nach dem Grundsatzurteil des BGH vom 8. 1. 2001 (II ZR 88/99, BGHZ 146 S. 264) einen anderen Inhalt hatte; vgl. Kreide, KSI 2015 S. 253. Der BFH verwendet in jüngster Zeit und nicht deckungsgleich den Begriff „spezifizierter Rangrücktritt“ (vgl. BFH, Urteil vom 10. 8. 2016 – I R 25/15, DStR 2017 S. 925).

5 So etwa Müller, BB 2016 S. 491; Hennrichs, NZG 2016 S. 1255; Hoffmann, StuB 2016 S. 286; Oser, DStR 2017 S. 1889.

6 Ebenso Michalsky, JM 2017 S. 320; Schubert, in: BeckBilKo, 10. Aufl. 2016, § 247 Rn. 232; Kahlert, BB 2016 S. 878; Wacker, HFR 2016 S. 109 und DB 2017 S. 26.

sprechung überprüft. Er bleibt dabei, „dass die Verbindlichkeit des Schuldners zivilrechtlich fortbesteht. Vor diesem Hintergrund verbietet das handelsrechtliche Vorsichtsprinzip nach Auffassung des HFA auch weiterhin die Ausbuchung der Verbindlichkeit aus der Handelsbilanz.“<sup>7</sup> Die OFD Frankfurt/M. bestätigt in einer Verfügung aus dem Juni 2017, dass der Rangrücktritt keine Auswirkung auf die handels- und steuerbilanzielle Behandlung hat<sup>8</sup>. Trotz dieser gewichtigen Stimmen sind die Argumente der Gegenauffassung aber nicht gänzlich von der Hand zu weisen. Auch wenn dies derzeit nicht erkennbar ist, kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Rechtsprechung ihre Handhabung künftig überdenken wird. Dies würde allerdings einen wichtigen Sanierungsbaustein erheblich entwerten, der aufgrund seiner schnellen Umsetzbarkeit viele Sanierungen überhaupt erst ermöglicht.

### 1.3 Erforderliche Rangtiefe

Um die insolvenzrechtliche Privilegierung zu erreichen, muss der Gläubiger mit seiner Forderung hinter sämtliche Forderungen nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO, also auf die Stufe des § 39 Abs. 2 InsO, zurücktreten. Im Gegensatz zur früheren Rechtslage ist jedoch kein „qualifizierter Rücktritt“ alter Prägung erforderlich, durch den sich der Gläubiger auf die unterste Stufe mit den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschafter (§ 199 InsO) stellen musste.

Auch innerhalb der Rangklasse des § 39 Abs. 2 InsO sind verschiedene Abstufungen zulässig<sup>9</sup>. Die in der Praxis oft diskutierte Frage ist dabei, ob ein Gläubiger eine bevorzugte Stellung allein durch Vereinbarung mit dem Schuldner erreichen kann.

**Beispiel:** Ein Lieferant ist bereit, einen Sanierungsbeitrag zu leisten. Er tritt mit seinem Lieferantendarlehen „hinter sämtliche Gläubiger nach § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO“ zurück. Das Schuldnerunternehmen war jedoch von Anfang an auch durch Mezzanine-Kapital finanziert, welches von vornherein nachrangig war. Es ist daher legitim, wenn der Lieferant fordert, zwar hinter sämtliche nicht nachrangigen Gläubiger zurückzutreten, aber nicht auf die gleiche Stufe mit dem Mezzanine-Kapitalgeber. Denn der Lieferant ist bereit, durch seinen Sanierungsbeitrag eine Lieferbeziehung zu stützen, in der

sich ein Risiko realisiert, das er nicht bewusst eingegangen war. Für den Mezzanine-Kapitalgeber realisiert sich hingegen ein von Anfang an eingepreistes Risiko. Da der Mezzanine-Kapitalgeber bereits im Nachrang ist, verändert sich seine Befriedigungschance durch den Rangrücktritt des Lieferanten in eine Rangklasse „39a“ nicht. Es liegt somit keine Situation eines (rechtlich unzulässigen) Vertrags zu Lasten Dritter vor. Im Gegenteil: Er würde von einem Rangrücktritt ohne Rangregelung profitieren, da beide anschließend Gesamtgläubiger wären und gleichrangig befriedigt würden. Es geht dem Lieferanten aber um die Stützung des Schuldnerunternehmens, nicht um eine Aufwertung einer Forderung des Mezzanine-Kapitalgebers. Alternativ können Gläubiger in bewährter Weise schuldrechtliche Vereinbarungen darüber treffen, wie sie ihnen zustehende Beträge untereinander verteilen wollen.

