



Aktuelle Finanzierungsfragen bei Unternehmenskauf und -restrukturierung  
**Recht und Steuern in der Restrukturierungspraxis**

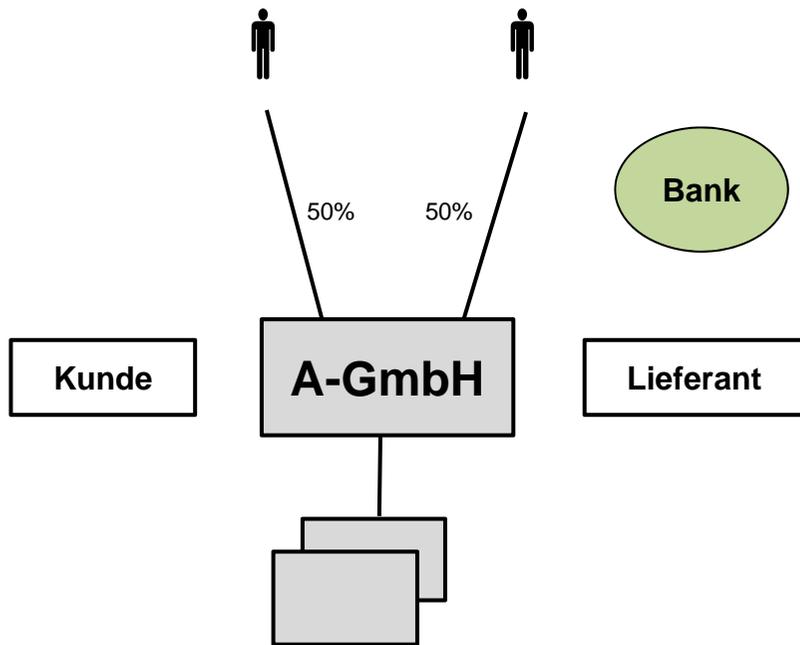
23. November 2009

**Prof. Dr. Martin Erker**  
Rechtsanwalt

**CMS Hasche Sigle**  
Rechtsanwälte/Steuerberater  
Nymphenburger Str. 12  
80335 München  
T: 089-23807-142  
E: martin.erker@cms-hs.com

**Alexander Pupeter**  
Dipl.-Kfm., Rechtsanwalt, Steuerberater

**P+P Pöllath + Partners**  
Rechtsanwälte/Steuerberater  
Kardinal-Faulhaber-Str. 10  
80333 München  
T: 089-24240-491  
E: alexander.pupeter@pplaw.com

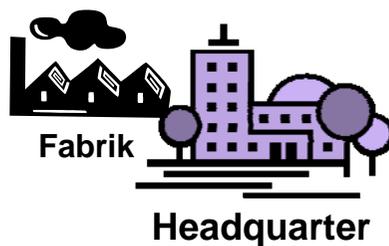


Die **A-GmbH** ist im Automotive-Sektor tätig. Es geht ihr sehr schlecht.

Die jeweils 50%-igen **Gesellschafter 1** und **2**, **Banken**, **Lieferanten** und **Kunden** bemühen sich, die Gesellschaft wieder „flott“ zu kriegen.

Die A-GmbH hat **5 Fabriken** in fünf Gemeinden, in einer sitzt auch die Unternehmensleitung.

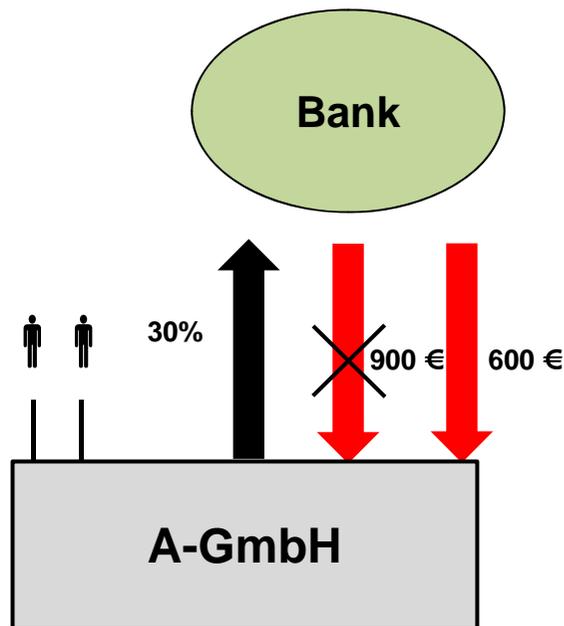
Die A-GmbH hat 2 Tochtergesellschaften (S-GmbH und T-GmbH).



