

# KAUF AUS DER INSOLVENZ

Dr. Johann Wagner, Gleiss Lutz  
Webinar, 15. September 2022



**FORUM**

Transaktionen im Steuerrecht e.V.

# AGENDA

---

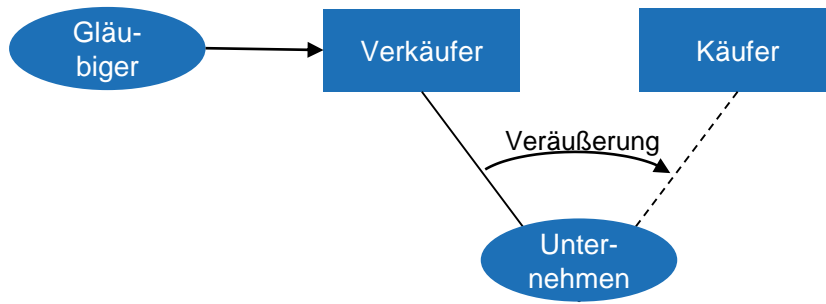
- Transaktionsstrukturen
- Asset Deal
- Share Deal
- Carve-out Deal

# AGENDA

---

- Transaktionsstrukturen
- Asset Deal
- Share Deal
- Carve-out Deal

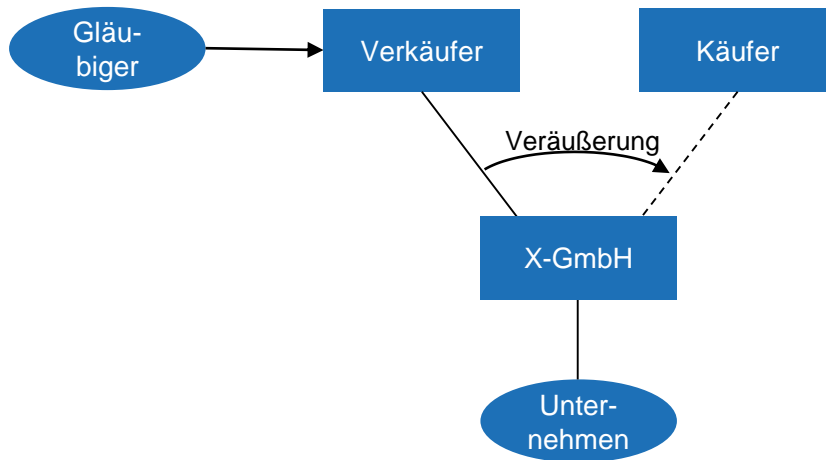
# ASSET DEAL („ÜBERTRAGENDE SANIERUNG“)



- Über das Vermögen des Verkäufers ist ein Insolvenzverfahren eröffnet
- Der Käufer erwirbt sämtliche oder einen Teil der zum Betrieb des Verkäufers gehörenden Vermögensgegenstände

# SHARE DEAL

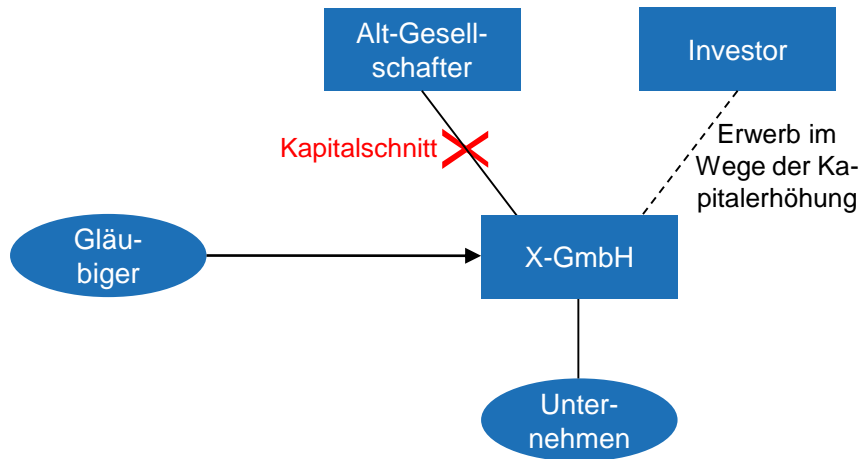
## – Grundkonstellation 1 –



- Über das Vermögen des Verkäufers ist ein Insolvenzverfahren eröffnet, über das Vermögen der Zielgesellschaft nicht
- Der Käufer erwirbt sämtliche Anteile an der Zielgesellschaft auf der Grundlage eines Kaufvertrags