### 1.4 Nachträgliche Anschaffungskosten durch Rangrücktritt

Mit Urteil vom 11. 7. 2017 hat der BFH seine Rechtsprechung zur steuerlichen Absetzbarkeit von ausgefallenen Gesellschafterdarlehen geändert<sup>10</sup>. Es geht hier um die Frage, ob der private Gesellschafter einen steuerlichen Verlust geltend machen kann, wenn seine Gesellschaft in Insolvenz gerät und er mit seinem Darlehen ausfällt. Bislang konnten solche Darlehen regelmäßig als nachträgliche Anschaffungskosten berücksichtigt werden<sup>11</sup>. Nunmehr kommt diese Wertung nur in Betracht, wenn die Aufwendungen des Gesellschafters handelsrechtlich zu einer offenen oder verdeckten Kapitaleinlage führen. Darunter fallen beispielsweise Einzahlungen in die Kapitalrücklage oder der Verzicht eines Gesellschafters, soweit die Forderung werthaltig ist. Ebenso sind jedoch Darlehen zu behandeln, die aufgrund vertraglicher Abreden mit einer Kapitaleinlage wirtschaftlich vergleichbar sind, etwa aufgrund eines Rangrücktritts<sup>12</sup>.

**Praxishinweis:** Da Gesellschafterdarlehen ohnehin dem gesetzlichen Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterliegen, kann die Vereinbarung eines Rangrücktritts sinnvoll sein, um eine spätere steuerliche Absetzbarkeit im Verlustfall zu erreichen. Dieser Rangrücktritt muss allerdings nach den Anforderungen des § 5 Abs. 2a EStG gestaltet werden. Für alle Kapitalüberlassungen bis zum 27. 9. 2017 (Tag, an dem das Urteil auf der Internetseite des BFH veröffentlicht wurde) gilt aus Vertrauensschutzgründen weiterhin die bisherige Rechtslage<sup>13</sup>.

### 1.5 Formulierung

Der BGH hat anerkannt, dass „angesichts der verbreiteten unterschiedlichen Formulierungen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die Wahl einer bestimmten Vertragsklausel verlangt wer-

7 IDW-HFA, Life 2016 S. 1001. Ebenso aus der aktuellen Kommentarliteratur Regierer, in: BeckOK HGB, Stand 15. 10. 2017, § 246 Rn. 28.

8 OFD Frankfurt/M., Verfügung vom 30. 6. 2017 – S 2743 A – 12 – St 525, s. StEd S. 506.

9 Vgl. auch Haas, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, Vorb § 64 Rn. 12; Bitter, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 64 Anh. Rn. 363.

10 IX R 36/15, DStR 2017 S. 2098.

11 Vgl. BMF-Schreiben vom 21. 10. 2010 – IV C 6 – S 2244/08/10001, BStBl. I 2010

S. 832, mit zahlreichen Sonderfällen im Hinblick auf den maßgeblichen Wertansatz.

12 Ausdrücklich BFH im Urteil vom 11. 7. 2017 – IX R 36/15, Rz. 38.

13 Ausdrücklich ebenda, Rz. 41.

Die ausdrückliche  
Bezugnahme auf  
die erforderliche  
Tilgung aus sonstigem  
freien Vermögen ist weiterhin  
dringend zu  
empfehlen.

den kann.“<sup>14</sup> Da der BGH bei einer „im engen Wortsinn unzureichenden Vereinbarung“ eine rettende Auslegung akzeptiert hat<sup>15</sup>, sollte jede Vereinbarung unmissverständlich klarstellen, welchen Zweck (beispielsweise „zur Vermeidung einer insolvenzrechtlichen Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit“) sie verfolgt.

**Praxishinweis:** Eine Falle lauert in der Qualifikation eines Darlehens als unerlaubtes Bankgeschäft nach § 32 KWG. Diese Schwelle kann bei mehrfacher Kreditvergabe schnell erreicht werden. Nachrangige Darlehen führen nicht zur Erlaubnispflicht. Daher werden Rangrücktritte regelmäßig eingesetzt, um die Erlaubnispflicht zu vermeiden. Immer wieder stellt die BaFin jedoch weitere Anforderungen an die Formulierung, die die Einbeziehung vorinsolvenzlicher Liquidationsfälle betreffen.

