

report

Steuern + Recht
Ausgabe 1/2012



Unternehmenserwerb aus der Insolvenz

- Grundstruktur des Erwerbs und Vorgehensweise
- Fusionskontrollrechtliche Faktoren
- Arbeitsrechtliche Aspekte
- Steuerliche Vorteile
- Keine Haftung für Steuern und Sozialversicherungsbeiträge

Steuerrecht in Kürze

- Umsatzsteuer im Insolvenzverfahren
- Nachweispflichten für Innergemeinschaftliche Lieferungen - Übergangsfrist bis 30.06.2012 verlängert

Grundstruktur des Erwerbs und Vorgehensweise

Der Unternehmenskauf aus der Insolvenz unterliegt eigenen Regeln. Es gelten eine Reihe von Besonderheiten, die ihn im Vergleich zum Kauf von Unternehmen, die sich nicht in der Insolvenz befinden, teilweise einfacher, in einigen Punkten aber auch komplexer machen.

Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sollen in diesem, wie in den weiteren Beiträgen dieser Ausgabe des „report steuern + recht“, einzelne Themenbereiche angesprochen werden.

Grundtypen der Verwertung insolventer Unternehmer

Sofern bei einem Unternehmen in der Insolvenz nicht sofort eine Zerschlagung, also die Liquidation der einzelnen Vermögensgegenstände, ins Auge gefasst wird, kommt eine sog. Reorganisation, d.h. eine Fortführung der Gesellschaft mit Sanierung auch des Unternehmensträgers, oder eine sog. übertragende Sanierung in Betracht.

Während bei der Reorganisation auch der Unternehmensträger, d.h. die insolvente juristische Person, saniert werden soll, erfolgt bei der übertragenden Sanierung eine Trennung des Unternehmens vom Unternehmensträger. Dies erfolgt durch einen Verkauf des Unternehmens im Wege eines Asset Deals, d.h. die Vermögenswerte des Unternehmens werden als Funktionseinheit im Paket an den Erwerber verkauft. Die Schulden verbleiben beim insolventen Unternehmensträger, das veräußerte Unternehmen kann befreit von den Schulden weiter arbeiten.

Kann für das Unternehmen oder die einzelnen Vermögenswerte nicht ohne weiteres ein Käufer gefunden werden, wird es ggf. auf eine eigens dafür gegründete Auffanggesellschaft übertragen.

Damit sind also zwei Grundformen der sog. übertragenden Sanierung zu unterscheiden:

- Die Veräußerung der Unternehmensaktiva an einen Dritterwerber im Rahmen eines Asset Deals, der das Unternehmen dann selbst weiter betreibt und ggf. saniert.
- Die Gründung einer Auffanggesellschaft, auf die zum Zwecke der Sanierung die Unternehmensaktiva vom Insolvenzverwalter übertragen werden. Insoweit gibt es hinsichtlich der Weiterveräußerung zwei Varianten: Entweder interessierte Investoren, Gläubiger, Gesellschafter und/oder das Management beteiligen sich von vornherein an dieser Auffanggesellschaft, oder sie wird nach erfolgter Sanierung vom Insolvenzverwalter veräußert (Share Deal).



*Dr. Jan Kreklau
Partner*

Vorgehensweise beim Erwerb aus der Insolvenz

Da sich mit fortdauernder Krise auch der Wert des betroffenen Unternehmens vermindert, werden von allen Beteiligten und dem Insolvenzverwalter kurzfristige Lösungen bevorzugt. Das richtige „Timing“ spielt hier eine wichtige Rolle.

Beim Erwerb im Insolvenzeröffnungsverfahren, d.h. vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, besteht allerdings u.U. das Risiko einer Anfechtung der Veräußerung nach Verfahrenseröffnung durch den späteren Insolvenzverwalter.