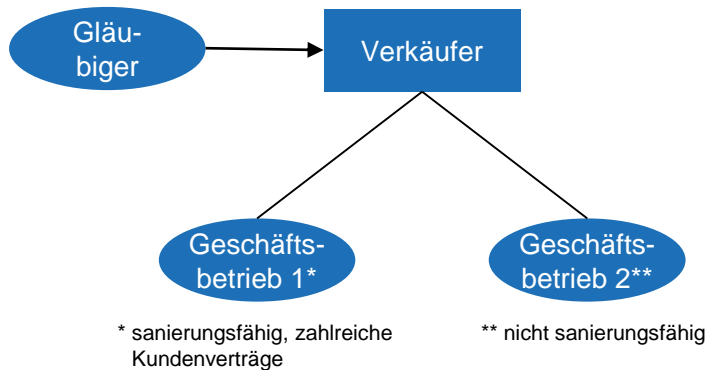
# SHARE DEAL

## – Grundkonstellation 2 –



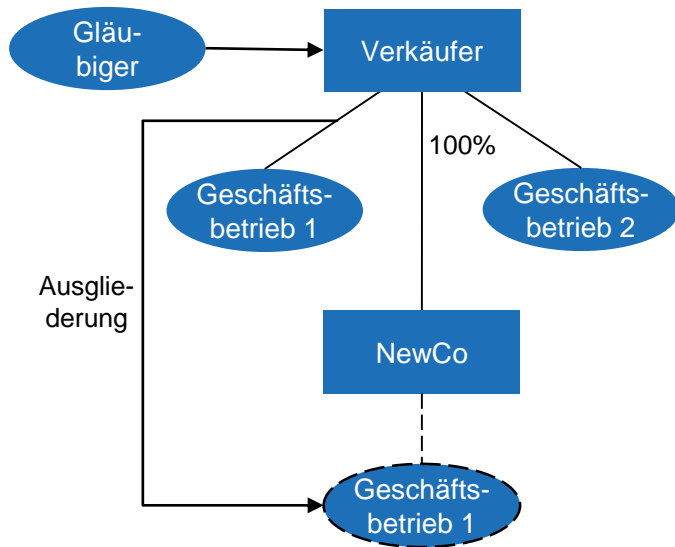
- Über das Vermögen der Zielgesellschaft ist ein Insolvenzverfahren eröffnet
- Im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens verlieren die Alt-Gesellschafter ihre Anteile durch einen Kapitalschnitt
- Der Investor erwirbt neue Anteile an der Zielgesellschaft im Zuge einer Kapitalerhöhung

# CARVE-OUT DEAL (1/3)



- Über das Vermögen des Verkäufers ist ein Insolvenzverfahren eröffnet
- Nur ein Teil des Gesamtunternehmens („Geschäftsbetrieb 1“) ist sanierungsfähig
- Für einen Erwerb des Gesamtunternehmens gibt es keine Interessenten (→ daher scheidet „Share Deal“ im Rahmen eines Insolvenzplans aus)
- Ein Asset Deal bezüglich des sanierungsfähigen Teils ist wegen der Kundenverträge nicht möglich

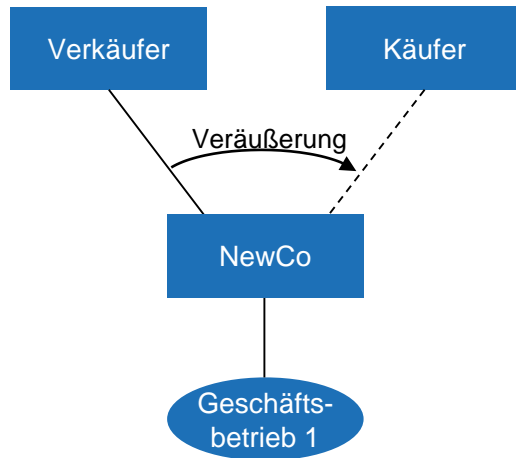
# CARVE-OUT DEAL (2/3)