Teilweise wird in der jüngsten rechtswissenschaftlichen Literatur herausgearbeitet, dass sich die dogmatische Konzeption des BFH der des BGH angleicht; eine Bezugnahme auf eine Tilgung aus sonstigem freiem Vermögen sei daher impliziert und müsse nicht ausdrücklich vereinbart werden<sup>16</sup>. In einer aktuellen Verfügung führt die OFD Frankfurt/M. allerdings aus: „[...] wenn die Vereinbarung die Tilgung aus sonstigem fremden Vermögen vorsieht. Bei Fehlen einer solchen Möglichkeit ist die Verpflichtung [...] bereits aus diesem Grund gemäß § 5 Abs. 2a EstG nicht mehr zu passivieren, da es ansonsten an einer für die Passivierung maßgeblichen wirtschaftlichen Belastung mangelt.“<sup>17</sup>

**Praxistipp:** Die ausdrückliche Bezugnahme auf die erforderliche Tilgung aus sonstigem freiem Vermögen ist weiterhin dringend zu empfehlen. Es sollte jedoch darauf geachtet werden, dass dies keine Einschränkung („nur“), sondern lediglich eine ausfüllende Beschreibung („insbesondere auch aus“) der Rückzahlungsfälle darstellt.

## 2. Sanierungsgewinne und Sanierungserlass

Ein Forderungsverzicht führt zur Ausbuchung der Verbindlichkeit aus der Handelsbilanz und damit zu einem steuerlichen „Sanierungsgewinn“. Der Liquidationsabfluss zur Steuerzahlung macht den Forderungsverzicht als Sanierungsmaßnahme

aber in den allermeisten Fällen unattraktiv. Die Finanzverwaltung hatte dieses Dilemma anerkannt und Steuern auf Sanierungsgewinne im Billigkeitsweg erlassen. Grundlage hierfür war der sog. „Sanierungserlass“<sup>18</sup>. Dann folgte am 8. 2. 2017 ein Paukenschlag: An diesem Tag wurde eine Entscheidung des Großen Senats des BFH veröffentlicht, wonach der Sanierungserlass gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstößt<sup>19</sup>. Dieser rechtsstaatliche Grundsatz besagt, dass die Verwaltung ihr Handeln auf Gesetze stützen muss und nicht faktisch am Gesetzgeber vorbei neues Recht schaffen darf (so genannter „Vorbehalt des Gesetzes“)<sup>20</sup>. Damit konnte der Sanierungserlass faktisch von einem Tag auf den anderen nicht mehr angewendet werden.

### 2.1 Die gesetzliche Neuregelung

Erfreulicherweise hat der Gesetzgeber das dringende Bedürfnis der Sanierungspraxis für eine gesetzliche Regelung erkannt. In Rekordzeit wurde eine Neuregelung (mit der zentralen Vorschrift § 3a EStG) entworfen. Bereits am 2. 6. 2017 konnte das Gesetzgebungsverfahren mit der Zustimmung des Bundesrats abgeschlossen werden<sup>21</sup>. Dies hat jedoch dazu geführt, dass nur sehr wenig Zeit war, den Gesetzentwurf in der Literatur kritisch zu begleiten. Eine parlamentarische Diskussion fand, soweit aus den Bundestagsprotokollen ersichtlich, nicht statt. Vielmehr wurde die Neufassung stark von den Vorstellungen einer Bund-Länder-Kommission, also der Finanzverwaltung, geprägt.

Trotz zahlreicher Zweifelsfragen im Detail wird die Sanierungspraxis mit der Neuregelung arbeiten können. Ähnlich dem Konzept des früheren § 3 Nr. 66 EStG werden Sanierungsgewinne nicht erlassen werden, sondern schon tatbestandlich steuerfrei sein. Die Kriterien entsprechen im Wesentlichen den klassischen Kriterien des bisherigen Sanierungserlasses (Sanierungsbedürftigkeit und -fähigkeit des Unternehmens, Sanierungseignung des Schuldenerlasses und Sanierungsabsicht des Gläubigers). Im Gegenzug werden Verlustvorträge verrechnet, allerdings nur bis zur Höhe des Sanierungsgewinns. Reichen die Verlustvorträge nicht aus, so werden nach einer komplexen Verwendungsreihenfolge sämtliche künftig denkbaren Steuervorteile bis zur Höhe des Sanierungsgewinns abgeschöpft. Erfreulich ist allerdings, dass nunmehr auch die Gewerbesteuerbefreiung mitgeregelt wurde (§ 7b GewStG). Die bisherigen Diskussionen mit den Gemeindekämmerern werden daher der Vergangenheit angehören.

Ein großes Damoklesschwert hängt jedoch über der Neuregelung: Das Gesetz wird erst in Kraft treten, wenn die EU-Kommission be-

14 BGH-Urteil vom 5. 3. 2015, BGHZ 204 S. 231, Rz. 24.

15 Vgl. ebenda, Rz. 17, 20 f.

16 Vgl. Kahlert, WPg 2017 S. 602; Schulze-Osterloh, BB 2017 S. 427.

17 OFD Frankfurt/M., Verfügung vom 30. 6. 2017 – S 2743 A – 12 – St 525, Tz. 3.2, unter ausdrücklicher Bezugnahme auf das eigentlich veraltete BMF-Schreiben vom 8. 9. 2006, BStBl. I 2006 S. 497, Tz. 6; so auch zuletzt das o. g. BFH-Urteil vom 10. 8. 2016 – I R 25/15.