- **Überschuldung** droht.
- **Liquidität** eng.
- **Financial Covenants** aus Kreditverträgen gebrochen.

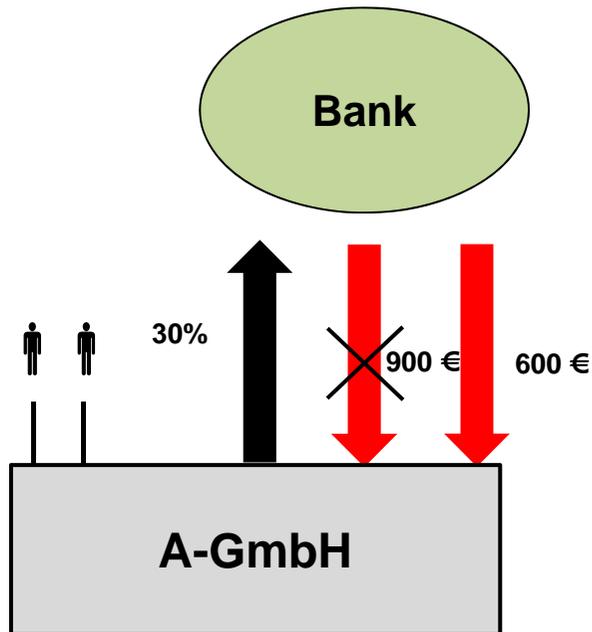
Bank (Darlehen 1.500 Mio €) kann auf 60% des Darlehens (**900 Mio €**) verzichten und sich mit 30% an der A-GmbH beteiligen im Wege eines **Debt-Equity-Swaps**.

Umwandlung von Forderungen eines Kreditgebers in Eigenkapital des Kreditnehmers.



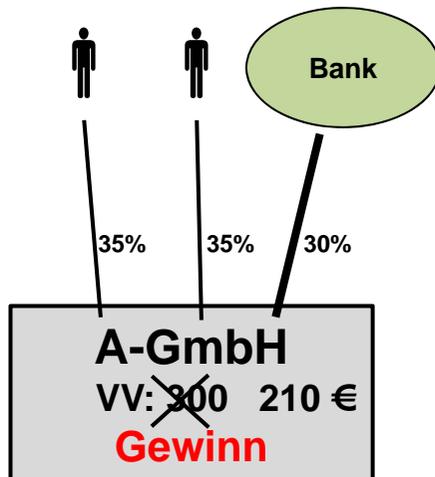
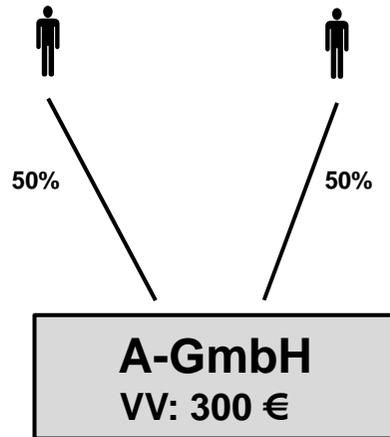
## 1. Sachkapitalerhöhung

- für Kreditgeber
  - Verlust von Darlehensforderung und Sicherheiten,
  - Erwerb einer Beteiligung am Kreditnehmer,
  - Realisierung eines 'Upside' bei späterem Exit.
- für Kreditnehmer
  - Entschuldung,
  - Eigenkapitalstärkung.