- Im Rahmen eines Insolvenzplanverfahrens erlassen die Gläubiger gegenüber dem Verkäufer ihre Forderungen
- Der sanierungsfähige Unternehmensteil wird auf die NewCo ausgegliedert, damit gehen die Kundenverträge über, ohne dass die Vertragspartner zustimmen müssten
- Der nicht sanierungsfähige Unternehmensteil wird abgewickelt



# CARVE-OUT DEAL (3/3)



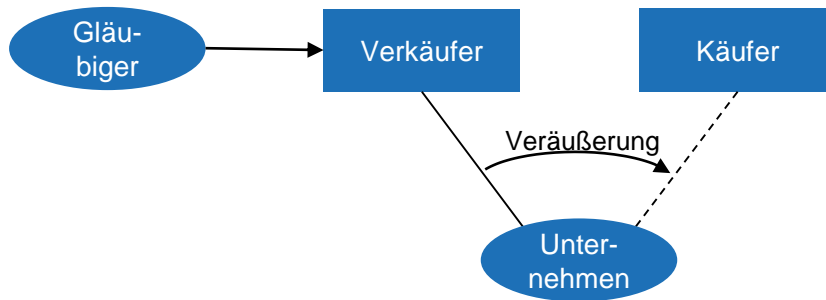
- Der Käufer erwirbt sämtliche Anteile an der NewCo auf der Grundlage eines Kaufvertrags
- Der Kaufpreis dient der Befriedigung der Gläubiger entsprechend der Planquote

# AGENDA

---

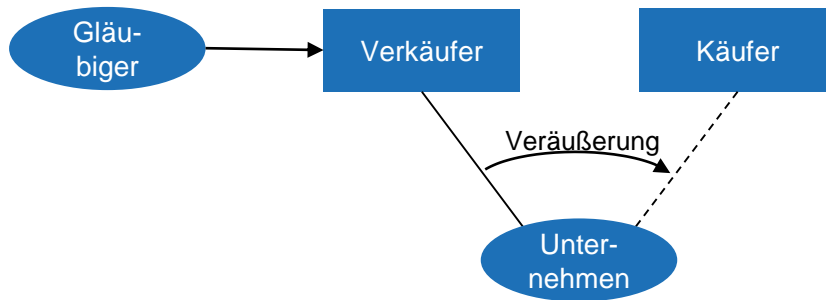
- Transaktionsstrukturen
- Asset Deal
- Share Deal
- Carve-out Deal

## – Umsatzsteuerliche Einordnung (1/2) –



- Veräußerung des Assets nicht umsatzsteuerbar, wenn Geschäftsveräußerung i.S.d. § 1 Abs. 1a UStG
  - Änderung des Zuschnitts oder Modernisierung des Betriebs unschädlich, kein „lebendes Unternehmen“ erforderlich (Abschn. 1.5 Abs. 1a UStAE)
  - Sofortige Abwicklung durch Erwerber schließt Geschäftsveräußerung aus (Abschn. 1.5 Abs. 1a UStAE)
- Wenn keine Geschäftsveräußerung vorliegt, grundsätzlich mehrere steuerbare Lieferungen und sonstige Leistungen

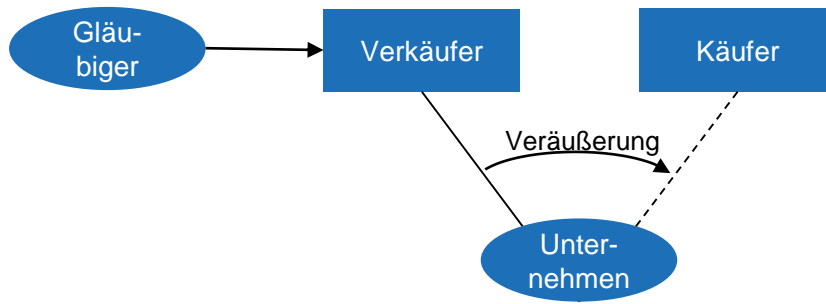
## – Umsatzsteuerliche Einordnung (2/2) –



- Sonderfall: negativer Kaufpreis
  - Zu prüfen, ob Käufer sonstige Leistung an Verkäufer erbringt (z.B. Übernahme von Bürgschaften für bestimmter Verbindlichkeiten oder konkrete Verpflichtungen zur Unternehmensfortführung)
  - Veräußerung des Geschäftsbetriebs kann dann nicht steuerbare Beistellung sein
- Eindeutige Formulierung im APA zur Vermeidung von Unklarheiten zu empfehlen