18 BMF-Schreiben vom 27. 3. 2003 – IV A 6-S-2140-8/03, BStBl. I 2003 S. 240.

19 BFH-Beschluss vom 28. 11. 2016 – GrS 1/15, BStBl. II 2017 S. 393.

20 BFH-Beschluss vom 25. 3. 2015 – X R 23/13, BStBl. II 2015 S. 696.

21 BT-Drucks. 59/1/17 vom 27. 2. 2017; siehe hierzu Hillmer, KSI 2017 S. 49, und Bös/Schwarz, KSI 2017 S. 268; zu weiteren Hintergrundinformationen siehe auch [www.ifsbr.de/sanierungsgewinne-und-sanierungserlass.de](http://www.ifsbr.de/sanierungsgewinne-und-sanierungserlass.de).

stätigt hat, dass die Steuerfreiheit keine verbotene Beihilfe darstellt. Für den bisherigen Sanierungserlass gab es eine inoffizielle Freigabe in Form eines einzelfallbezogenen Comfort-Letters<sup>22</sup>. Gänzlich unumstritten war dies jedoch nie, obwohl die besseren Gründe für eine Zulässigkeit sprechen. Aktuell hat die EU-Kommission der Bundesregierung dem Vernehmen nach einen mehrseitigen Fragenkatalog übersandt. Die Beantwortung dürfte, auch angesichts der schwierigen Regierungsbildung nach der Bundestagswahl, einige Zeit in Anspruch nehmen. Mit einer Entscheidung der Kommission ist daher nicht vor Mitte des Jahres 2018 zu rechnen.

## 2.2 Die Übergangsvorschriften und die Urteile des BFH vom 23.8.2017

Umso wichtiger ist damit die Frage, wie die Sanierungspraxis in der Zwischenzeit agieren kann. Zunächst wird das neue Gesetz rückwirkend alle Sanierungsmaßnahmen ab dem 8.2.2017 erfassen, wenn es in Kraft tritt (§ 52 Abs. 4a Satz 1 EStG). Alt-Fälle, bei denen die Maßnahme bis einschließlich dem 8.2.2017 endgültig vollzogen wurde, sollten eigentlich Vertrauensschutz genießen. Die Finanzverwaltung ordnete an, dass der bisherige Sanierungserlass dort weiterhin uneingeschränkt anzuwenden sei<sup>23</sup>. Schwieriger schien die Rechtslage hingegen, wenn eine verbindliche Auskunft über die Steuerfreiheit der Sanierungsgewinne erteilt wurde, die Maßnahme aber noch nicht umgesetzt wurde. In solchen Fällen können verbindliche Auskünfte aufgehoben werden (§ 2 Abs. 3 StAusK, § 130 Abs. 2 Nr. 4 AO). Dennoch hatte die Finanzverwaltung zugesagt, dass auch diese Fälle Vertrauensschutz genießen, sofern die Umsetzung der Maßnahme noch erfolgt, bevor die verbindliche Auskunft aufgehoben wird.

Am 25.10.2017 wurden jedoch zwei Entscheidungen veröffentlicht, durch die diese Übergangsregelungen Makulatur wurden<sup>24</sup>. Auch das BMF-Schreiben vom 27.4.2017 ist nach Ansicht des BFH verfassungswidrig. Er stellt klar: „Im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens darf dieses BMF-Schreiben daher nicht beachtet werden. Eine Übergangsregelung hätte nur durch den Gesetzgeber getroffen werden können; dies ist aber nicht geschehen.“ Es bestehe auch kein Vertrauens-

schutz, da es keine zweifelsfreie Rechtsauffassung gegeben habe. Die Legalität des Sanierungserlasses sei „schon frühzeitig infrage gestellt worden“. Dabei hatte der X. Senat in seinem ursprünglichen Vorlagebeschluss noch selbst referiert, dass die Finanzverwaltung, der weit überwiegende Teil der Literatur und auch er selbst keine verfassungsrechtlichen Bedenken hätten<sup>25</sup>.

Noch nicht abgeschlossene Alt-Fälle kann daher nur noch eine Billigkeitsmaßnahme nach §§ 163, 222 AO retten. Auch in den aktuellen Urteilen hat der BFH diese Möglichkeit angesprochen. Die Praxis sah diesen Ausweg jedoch bislang als eher theoretischen Ansatzpunkt an, da die Kriterien für einen atypischen Ausnahmefall, der zu einer unbilligen Besteuerung führt, nur schwer darzustellen sind. Nunmehr könnte hierin jedoch der Ansatzpunkt liegen, um mit einer kooperativen Finanzverwaltung ein gewünschtes und sinnvolles Ergebnis auch rechtlich darstellbar zu machen. Ob auf der Grundlage des BMF-Schreibens vom 27.4.2017 eine Steuerbefreiung unter Widerrufsvorbehalt erlangt werden kann, ist im Vorfeld abzustimmen. Denn der BFH spricht in seinem Urteil pauschal von dem gesamten BMF-Schreiben. Bei der Widerrufsbefreiung liegt jedoch eine ganz andere Konstellation vor, die anders bewertet werden sollte.