## 2. Probleme

- Nachrangigkeit zurückbehaltener Kreditforderungen?
- Differenzhaftung?
- Anfechtung wegen Bezugsrechtsausschluss?
- Pflichtangebot bei Erlangung einer Kontrollmehrheit (ggf. Befreiung davon).



### 3. Steuer/Sanierungsgewinn

a) **Verzichtsgewinn**, soweit Darlehen nicht werthaltig.

b) **Verlustvorträge (VV)** (300 Mio €)

- **Verlustvorträge** zu 30% verloren, § 8c Abs. 1 KStG

(Ann: Kein Sanierungsprivileg).

- **Mindestbesteuerung:**

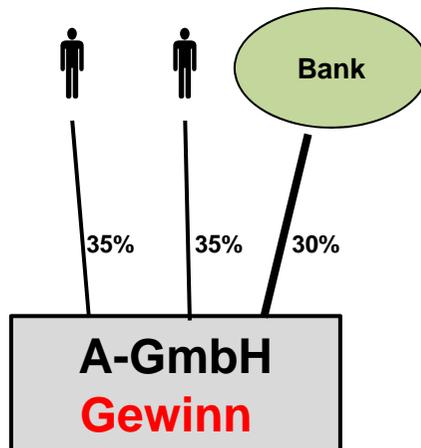
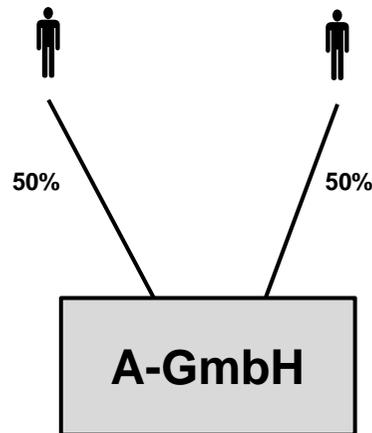
Laufende Gewinne: VV-Verrechnung bis zu 1 Mio. €, darüber nur zu 60%.

⇒ **steuerpflichtiger Sanierungsgewinn,**

⇒ **Restrukturierung kann scheitern, wenn Steuerlast nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann.**

## c) Sanierungserlass

Steuern können als „sachliche Billigkeitsmaßnahme“, § 163, 227 AO erlassen werden (BMF v. 27.3.2003, BStBl 2003 I, 240).



### (1) Ziel

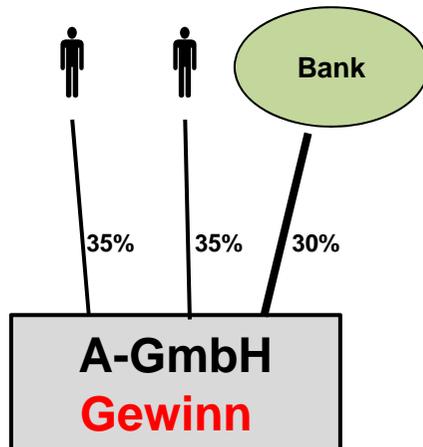
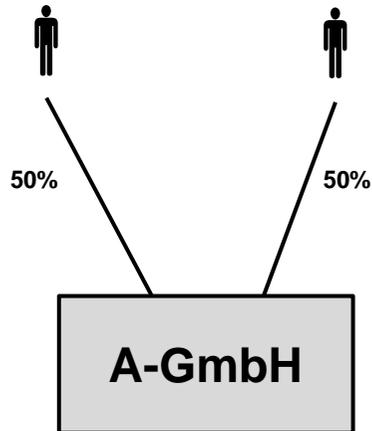
**Gewinn** vollst. mit **Verlustvorträgen** verrechnen, Rest **erlassen**.

### (2) Voraussetzungen

- Sanierungsgewinne aus **Schuldenerlass** zum **Zweck der Sanierung**.
  - Sanierungs**bedürftigkeit**,
  - Sanierungs**fähigkeit**,
  - Sanierungs**eignung**,
  - Sanierungs**absicht**.