Dies gilt insbesondere, wenn zwischen dem vorläufigen Insolvenzverwalter und dem späteren Insolvenzverwalter keine Personenidentität gegeben ist. Zudem besteht erst nach Insolvenzeröffnung keine Haftung des Erwerbers mehr für Verbindlichkeiten des bisherigen Inhabers bei Firmenfortführung (§ 25 HGB), und für Verbindlichkeiten aus übergehenden Arbeitsverhältnissen vor Insolvenzeröffnung.

Im Hinblick auf die Vorteile eines Erwerbs nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens werden Angebote der Interessenten regelmäßig auf den Zeitpunkt nach Verfahrenseröffnung abgegeben.

Der Inhalt solcher Angebote hat sich an den, z.B. im Rahmen einer ggf. schon im Insolvenzeröffnungsverfahren stattfinden Due Diligence und Verhandlungsrunde gewonnenen Erkenntnissen, einschließlich den Vorstellungen des Insolvenzverwalters, zu orientieren.

Soweit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits eine Einigung über Kaufvertrag und Kaufpreis erzielt wird, kann

auch der Weg gewählt werden, dass der Käufer unwiderruflich ein notarielles Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages abgibt, das vom Insolvenzverwalter unmittelbar nach Insolvenzeröffnung und nach Zustimmung durch die Gläubigerversammlung bzw. den Gläubigerausschuss angenommen wird.

Im Unternehmenskaufvertrag, insbesondere bei der übertragenden Sanierung, wird der Insolvenzverwalter regelmäßig, sämtliche Gewährleistungsrechte des Käufers ausschließen.

Soweit allerdings nicht ein die persönliche Haftung des Insolvenzverwalters begründendes Verhalten Auslöser für etwaige Gewährleistungsansprüche ist, wird die Insolvenzmasse ohnehin nicht in der Lage sein, etwaige Gewährleistungsansprüche zu erfüllen.

Der Insolvenzverwalter haftet wegen Massenunzulänglichkeit nur, wenn er den Ausfall des Vertragspartners bei Vertragsschluss schon vorhersehen konnte, hierauf aber nicht hingewiesen hat, was bei Gewährleistungsrechten selten der Fall sein dürfte.

Fusionskontrollrechtliche Faktoren

Auch beim Erwerb eines Unternehmens aus der Insolvenz greifen, wenn die beabsichtigte Transaktion einen Zusammenschluss im fusionskontrollrechtlichen Sinne darstellt und die an dem Zusammenschluss beteiligten Unternehmen bestimmte Umsatzschwellen erreichen, die europäische bzw. die deutsche Fusionskontrolle (und ggf. weitere Fusionskontrollordnungen).

Die Prüfung der fusionskontrollrechtlichen Anmeldepflichten und der daraus sich ergebenden zeitlichen Restriktionen für den Vollzug sollten bereits in einem frühen Stadium des Prozesses ermittelt werden.

Dabei kann sich auch eine frühe Kontaktaufnahme mit den Kartellbehörden, unter Darlegung der besonderen Folgen der Insolvenz, anbieten. Es sollte dem Insolvenzverwalter möglichst große „Transaktionsicherheit“ vermittelt werden, dass die beabsichtigte Transaktion nicht schlussendlich mangels fusionskontrollrechtlicher Freigabe scheitern könnte.

Sowohl die EU-Kommission als auch das Bundeskartellamt prüfen, wie sich die Wettbewerbsbedingungen bei Vollzug



Ihr Team der Kamzlei Weiss

des Zusammenschlusses gegenüber einer Untersagung des Zusammenschlusses beurteilen. Bei Beteiligung eines insolventen Unternehmens gelten grundsätzlich keine besonderen Regelungen. Insbesondere werden mögliche soziale Auswirkungen von Kommission/Bundeskartellamt nicht berücksichtigt.

Gleichwohl sollte, schon aus psychologischen Gründen, das Bewusstsein der Kartellbehörden für mögliche negative soziale Auswirkungen geschärft werden.