# ASSET DEAL

## – Haftung für Steuern des Verkäufers –

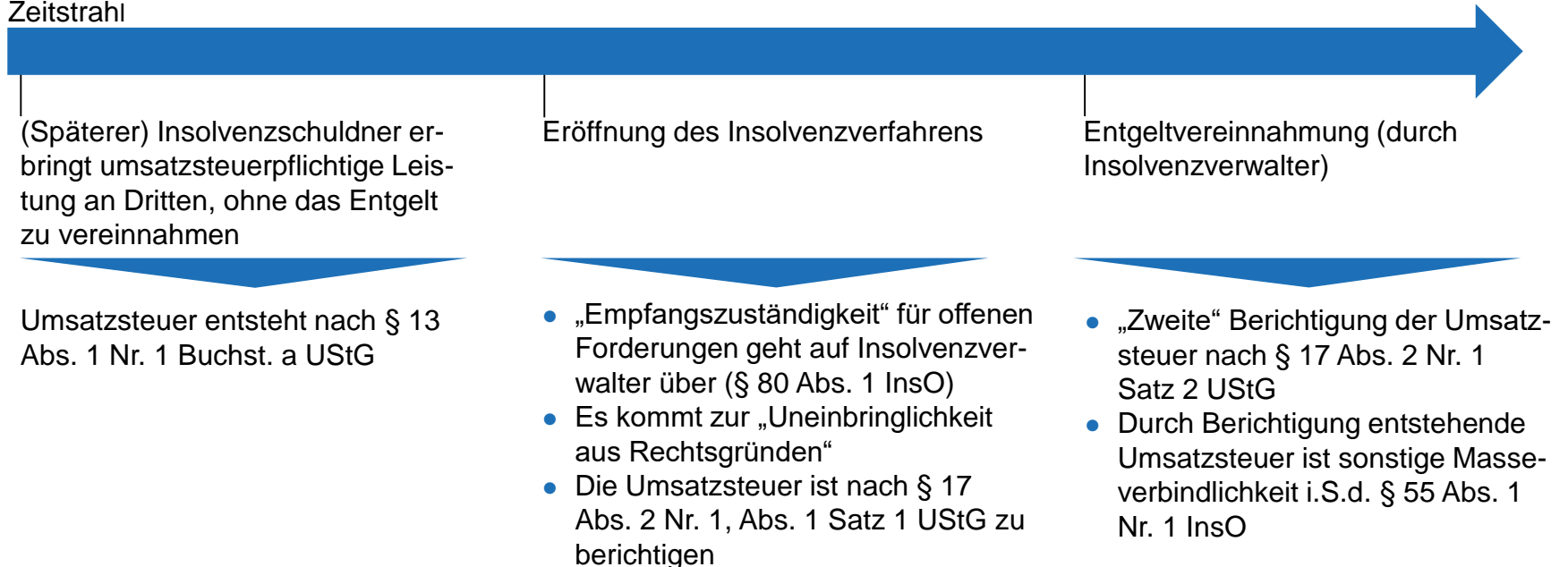


- Keine Haftung des Käufers nach § 25 HGB oder § 75 AO bei Erwerb aus der Insolvenz; etwas anderes gilt bei Erwerb im Insolvenzeröffnungsverfahren
- Bei Erwerb von Forderungen: Haftung nach § 13c UStG (praktische Bedeutung beim Kauf aus der Insolvenz gering)
- Unter Umständen Haftung bei Rückforderung rechtswidriger Beihilfen (vgl. EuGH, UrT. v. 2.9.2021 – C-647/19 P (Nürburgring))
  - Bedeutung der Durchführung eines Bieterverfahrens; Due Diligence