Wird vermutet, wenn mehrere Gläubiger beteiligt sind. Zweifelhaft, wenn nur ein Gesellschafter-Gläubiger verzichtet.

- Sanierungs**plan** als Indiz für Sanierungszweck.



## c) Sanierungserlass

### (3) Risiko:

- **Kriterien** sehr „weich“, häufig nicht objektiv zu beurteilen.
- **Rechtmäßigkeit** des Sanierungserlasses angezweifelt (FG München v. 12.12.2007, DStR 2008, 1687, n.r.kr.).

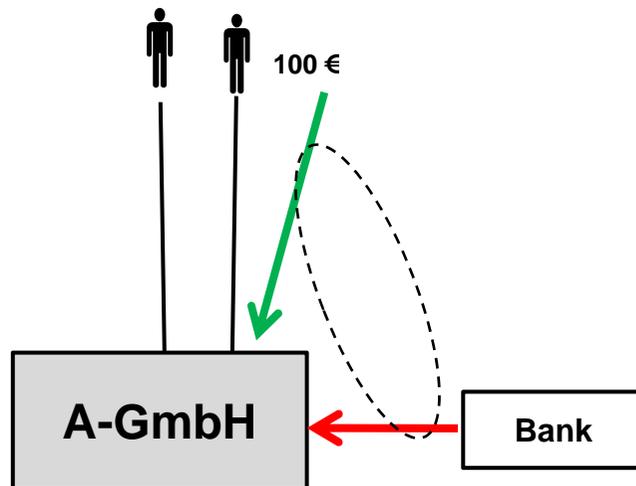
### (4) Umsetzung/Verbindliche Auskunft

- **Verbindliche Auskunft** zur Klärung vorab.
  - **Ohne verbindliche Auskunft scheitert Restrukturierung!**
- ⇒ Sehr **enger Zeitrahmen**:
- Sachverhalt „**moving target**“,
  - Verbindlichen Auskunft,
  - Beginn **Umsetzung**.

## c) Sanierungserlass

- **Körperschaftsteuer: Finanzamt, u.U. Abstimmung mit OfD/Landesamt.**
- **Gewerbsteuer**
  - Zuständigkeit der Gemeinden, 5 Betriebstätten ⇒ **5 Gemeinden .**
  - ⇒ Verbindliche Auskunft von 5 Gemeinden notwendig.
  - Keine laufende Verwaltungsangelegenheit .
  - ⇒ **Gemeinderat/Stadtrat** entscheidet.
  - ⇒ **Zustimmung von 5 Gemeinderäten in kurzer Zeitspanne notwendig!**





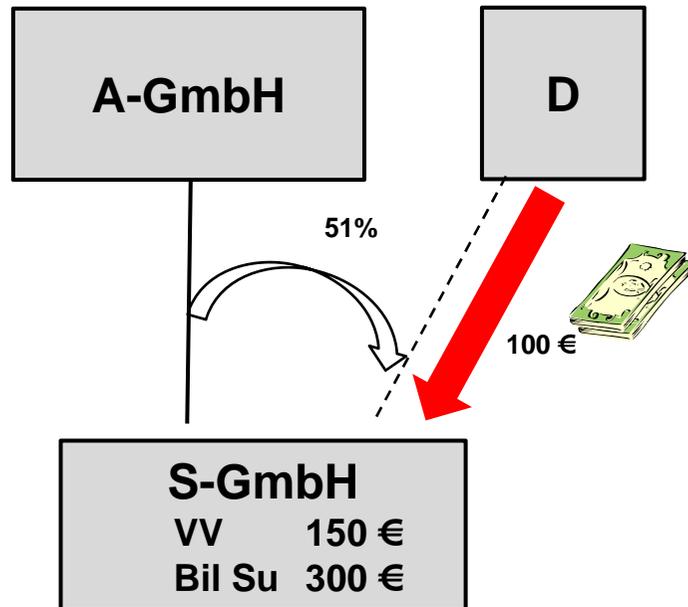
Die Gesellschafter gewähren neue Gesellschafterdarlehen (100 Mio €).