Für die nach deutschem Recht in Ausnahmefällen mögliche „Ministererlaubnis“ dürfte beim Erwerb aus der Insolvenz regelmäßig bereits die erforderliche Zeit fehlen.

Folgenden Argumenten kann jedoch bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens beim Erwerb aus der Insolvenz besonderes Gewicht zukommen:

- „Counterfactual-Argument“: Darlegung, dass bei Untersagung des Zusammenschlusses die gegenwärtige Wettbewerbssituation nicht erhalten bliebe, sondern künftig vom insolventen Unternehmen ein geringerer Wettbewerbsdruck ausginge (und dieser evtl. schon vor Insolvenz nachgelassen hat).
- „Failing Company Defence“: Darlegung, dass (i) das zu erwerbende Unternehmen sanierungsbedürftig ist bzw. ohne den Zusammenschluss kurzfristig aus dem Markt ausscheiden würde, (ii) es keine weniger wettbewerbsbeeinträchtigende Verkaufsalternative bzw. keine bessere wettbewerbliche Alternative zum Zusammenschluss gibt und (iii) die Vermögenswerte des gescheiterten Unternehmens ohne den Zusammenschluss zwangsläufig vom Markt genommen würden bzw. die Marktposition des erworbenen Unternehmens auch ohne den Zusammenschluss im Wesentlichen dem Erwerber zufallen würde.

Arbeitsrechtliche Aspekte

Die Vorschrift des § 613a BGB, nach welcher der Betriebserwerber in alle Rechte und Pflichten aus den zum Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Arbeitsverhältnissen eintritt, gilt auch im Insolvenzverfahren, soweit es um den Schutz der Arbeitsplätze und die Kontinuität des Betriebsrats geht. Soweit allerdings nach Insolvenzeröffnung erworben wird, ist die Haftung des Betriebserwerbers für bereits entstandene Ansprüche beschränkt.

So haftet ein Erwerber nicht für Abfindungsansprüche der Arbeitnehmer aus einem vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossenen Sozialplan.

Im Übrigen bestehen, zur Herstellung der Verkaufsfähigkeit eines insolventen Unternehmens, für den Insolvenzverwalter u.a. die folgenden, besonderen Möglichkeiten zur Personalrestrukturierung:

- Nutzung der gesetzlichen Erleichterungen bei der Umsetzung von Personalanpassungsmaßnahmen aufgrund Verkürzung der Kündigungsfrist und der Möglichkeit eines mit dem Betriebsrat zu vereinbarenden Interessenausgleichs mit Namensliste (§§ 113, 120 ff. InsO).
- Überleitung von Arbeitsverhältnissen auf eine Transfergesellschaft unter Aufhebung des Arbeitsverhältnisses.
- Ausspruch von Kündigungen auf Grundlage eines sog. Erwerberkonzepts.

Insoweit gilt es, möglichst frühzeitig mit konkreten Vorstellungen und einem detaillierten Erwerberkonzept auf den Insolvenzverwalter zuzugehen.

Nicht zu vernachlässigen ist auch die soziale Komponente: Je mehr Arbeitnehmer übernommen werden und somit Arbeitsplätze gesichert bleiben, desto positiver ist dies für den Insolvenzverwalter selbst sowie dessen Argumentation gegenüber dem Gläubigerausschuss bzw. der Gläubigerversammlung, für den einen oder anderen Interessenten zu votieren.

Steuerliche Vorteile

Durch die übertragende Sanierung im Rahmen eines Asset-Deal bietet sich für den Erwerber die Möglichkeit, die Anschaffungskosten in Abschreibungspotential zu transformieren.

Erfolgt, wie in der Regel, der Erwerb aus der Insolvenz im Wege der übertragenden Sanierung als Asset Deal, wird das Vermögen des insolventen Betriebs im Ganzen oder in Teilen auf einen oder mehrere Erwerber übertragen.