## 2.3 Alternativ-Gestaltungen

Angesichts dieser unsicheren Rechtslage ist dringend geboten, über alternative Gestaltungen nachzudenken. So kann – entsprechend ausgestaltet – ein Forderungsverzicht mit Besserungsschein einen Sanierungsgewinn auslösen, welcher in den Grenzen der Mindestbesteuerungsvorschriften (§ 10d EStG) mit Verlustvorträgen verrechnet werden kann. Auf diese Weise kann beispielsweise vor dem Einstieg eines Investors und dem damit verbundenen Untergang der Verlustvorträge noch deren Nutzung erreicht werden. Durch die Mindestbesteuerung und falls keine Verlustvorträge genutzt werden können, entsteht zwar eine Steuerbelastung. Perspektivisch entsteht jedoch bei Eintritt des Besserungsfalls wieder ein entsprechender Verlust.

**Praxishinweis:** Besteht Einigkeit, dass die Forderung nicht werthaltig ist, kann der zum Verzicht bereite Gläubiger seine Forderung (anteilig) an hinzutretende Investoren abtreten (Forderungskauf). Eine bilanzielle Sanierung der Passivseite findet dann zwar nicht statt. Die nun (teilweise) den Investoren zustehenden Forderungen stellen aus deren Sicht aber kein Investitionshindernis mehr dar. Beim Verzicht gegen Besserungsschein kommt der Gewinn im Besserungsfall dann anteilig auch den neuen Investoren zugute.

Insbesondere im Insolvenzplanverfahren bietet sich der Asset Deal als Alternative an. Die Verbindlichkeiten verbleiben ohne Verzicht im Schuldnerunternehmen, welches anschließend abgewickelt wird. Problematisch sind jedoch Geschäftsbetriebe, die auf (öffentlich-rechtliche) Genehmigungen, Zertifizierungen oder andere Zulassungen

22 Vgl. hierzu BMF-Schreiben vom 10.8.2012 – IV C 6-S 2140/11/10001/2012/069 3011, nicht veröffentlicht.

23 BMF-Schreiben vom 27.4.2017 – IV C 6 – S 2140/13/10003, BStBl.II 2017 S. 741, Tz. 1.

24 Vgl. BFH-Urteile vom 23.8.2017 – I R 52/14, DStR 2017 S. 2322, und X R 38/15, DStR 2017 S. 2326.

25 BFH-Urteil vom 25.3.2015 – X R 23/13, BStBl.II 2015 S. 696, Rn. 46 ff.

angewiesen sind. Denn diese lassen sich i. d. R. nicht übertragen. Möglich ist jedoch, den Geschäftsbetrieb in einem ersten Schritt in ein Tochterunternehmen auszugliedern (§ 123 Abs. 3 UmwG). Hierbei handelt es sich um einen Fall der Rechtsnachfolge, so dass sämtliche Genehmigungen mit übergehen können. Im zweiten Schritt erfolgt dann ein Asset Deal, bei dem das Asset „Beteiligung an einem Tochterunternehmen“ übertragen wird. Ein solches Vorgehen ist jedoch komplex und erfordert eine sorgfältige Strukturierung.

Nicht gangbar erscheint der Weg über eine Konfusion: Verkauft der Gläubiger seine (wertlose) Forderung für einen Euro an den Schuldner, erlischt diese automatisch. Es entsteht ein Konfusionsgewinn. Teilweise klingt unter Bezug auf eine ältere Rechtsprechung an, dass es sich dann nicht um einen Sanierungsgewinn handele<sup>26</sup>. Dies muss man jedoch im Kontext des damaligen § 3 Nr. 66 EStG sehen. Die Finanzverwaltung sah Konfusionsgewinne jedoch schon bislang als steuerpflichtig an, die zudem nicht über den Sanierungserlass begünstigt werden konnten<sup>27</sup>. Der Forderungsverkauf an den Schuldner ist daher keine Lösung.

### 3. Stille Liquidation

Durch eine aktuelle Verfügung ermöglicht die Finanzverwaltung nun die stille Liquidation nutzlos gewordener Konzerngesellschaften, die wegen der Gefahr möglicher Sanierungssteuern lange vermieden wurde.