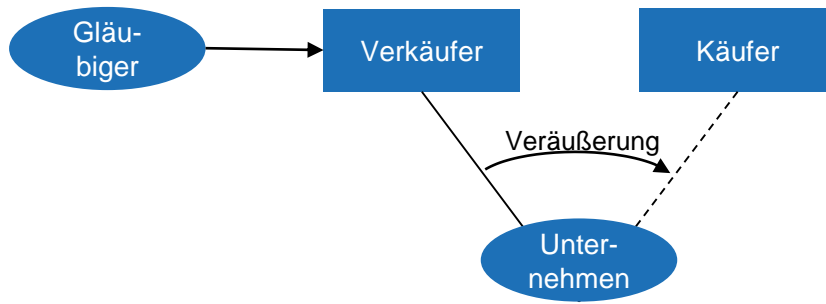
# ASSET DEAL

## – Umsatzsteuerberichtigung nach § 17 UStG (1/2) – Abschn. 17.1 Abs. 11 UStAE

Zeitstrahl

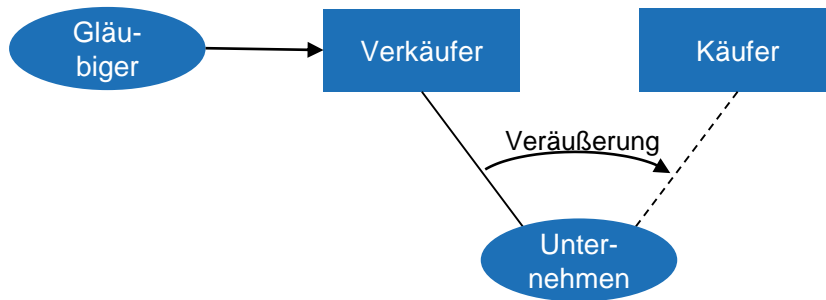


## – Umsatzsteuerberichtigung nach § 17 UStG (2/2) –



- Nicht abschließend geklärt, ob Erwerber i.R. einer Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a Satz 3 UStG die (latente) Berichtigungspflicht übernimmt (obiter dictu zustimmend BFH, Urt. v. 7.12.2006 – VR 2/05; ebenfalls zustimmend Rau/Dürrwächter/Nieskens, §1, Rn. 1353; ablehnend Rau/Dürrwächter/Stadie, § 2 Rn. 758)
- Steuerklausel zur Verhinderung von Double-Dips

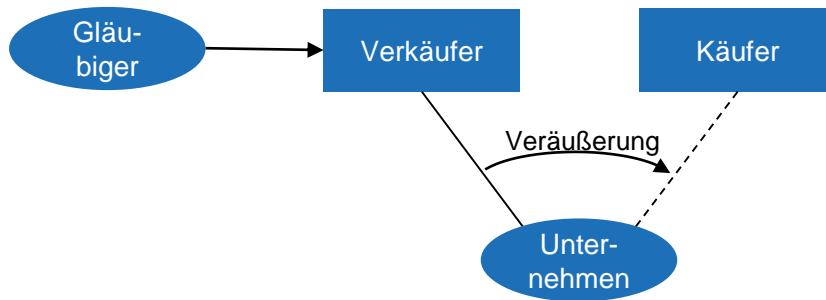
## – Negativer Kaufpreis (1/3) –



- Der vom Käufer gezahlte Kaufpreis liegt unterhalb des steuerlichen Buchwerts des erworbenen Asset oder der Verkäufer leistet an den Erwerber sogar eine Zuzahlung
- Abgrenzung zum Entgelt für Leistung des Erwerbers an den Verkäufer
- Bei „echtem“ negativem Kaufpreis erfolgsneutrale Verbuchung beim Erwerber (vorbehaltlich § 5 Abs. 7 EStG)

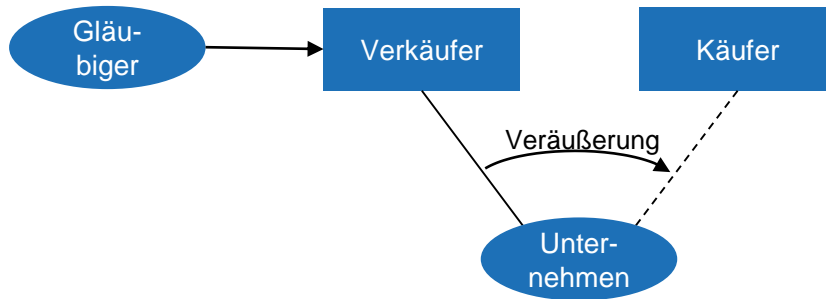


## – Negativer Kaufpreis (2/3) –



- Allokation des Differenzbetrags zwischen steuerbilanzielltem Eigenkapital und negativem Kaufpreis nach der „umgekehrten Stufentheorie“:
  - Stufe 1: Passivierung übernommener Einzelverpflichtungen in der Eröffnungsbilanz; Anwendung von § 5 Abs. 7 EStG in der Folgebilanz
  - Stufe 2: Abstockung (wohl) nach dem Verhältnis der Teilwerte; Ausnahme: keine Abstockung von Cash und Bankguthaben (BFH, Urt. v. 12.12.1996 – IV R 77/93); Problem insbesondere beim Umlaufvermögen (z.B. Vorräte)
- Lösung: Erwerb durch verschiedene Gesellschaften?