Dabei bietet der Asset Deal, im Gegensatz zum Share Deal, die Möglichkeit, die Anschaffungskosten direkt in steuerlich nutzbares Abschreibungsvolumen zu transformieren.

Der häufig in einer Summe vereinbarte oder nur für größere Vermögensgruppen aufgeteilte Kaufpreis ist für Zwecke der Bilanzierung auf die einzelnen übernommenen Vermögenswerte gemäß dem Grundsatz der Einzelbewertung zu verteilen. Eine Bindung an die bisherigen Wertansätze in der Handels- bzw. Steuerbilanz des insolventen Betriebs besteht für den Erwerber nicht.

Im Rahmen der Kaufpreissallokation kommt dem Erwerber grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum sowohl im Hinblick auf die Identifikation von ansetzbaren Vermögensgegenständen als auch im Hinblick auf die Bewertung und die Abschreibungsmethode bzw. -dauer zu.

Je nach Bilanzpolitik kann eine stärkere Berücksichtigung von Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens mit kurzen Laufzeiten (z.B. Vorratsvermögen) bereits im Jahr des Erwerbs bei einem entsprechenden Umschlag steuerlich nutzbar gemacht werden.

Eine Gewichtung der Kaufpreisverteilung auf längerfristig dem Unternehmen dienende Vermögensgegenstände verteilt die Kosten über die jährliche Abschreibung auf künftige Perioden. Interessant für den Erwerber ist insbesondere die Identifizierung und der Ansatz von übernommenen, aber bisher nicht aktivierten von den insolventen Unter-

nehmen selbst erstellten immateriellen Werten, die häufig ein wesentlicher Treiber für die Betriebsübernahme darstellen. In Betracht kommen z.B. Patente, Marken, Kundenlisten sowie vorteilhafte Vertragsbeziehungen. Das früher herrschende Ansatzverbot für selbst erstellte immaterielle Vermögensgegenstände (§ 248 Abs. 2 HGB a.F.) wurde zwar durch das BilMoG ab dem 1. Januar 2010 prospektiv für die handelsrechtliche Bilanzierung aufgehoben, gleichwohl bleibt es bei einem Ansatzverbot in der Steuerbilanz (§ 5 Abs.2 EStG).

Im Rahmen des Asset Deal können diese bisher nicht aktivierungsfähigen Vermögensgegenstände aufgrund des nun erfolgten entgeltlichen Erwerbs auch steuerlich angesetzt und abgeschrieben werden.



Vor dem Hintergrund der z.T. komplexen Bewertungsmethoden ist es vorteilhaft, bereits in der Verhandlung mit dem Insolvenzverwalter konkrete Kaufpreise für diese ansonsten nur aufwendig zu bewertenden immateriellen Vermögensgegenstände zu vereinbaren.

Keine Haftung für Steuern und Sozialversicherungsbeiträge

Unternehmenserwerbe aus der Insolvenz als asset deal haben gegenüber dem Erwerb eines „lebenden“ Unternehmens den Vorteil, dass sich die steuerlichen Haftungsrisiken des Erwerbers stark reduzieren.

Eine Haftung des Betriebsübernehmers für Steuerschulden des Veräußerers nach § 75 AO kommt in Betracht, wenn ein lebendes Unternehmen im Ganzen bzw. ein selbstständiger Betriebsteil erworben wird, die ohne nennenswerte finanzielle Aufwendungen fortgeführt werden können. In diesen Fällen haftet der Erwerber gegenüber dem Fiskus zeitlich begrenzt für Steuerbeträge des Veräußerers. Die Haftung ist hierbei sachlich begrenzt auf Steuern bei denen sich die Steuerpflicht auf den Betrieb des Unternehmens gründet; im Wesentlichen die Umsatzsteuer, Gewerbesteuer, sowie Lohnsteuer. Eine Haftung für die vom Veräußerer geschuldete Einkommensteuer, Körperschaftsteuer oder Grundsteuer sowie rückständige Sozialversicherungsbeiträge wird grundsätzlich nicht von § 75 AO erfasst.