Sie sollen zusammen mit dem verbleibenden Bankdarlehen zurückgezahlt werden („Risikogemeinschaft“).

⇒ „Super Shareholder Loan“

- Nachrangigkeit Insolvenz nicht abdingbar (kein Sanierungsprivileg für Altgesellschafter).
- Bank wegen Sanierungsprivileg „vorne“.
- Vereinbarung Bank / Gesellschafter über Erlösteilung, Verkauf des Darlehens (reines Innenverhältnis).

⇒ Kann je nach Ausgestaltung (Vorrang, Gleichrang zur Bank) ggf. nur zur teilweisen Rückzahlung führen.



Die A-GmbH hält an der **S-GmbH** 100% (steuerliche Verlustvorträge 150 Mio. € Bilanzsumme 300 Mio. €). Auch die S-GmbH steht kurz vor der Insolvenz. Drei Monate vor der Sanierung der A-GmbH übernimmt der Hauptkunde D **51% der S-GmbH** für 1 € und legt **100 Mio. €** „fresh money“ ein. Der Betriebsrat ist erleichtert.

#### 1. Wirtschaftlich/Rechtlich

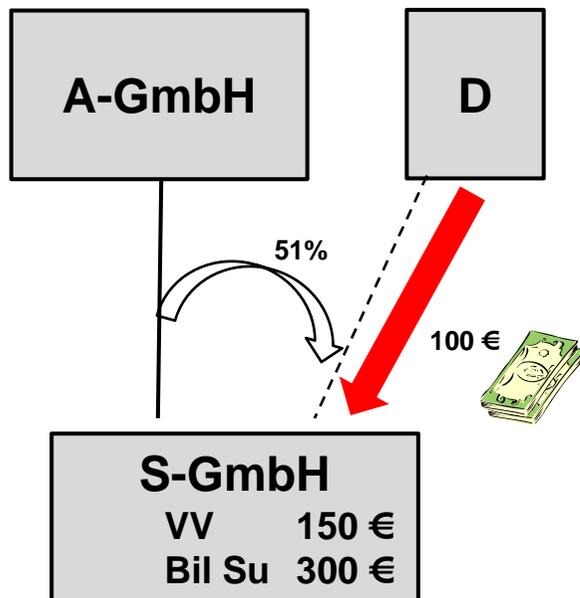
##### a) Kontrollverlust über Tochtergesellschaft

- Anpassung Gesellschaftsverträge,
- Vereinbarung/Dokumentation Intercompany-Verträge.

##### b) Auswirkung auf Finanzierungsverträge (Pfandrechte Banken, Covenants).

#### 2. Steuer: Verlustvorträge + Sanierungsprivileg

- Übertragung von 51% der Anteile ⇒ **vollständiger Verlust** der Verlustvorträge, § 8c Abs. 1 KStG.
- Hier: **Sanierungsprivileg, § 8c Abs. 1a KStG**  
(Zunächst eingeführt nur für Jahre 2008, 2009, voraussichtlich auf Dauer, s. Entwurf Wachstumsbeschleunigungsg)



#### a) Beteiligungserwerb zum Zweck der Sanierung:

- **Sanierungsbedürftigkeit:** (drohende) **Zahlungsunfähigkeit** oder **Überschuldung**.
  - Sanierungs**absicht**,
  - Sanierung**fähigkeit**/Sanierung**eignung** der Maßnahmen (ggf. Sanierungsplan),
  - Und: **Erhalt der wesentlichen Betriebsstrukturen**.
- ⇒ Neuregelung hilft allenfalls in extremen Krisensituationen.
- ⇒ Verkauf erst, **kurz bevor es zu spät ist**, nicht präventiv!