## – Negativer Kaufpreis (3/3) –



- Stufe 3: Bildung eines passiven Ausgleichspostens i.H.d. verbleibenden Differenzbetrags, Folgebewertung str.:

- Nach BFH, Urt. v. 12.12.1996 - IV R 77/93 mit zukünftigen Verlusten zu verrechnen und spätestens bei Beendigung des Betriebs gewinnerhöhend aufzulösen
- Nach FG Düsseldorf, Urt. v. 15.12.2010 – 15 K 2784/09 F, kommt es darauf an, inwieweit der Erwerber künftige Verluste wirtschaftlich tragen soll: insoweit keine Auflösung des passiven Ausgleichspostens

[s. dazu auch Prinz, DB 2020, 2145]

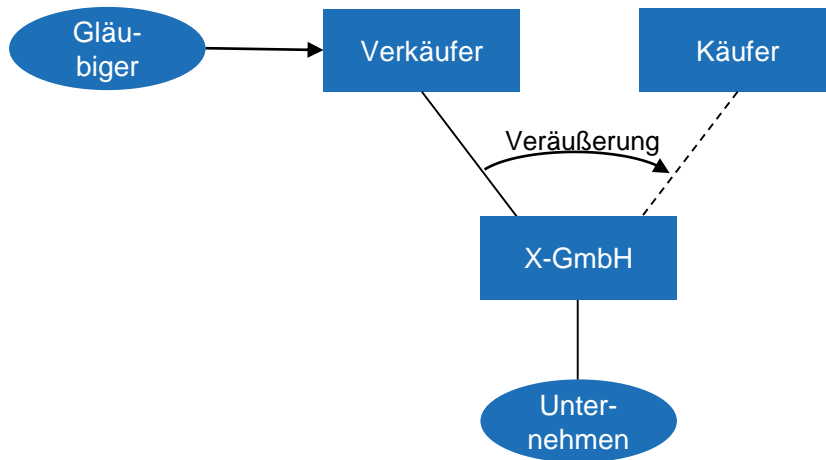
# AGENDA

---

- Transaktionsstrukturen
- Asset Deal
- Share Deal
- Carve-out Deal

# SHARE DEAL – GRUNDKONSTELLATION 1

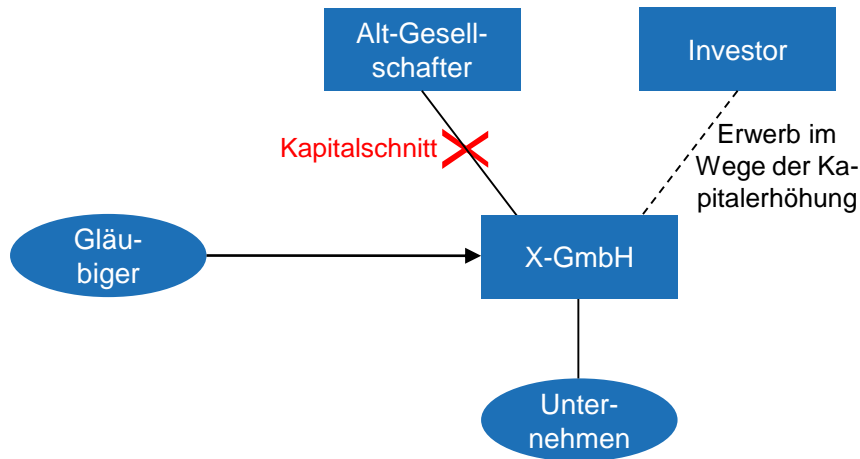
## – Steuerrisiken aus der Vergangenheit –