**Beispiel:** Eine GmbH gewährt ihrer Tochter-GmbH ein Darlehen. Später beschließt die Muttergesellschaft die Liquidation der Tochtergesellschaft, hat aber hinsichtlich der Darlehensforderung keinen Forderungsverzicht erklärt. In diesem Zusammenhang wurde diskutiert, ob in der Zustimmung zur Liquidation ein konkludenter Forderungsverzicht zu sehen wäre. Im Rahmen der Liquidation ist ein möglicher Abwicklungsgewinn zu bestimmen (§ 11 KStG). Bei einem angenommenen Forderungsverzicht würde das Gesellschafterdarlehen das Abwicklungsendvermögen nicht mehr als Verbindlichkeit vermindern. Es entstünde ein zu versteuernder Gewinn. Diese vom Finanzamt Köln in einem Streitfall verfolgte Ansicht bezeichnete der BFH als „rechtlich vertretbar“<sup>28</sup>.

Die Finanzverwaltung hat nunmehr bundeseinheitlich anerkannt, dass allein in der Beantragung oder Zustimmung des Gläubigers zur Liquidation einer Tochterkapitalgesellschaft kein konkludenter Forderungsverzicht zu sehen ist. Es ist beim Schuldner unverändert von einer wirtschaftlichen Belastung durch die Verbindlichkeit auszugehen. Diese würde erst entfallen, wenn bei objektiver Würdigung der Verhältnisse angenommen werden kann, dass der Gläubiger seine Forderung nicht mehr geltend machen wird<sup>29</sup>.

**Praxistipp:** Aufgrund des Ausnahmefalls ist weiterhin eine Absicherung durch eine verbindliche Auskunft zu empfehlen. Wichtige Ergänzungen, die in Tz. 3 der Verfügung angesprochen werden, sind keine bundeseinheitliche Entscheidung, sondern stellen nur die Sichtweise der OFD Frankfurt/M. dar. In jedem Fall sollte klargestellt werden, dass die Absicht zur Geltendmachung weiterhin besteht. Dies entspricht auch den gesetzlichen Liquidationsvorschriften. Forderungen bleiben grundsätzlich weiterhin bestehen. Sollte sich nach Löschung der Gesellschaft nachträglich verteilungsfähiges Vermögen ergeben, wäre dies im Rahmen einer Nachtragsliquidation an die Gläubiger zu verteilen<sup>30</sup>.

### 4. Steuerberaterhaftung

Ein weiteres Urteil aus dem Januar 2017 sorgt derzeit für Aufruhr in der GmbH-Sanierungspraxis. Durch eine 180-Grad-Änderung seiner Rechtsprechung hat der BFH die Haftungsrisiken für Steuerberater erheblich verschärft<sup>31</sup>. Ausgangspunkt ist die Frage, ob in der Krise der Gesellschaft noch eine Bilanzierung mit Fortführungswerten zulässig ist oder ob die Handelsbilanz Liquidationswerte ausweisen muss (§ 252 Abs. 1 Nr. 2 HGB). Der BGH verlangt nunmehr, dass ein Steuerberater den Geschäftsführer auffordert, die Rechtfertigung für den Ansatz von Fortführungswerten stichhaltig nachzuweisen. Dies gilt, sobald Anhaltspunkte für eine negative Fortführungsprognose bestehen, insbesondere im Falle einer bilanziellen Überschuldung<sup>32</sup>. Darüber hinaus legt der BGH dem Steuerberater auch eine Hinweis- und Warnpflicht auf, wenn er einen Insolvenzgrund erkennt oder Anhaltspunkte dafür offenkundig sind und er annehmen muss, dass seinem Mandanten die mögliche Insolvenzreife nicht bewusst ist.

Für Steuerberater, die sich bislang auf ihren beschränkten Mandatsauftrag berufen konnten, wird diese Rechtsprechung zur Haftungsfalle. Aufgrund ihrer Berufshaftpflichtversicherung sind Steuerberater für den Insolvenzverwalter ein gern gesehener Haftungspartner. Und Geschäftsführer, welche nach § 64 GmbHG haften, werden oftmals bereit sein, sich durch Abtretung ihrer Schadensersatzansprüche gegen Steuerberater an den Insolvenzverwalter freizukaufen.