#### Steuer: Verlustvorträge + Sanierungsprivileg (Forts.)

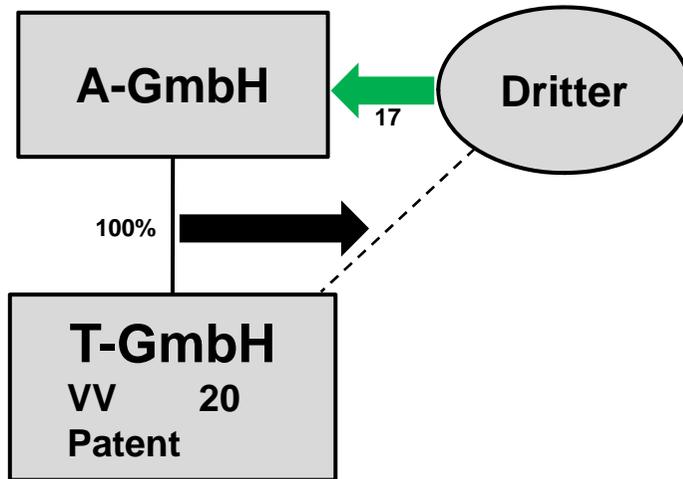
##### b) Erhalt der wesentlichen Betriebsstruktur:

- **Betriebsvereinbarung** mit Arbeitsplatzregelung wird befolgt, oder
- **Lohnsumme** in 5 Jahren nach Übertragung (kumuliert) = **400%** der Ausgangslohnsumme, Ausgangslohnsumme: Durchschnitt der letzten 5 Jahre vor Übertragung, Lohnsumme: Bruttolöhne (incl. Boni, Abfindungen etc.),  
oder
- **Zuführung wesentlichen Betriebsvermögens** (in 12 Monaten 25% der Aktivsumme).

##### c) Ausschluss:

- **Einstellung des Geschäftsbetriebes** bei Übertragung,
- **Branchenwechsel** innerhalb von **5 Jahren**,
- Rückzahlung des zugeführten Betriebsvermögens innerhalb von drei Jahren.

**Verlustvorträge** bleiben (zunächst) erhalten.



A-GmbH hält 100% an der **T-GmbH**, die sich hauptsächlich mit Forschung und Entwicklung beschäftigt. Da T-GmbH ihre **selbst entwickelten Patente steuerlich nicht aktivieren** kann, hat sie **Verlustvorträge von 20 Mio. €**. Ihr Eigenkapital beträgt **1 Mio. €**, es geht ihr nicht schlecht.

Um Liquidität zu schöpfen, verkauft A-GmbH die T-GmbH vollständig zu einem **Kaufpreis von 17 Mio. €** an einen fremden Dritten. Sie hatte die Beteiligung noch mit **20 Mio. €** aktiviert.

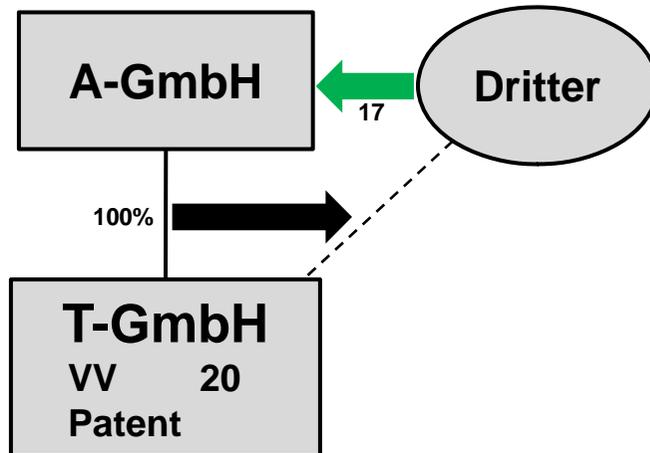
A-GmbH			
Bet T	20		

T GmbH			
Patent	0	1	EK

### 1. Finanzierungsverträge Banken beachten

- Abhängig von Aktivierungswert bei A-GmbH: Ggf. Handelsbilanzverlust (Belastung Bilanzkennzahlen bei A-GmbH),
- Sicherstellung Patentnutzung (IP-Verträge).