- Steuerrisiken gehen wirtschaftlich auf den Käufer über
- Insolvenzverwalter gewährt typischerweise keine Freistellung
- Bedeutung von Tax Due Diligence und W&I-Versicherung entsprechend hoch
- Spezifische Risikofelder:
  - Haftung nach § 73 AO
  - Sperrfristen nach § 22 UmwStG
  - Untergang Verlustvorträge, §§ 8c, 8d KStG
  - Teilwertabschreibungen
  - Umsatzsteuerberichtigungen nach § 17 UStG

# SHARE DEAL – GRUNDKONSTELLATION 2

## – Besonderheiten beim Erwerb i.R. eines Insolvenzplans –

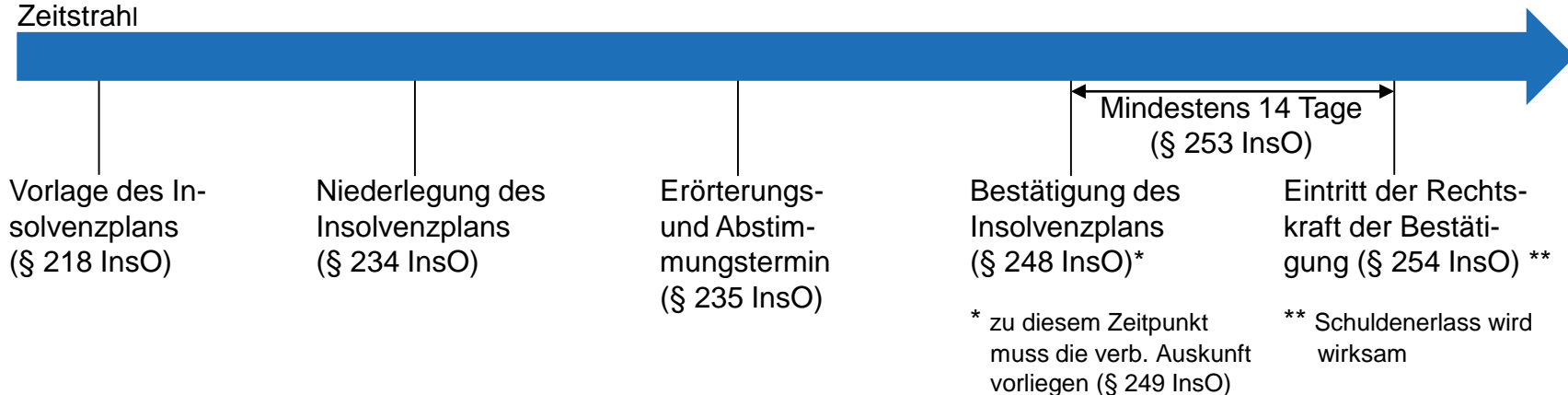


- Steuerverbindlichkeiten, die als Insolvenzforderungen qualifizieren, sind grundsätzlich Gegenstand des Schuldnererlasses
- Bezüglich Masseverbindlichkeiten gelten dieselben Grundsätze wie beim „normalen“ Share Deal (Grundkonstellation 1)
  - Tax Due Diligence und W&I-Versicherung von großer Bedeutung
- Im Hinblick auf Sanierungsgewinn Erteilung einer verbindlichen Auskunft zur Anwendbarkeit von §§ 3a EStG, 7b GewStG regelmäßig Planbedingung

# SHARE DEAL – GRUNDKONSTELLATION 2

## – Der maßgebliche Zeitpunkt für die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen –

Zeitstrahl



These: Die Voraussetzungen des § 3a EStG müssen bei Bestätigung des Plans vorliegen; spätere Veränderungen des Sachverhalts sind ohne Relevanz