26 BFH-Urteil vom 14. 10. 1987 – I R 381/83, BFH/NV 1989 S. 141.

27 OFD Niedersachsen, Schreiben vom 25. 4. 2016 – S 2140-8-St-244.

28 Vgl. BFH-Urteil vom 5. 2. 2014 – I R 34/12, BFH/NV 2014 S. 1014.

29 OFD Frankfurt/M., Verfügung vom 30. 6. 2017 – S 2743 A – 12 – St 525, Tz 2.

30 BFH-Urteil vom 16. 6. 2015 – IX R 28/14, BFH/NV 2015 S. 1679.

31 BGH-Urteil vom 26. 1. 2017 – IX ZR 285/14, BB 2017 S. 685.

32 Zu Zweifelfragen siehe auch Onusseit/Schröder, ZinsO 2017 S. 1868.

**Praxishinweis:** Steuerberatern muss aktuell zu großer Vorsicht geraten werden. Sie sollten die neue Hinweispflicht ernstnehmen und umfangreich erfüllen. Dabei sollten sie jedoch klarstellen, dass ihr Auftrag keine insolvenzrechtliche Beratung umfasst und eine solche tunlichst vermeiden. Den Geschäftsführern sollte die Hinzuziehung insolvenzrechtlich versierter Berater empfohlen werden. So schreibt die Bundessteuerberaterkammer in ihren berufsrechtlichen Verlautbarungen: „Ob die Geschäftsführung selbst das Vorliegen tatsächlicher oder rechtlicher Gegebenheiten ohne fachliche Beratung feststellen kann, ist vom Einzelfall abhängig. Der Steuerberater sollte zumindest auf den regelmäßigen Beratungsbedarf durch einen sachverständigen Dritten in wirtschafts- bzw. insolvenzrechtlichen Angelegenheiten hinweisen.“<sup>33</sup> Unternehmensberater haben hier aber noch aus einem weiteren Grund die Chance, frühzeitig in Mandate einbezogen zu werden: Auch nach der aktuellen Entscheidung ist die Bilanzierung zu Fortführungswerten zulässig, wenn ein glaubhafter Fortführungsinsolvenzplan vorliegt, eine übertragende Sanierung innerhalb des Prognosezeitraums angestrebt wird und möglich ist oder anzunehmen ist, dass die Unternehmenstätigkeit auch nach einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums fortgeführt werden wird. Dies, so der BGH, erfordere aber eine komplexe Prognose über die Gesamtsituation des Unternehmens<sup>34</sup>.

In der Praxis wird die neue Rechtsprechung gerade in Alt-Fällen zu einer Reihe von Haftungsansprüchen führen, insbesondere da der BGH jetzt nur ausgesprochen hat, was nach seiner neuen Sichtweise schon immer richtig war. Fast zeitlich mit Erscheinen dieses Beitrags dürften überarbeitete berufsrechtliche Hinweise für Steuerberater veröffentlicht werden, die die Bundessteuerberaterkammer dem Vernehmen nach in ihrer Präsidiumssitzung am 9. 1. 2018 verabschieden will. Die im Urteil angedeutete „Flucht in die Anweisung durch den Geschäftsführer“ wird jedoch unter berufsrechtlichen Aspekten kritisch gesehen. Denn ein Steuerberater darf nicht sehenden Auges an unzutreffenden Jahresabschlüssen mitwirken. Es wird daher nach wie vor der einzig sichere Weg sein, wenn der Geschäftsführer die Fortführungsfähigkeit professionell über-

prüfen lässt. Den Unternehmer damit anzuhalten, auch in Kleinbetrieben eine verlässliche Planung für das laufende und nächste Jahr vorzunehmen, ist angesichts der im Insolvenzfall ausfallenden Gläubiger gerade die Absicht gewesen, die der BGH mit seiner Richtungsänderung verfolgte.

## 5. Lücke in der D&O-Versicherung?

Versäumt es ein Geschäftsführer während einer Insolvenzreife, Zahlungsabflüsse zu verhindern, kann er nach § 64 GmbHG persönlich haften. Diese Haftung ist ein scharfes Schwert des Insolvenzverwalters. Umso gravierender ist es, wenn die zur Absicherung gegen dieses Risiko abgeschlossene D&O-Versicherung im Schadensfall die Deckung versagt. In einer erst vor kurzem veröffentlichten Entscheidung des OLG Celle sprach nach Ansicht des Gericht *„einiges dafür, dass der Zahlungsanspruch nach § 64 Satz 1 GmbHG kein vom Versicherungsvertrag erfasster Haftpflichtanspruch ist.“*<sup>35</sup> Dem liegt die dogmatische Spitzfindigkeit zugrunde, dass es sich hierbei nicht um einen Vermögensschaden, sondern um einen „Schaden eigener Art“ handelt<sup>36</sup>.