A-GmbH			
Bet T	20		

T GmbH			
Patent	0	1	EK

## 2. Veräußerungsverlust / Verlustvortrag

### a) Veräußerungsverlust

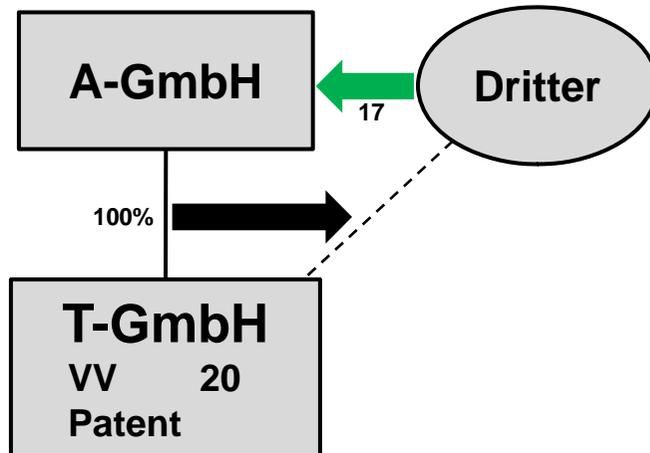
Veräußerungsverlust steuerlich nicht nutzbar, § 8b Abs. 3 KStG.

### b) Verlustvorträge

Verlustvorträge sind grundsätzlich vollständig verloren, da 100% der Anteile übertragen werden, § 8c Abs. 1 KStG.

(1) **Sanierungsprivileg**, § 8c Abs. 1a KStG, greift nicht, da kein Sanierungsfall.

(2) Neu: **Konzernklausel**, greift hier nicht.



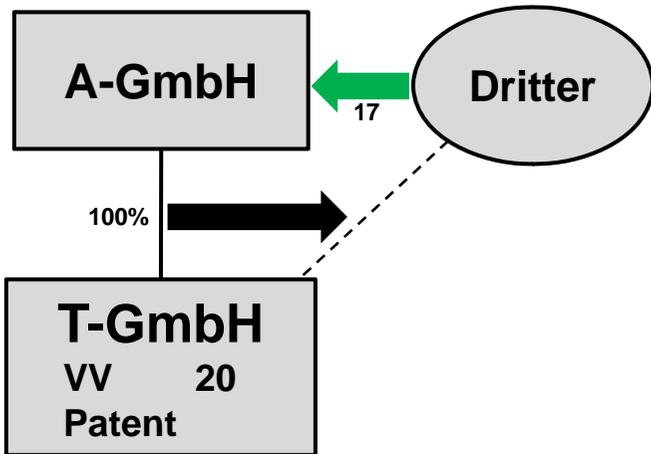
A-GmbH			
Bet T	20		

T GmbH			
Patent	0	1	EK

(3) Neu: **Stille-Reserven-Escape**

- Entwurf Wachstumsbeschleunigungsgesetz.
- Verlustvorträge gehen nicht verloren, **soweit** im Vermögen der Gesellschaft **stille Reserven** ruhen.
- Eigenkapital 1 Mio. €, Verkehrswert der Gesellschaft („equity value“) 17 Mio. €
- ⇒ **Stille Reserven 16 Mio. €.**
- ⇒ **Verlustvorträge** bleiben iHv **16 Mio € erhalten.** 4 Mio € VV gehen verloren.



A-GmbH			
Bet T	20		
T GmbH			
Patent	0	1	EK

(3) Neu: **Stille-Reserven-Escape** (Forts.)

- **Ratio:** Stille Reserven mit latenter Steuerlast ⇒ Verlustübertragung legitim.
  - **Einschränkungen:**
    - Stille Reserven in **inländischem Betriebsvermögen**.
    - Nur stille Reserven, die zu Steuerlast führen, also **nicht** in **Beteiligungen** an **Tochterkapitalgesellschaften**.
  - Gilt ab 2010 (wenn es denn kommt)
- ⇒ **Ggf. Closing laufender Transaktion verschieben!**