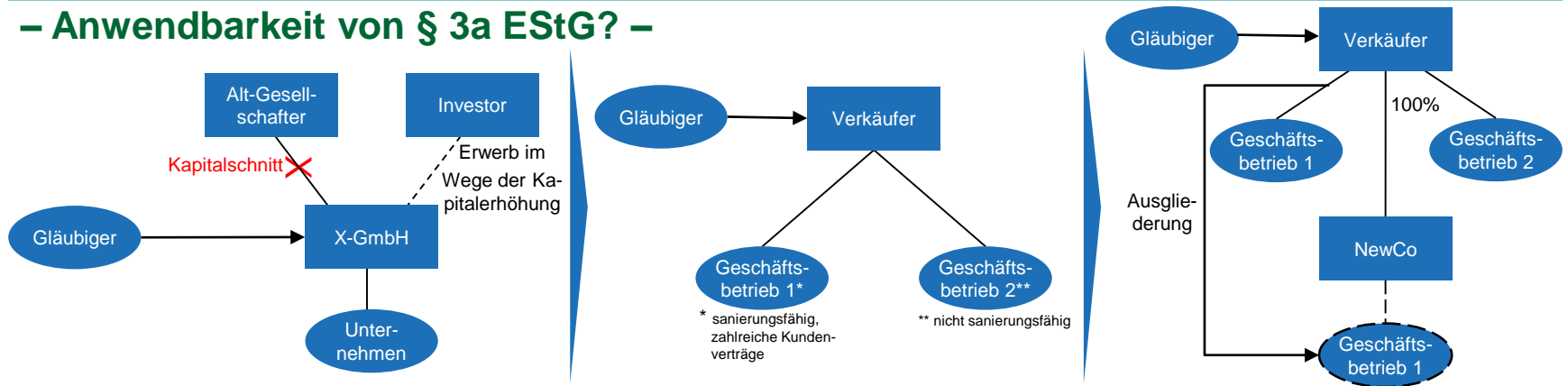
# AGENDA

---

- Transaktionsstrukturen
- Asset Deal
- Share Deal
- Carve-out Deal

# CARVE-OUT DEAL (1/2)

## – Anwendbarkeit von § 3a EStG? –



- Nicht abschließend geklärt, ob Nachhaftung nach § 133 UmwG für Ausgliederung aus Gesellschaft, über deren Vermögen im Insolvenzverfahren eröffnet ist, ausgeschlossen ist
- Daher Schuldenerlass beim Verkäufer erforderlich, ebenso verbindliche Auskunft über Anwendbarkeit von §§ 3a EStG, 7b GewStG
- Fragen: (i) Anwendbarkeit von §§ 3a EStG, 7b GewStG bei übertragender Sanierung?  
(ii) I.R.d. § 3a EStG Unternehmenskontinuität erforderlich?



# EXKURS: DIE TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN DES § 3A EStG

---

- (1) Betriebsvermögensmehrungen [...] aus einem Schuldenerlass zum Zwecke einer **unternehmensbezogenen** Sanierung im Sinne des Absatzes 2 (Sanierungsvertrag) sind steuerfrei. [...]
- (2) Eine **unternehmensbezogene** Sanierung liegt vor, wenn der Steuerpflichtige für den Zeitpunkt des Schuldenerlasses die Sanierungsbedürftigkeit und die Sanierungsfähigkeit des Unternehmens, die Sanierungseignung des betrieblich begründeten Schuldenerlasses und die Sanierungsabsicht der Gläubiger nachweist.

# CARVE-OUT DEAL (2/2)

## – Anwendbarkeit von § 3a EStG? –

- Unternehmensbezogene Sanierung und betriebliche Begründetheit:
  - Laut Sanierungserlass (BMF-Schreiben v. 27.3.2003 – IV A 6-S 2140 – 8/03) ist im Fall der übertragenden Sanierung von einem betrieblichen Interesse auszugehen, sofern der Schuldenerlass erforderlich ist, um das Nachfolgeunternehmen von der Inanspruchnahme für Schulden des Vorgängerunternehmens freizustellen
  - Laut Verfügung des OFD Niedersachsen v. 12.7.2017 (S 2140-8-St 244) ist bei einer übertragenden Sanierung von einem betrieblichen Interesse grundsätzlich nur dann auszugehen, wenn die übernehmende Gesellschaft neu gegründet wird (bei nicht neu gegründeter Gesellschaft muss betriebliches Interesse positiv dargelegt werden)
- Erfordernis der Unternehmenskontinuität – These:
  - Bei der Bestimmung der Sanierungsfähigkeit des Unternehmens und der Sanierungseignung des Schuldenerlasses sind an die Unternehmenskontinuität keine hohen Anforderungen zu stellen
  - Es genügt, wenn einzelne Teile des Unternehmens in ihrem Zusammenhang erhalten bleiben, selbst wenn sie bei wertender Betrachtung nicht den Kern des ursprünglichen Unternehmens bilden oder quantitativ nur einen Bruchteil des ursprünglichen Unternehmens ausmachen