Die im kaufmännischen Leben häufig unbekannt, jedoch bei vielen Haftungsbescheiden angewandte Norm des § 75 AO findet bei Erwerben aus der Insolvenz oder dem Vollstreckungsverfahren keine Anwendung. Der Erwerber eines insolventen Unternehmens haftet demzufolge grundsätzlich nicht, auch nicht begrenzt, für Steuerschulden des Veräußerers. Voraussetzung für den Haftungsausschluss ist, dass das Insolvenzverfahren bereits eröffnet wurde oder das Unternehmen sich in einem behördlichen oder gerichtlichen Vollstreckungsverfahren befindet. Im Falle des Erwerbs vom vorläufigen Insolvenzverwalter hat der BFH – trotz noch nicht erfolgter Eröffnung des Insolvenzverfahrens – entschieden, dass auch hier der Haftungstatbestand des § 75 AO nicht erfüllt ist.

Steuerrecht in Kürze

1 Umsatzsteuer im Insolvenzverfahren

Das BMF hat die Ergebnisse aus zwei Urteilen des BFH zur Umsatzsteuer im Insolvenzverfahren in den Umsatzsteuer-Anwendungserlass übernommen.

- In 2009 hatte der BFH entschieden, dass spätestens im Augenblick der Insolvenzeröffnung unbeschadet einer möglichen Insolvenzquote die bestehenden Entgeltforderungen in voller Höhe uneinbringlich werden. Spätestens zu diesem Zeitpunkt ist die Umsatzsteuer beim leistenden Unternehmer wie auch der Vorsteuerabzug beim Leistungsempfänger zu berichtigen. Wird das uneinbringlich gewordene Entgelt nachträglich vereinbart, ist der Umsatzsteuerbetrag erneut zu berichtigen.
- Aus dem BFH Urteil vom 9. Dezember 2010 folgt, dass in dem Fall, in dem der Insolvenzverwalter das Entgelt für eine vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeführte steuerpflichtige Leistung vereinnahmt, die Entgeltvereinnahmung eine Masseverbindlichkeit zur Abführung der Umsatzsteuer begründet.

2 Nachweispflichten für Innergemeinschaftliche Lieferungen – Übergangsfrist bis 30.06.2012 verlängert

Mit Schreiben vom 6. Februar 2012 hat das BMF auf die Kritik an den Regelungen zur Vereinfachung des Nachweises für innergemeinschaftliche Lieferungen mittels einer Gelangensbestätigung reagiert. Für bis zum 30. Juni 2012 ausgeführte innergemeinschaftliche Lieferungen wird es demnach nicht beanstandet wenn der beleg- und buchmäßige Nachweis der Voraussetzungen der Steuerbefreiung weiter auf Grundlage der bislang geltenden Rechtslage geführt wird. Für die Nachweispflichten bei Ausfuhrlieferungen endet die Übergangsfrist unverändert am 31. März 2012.

Herausgeber:

Weiss • Walter • Fischer-Zernin

Rechtsanwälte • Wirtschaftsprüfer • Steuerberater

Anprechpartner: Dr. Jan Krecklau

Kardinal-Faulhaber-Straße 10 | 80333 München

Telefon: +49-(89) 29 07 19-0 | Telefax: +49-(89) 29 07 19-17

newsletter@rae-weiss.de | www.rae-weiss.de

Wir bitten Sie zu beachten, dass unsere Beiträge eine Auswahl aus der aktuellen wirtschafts- und steuerrechtlichen Gesetzgebung und Rechtsprechung darstellen. Sie stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und können nicht die auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung ersetzen.

Falls Sie künftig diese Informationen der Kanzlei Weiss Walter Fischer-Zernin nicht mehr erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Betreff „Abbestellung report“ an newsletter@rae-weiss.de.