**Praxistipp:** Übliche Allgemeine Versicherungsbedingungen von D&O-Versicherungen gewähren Versicherungsschutz nur für „Vermögensschäden“. Angesichts des aktuell heiß diskutierten Urteils ist zu befürchten, dass Versicherungen Haftungsübernahmen künftig unter Berufung auf das aktuelle Urteil ablehnen werden. In Altfällen, in denen noch kein Versicherungsfall eingetreten ist, empfiehlt es sich daher, sich den beabsichtigten Versicherungsumfang bestätigen zu lassen. Versagt die Versicherung hingegen die Deckung, wird von den Gerichten zu klären sein, wie der Vertrag vom (durchschnittlichen) Versicherungsnehmer verstanden werden konnte und durfte. Hier können Geschäftsführer mit der einschlägigen Rechtsprechung zu Versicherungsverträgen durchaus gute Argumente für eine Einbeziehung anführen. Bei Neuabschlüssen sollte in jedem Fall darauf geachtet werden, Haftpflichtansprüche nach § 64 GmbHG ausdrücklich einzuschließen. Wie man hört, behandeln einige Versicherungen diesen Wunsch aber zumindest derzeit als gesondert zu vergütenden Zusatzschutz.

## 6. Fazit

Die rechtlichen Rahmenbedingungen in der Sanierung sind in Bewegung. Der Praxistest steht für einige der neuen Entwicklungen noch aus. Schon jetzt zeigt sich aber, dass auch diese Neuregelungen wieder eigene Unklarheiten und Diskussionen mit sich bringen. Aktuell gilt daher umso mehr, dass Sanierungsmaßnahmen nicht ohne (steuer-)rechtliche Analyse und wo möglich durch eine verbindliche Auskunft abgesichert vorgenommen werden sollten. Zu groß ist die Gefahr, durch vermeintlich unproblematische Maßnahmen an anderer Stelle existenzielle Probleme zu schaffen.

33 BStBK, Hinweise zur Verlautbarung zu den Grundsätzen für die Erstellung von Jahresabschlüssen in Bezug auf Gegebenheiten, die der Annahme der Unternehmensfortführung entgegenstehen, vom 1. 10. 2015, Berufsrechtliches Handbuch 3.2.1.

34 BGH vom 26. 1. 2017 – IX ZR 285/14, Rz. 27 f.

35 OLG Celle, Beschluss vom 1. 4. 2016, BeckRS 2016, 125428.

36 Vgl. BGH-Urteil vom 20. 9. 2010 – II ZR 78/09, BGHZ 187 S. 60.

## Dr. Raoul Kreide



Rechtsanwalt und Dipl.-Betriebswirt (BA) Dr. Raoul Kreide berät mittelständische Unternehmen, Unternehmer und die Unternehmerfamilie.

Seine Beratungsschwerpunkte sind die Restrukturierung und Unternehmensfinanzierung sowie die steueroptimierte Strukturierung, auch im Bereich der Unternehmens- und Vermögensnachfolge.

Neben seiner Dozententätigkeit für das Institut für Unternehmensanierung und -entwicklung Heidelberg (IfUS) ist Herr Kreide Lehrbeauftragter an der Universität Heidelberg im Masterstudiengang „LL.M. corporate restructuring“.

Als ausgebildeter Mediator steht Herr Kreide für einen konfliktlösenden Beratungsansatz, der die individuellen Bedürfnisse jedes Familienmitglieds in eine nachhaltige Lösung miteinbezieht.

Dieser Sonderdruck gibt lediglich einen unverbindlichen Überblick und kann eine rechtliche Beratung nicht ersetzen. Als Ansprechpartner für eine etwaige Beratung stehen wir gerne zur Verfügung.

# GSK STOCKMANN

Kontakt:

Dr. Raoul Kreide  
Rechtsanwalt  
Dipl.-Betriebswirt (BA)  
Mediator

GSK STOCKMANN  
Rechtsanwälte Steuerberater  
Partnerschaftsgesellschaft mbB,  
Sitz München, AG München PR 533  
Mittermaierstraße 31  
69115 Heidelberg

Tel.: + 49 (6221) 45 66 - 11  
Fax: + 49 (6221) 45 66 - 44  
Mobil: + 49 (173) 52 61 967  
E-Mail: [raoul.kreide@gsk.de](mailto:raoul.kreide@gsk.de)  
web: [www.gsk.de](http://www.gsk.de)

GSK Stockmann ist eine führende unabhängige Wirtschaftskanzlei in Deutschland und Luxemburg in den Bereichen Real Estate, Corporate, Banking/Finance sowie Projects & Public Sector. Über 160 Rechtsanwälte und Steuerberater beraten an den Standorten Berlin, Frankfurt am Main, Hamburg, Heidelberg, München und Luxemburg deutsche und internationale Mandanten. GSK konzentriert sich auf die Betreuung von Transaktionen und Projekten. Mit unserer Spezialisierung bieten wir Rechtsberatung nach Maß.

Bei grenzüberschreitenden Transaktionen und Projekten arbeitet GSK eng mit einem ausgewählten Kreis angesehener Partnerkanzleien im Ausland zusammen.

Für weitere Informationen: [www.gsk.de](http://www.gsk.de)