

Herrn
Ministerialrat
Dr. Wimmer
Bundesministerium der Justiz
Mohrenstraße 37
10117 Berlin

per Email jahntz-ka@bmj.bund.de

Düsseldorf, 29. Oktober 2010

159

Institut der Wirtschaftsprüfer
in Deutschland e. V.

Wirtschaftsprüferhaus
Tersteegenstraße 14
40474 Düsseldorf
Postfach 32 05 80
40420 Düsseldorf

TELEFONZENTRALE:
+49 (0)211 / 45 61 - 0

FAX GESCHÄFTSLEITUNG:
+49 (0)211 / 454 10 97

INTERNET:
www.idw.de

E-MAIL:
info@idw.de

BANKVERBINDUNG:
Deutsche Bank AG Düsseldorf
BLZ 300 700 10
Kto.-Nr. 7480 213

Stellungnahme zum Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen

Sehr geehrter Herr Dr. Wimmer,

wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen.

Das IDW begrüßt das Vorhaben, das deutsche Insolvenzrecht umfassend zu reformieren und unterstützt die Zielsetzung des Gesetzentwurfs, die Sanierung von Unternehmen zu erleichtern und damit zum Erhalt von Arbeitsplätzen beizutragen. Bisher wurden Insolvenzanträge oft zu einem sehr späten Zeitpunkt – etwa in der Liquiditätskrise – gestellt. Eine Sanierung ist dann aber oft erschwert oder gar aussichtslos. Insofern ist es folgerichtig, dass die Reform der Insolvenzordnung auf die frühzeitige Sanierung von Unternehmen abzielt.

Die im Diskussionsentwurf vorgesehene Stärkung der Eigenverwaltung und des Gläubigereinflusses sowie der Ausbau des Insolvenzplanverfahrens sind grundsätzlich dazu geeignet, die Beantragung des Insolvenzverfahrens vorzuverlagern, um die Voraussetzungen für eine Restrukturierung im Insolvenzplanverfahren und damit für die Fortführung von sanierungsfähigen Unternehmen zu verbessern.

Da komplexe Insolvenzverfahren zudem ein sehr spezifisches juristisches, aber auch wirtschaftliches Verständnis erfordern, begrüßt das IDW auch die stärkere Konzentration von gerichtlichen Zuständigkeiten. Durch die wiederholte Be-

GESCHÄFTSFÜHRENDER VORSTAND:
Prof. Dr. Klaus-Peter Naumann,
WP StB, Sprecher des Vorstands;
Dr. Klaus-Peter Feld, WP StB CPA;
Manfred Hamannt, RA

Seite 2/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

handlung ähnlicher Fälle werden Erfahrungen aufgebaut und die Verfahren bei Gericht weiter verbessert. Aus den gleichen Gründen regen wir an, die gerichtlichen Zuständigkeiten nicht nur bei Unternehmensinsolvenzen, sondern auch bei Verbraucherinsolvenzen zu bündeln.

Ein wesentlicher Grund für die oft zu spät gestellten Insolvenzanträge ist, dass ein Insolvenzantrag mit dem Stigma des Scheiterns belegt ist. Nach unserer Erfahrung antizipieren die Antragsteller, dass das Bekanntwerden eines Insolvenzantrages die Krise verschärft, weil Kreditlinien von den Banken fällig gestellt werden und Investoren sowie Lieferanten das betroffene Unternehmen meiden. Solche Probleme sind im Rahmen (gerichtlicher) Insolvenzverfahren unter Einbindung aller Gläubiger kaum lösbar. Insofern spricht sich das IDW dafür aus, die zusätzliche Möglichkeit eines – im Schrifttum intensiv diskutierten – vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahrens weiterhin zu prüfen.

Um das Ziel des Gesetzes, d.h. eine möglichst frühzeitige Sanierung von Unternehmen, erreichen zu können, halten wir – über die im Gesetzentwurf genannten Neuregelungen hinaus – weitere Reformschritte für erforderlich. Insofern umfassen die folgenden Ausführungen nicht nur Anmerkungen zu den im Diskussionsentwurf enthaltenen Regelungen, sondern auch Verbesserungsvorschläge für im Gesetzentwurf bisher nicht adressierte Problembereiche.

1. Insolvenzantragsrecht bzw. -pflicht bei Überschuldung

Zunächst möchten wir nachdrücklich darauf hinweisen, dass auch der gegenwärtig nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008 geltende Überschuldungsbegriff generell und auch vor dem Hintergrund der im Diskussionsentwurf enthaltenen Reformvorschläge höchst problematisch ist, da eine drohende Zahlungsunfähigkeit (Antragsrecht) zu einer negativen Fortbestehensprognose führt und damit regelmäßig auch eine Überschuldung unter Ansatz von Liquidationswerten festzustellen ist, die dann die Antragspflicht auslöst. Da durch diesen Zusammenhang das Antragsrecht bei drohender Zahlungsunfähigkeit in den meisten Fällen zu einer Antragspflicht wegen Überschuldung führt, laufen die Regelungen, die auf die drohende Zahlungsunfähigkeit abstellen, ins Leere.

Nach dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008 gilt der derzeitige Überschuldungsbegriff nur bis zum 31.12.2013. Danach soll wieder die vorhergehende Fassung des § 19 Abs. 2 InsO in Kraft treten, sodass eine Gesellschaft auch bei Vorliegen einer bestehenden und prognostizierten Zahlungsunfähigkeit (positive Fortbestehensprognose) bei Vorliegen bestimmter Indikatoren

Seite 3/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

(z.B. bilanzieller Ausweis eines nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrages) gleichwohl überprüfen muss, ob eine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegt. Je näher der Zeitpunkt des 31.12.2013 rückt, umso dringlicher stellt sich die Frage, wie sich eine für die Zeit ab dem 01.01.2014 prognostizierte insolvenzrechtliche Überschuldung auf die Zeit bis zum 31.12.2013 auswirkt. Durch eine prognostizierte Überschuldung ab dem 01.01.2014 ergibt sich dann nämlich für die Jahre zuvor eine negative Fortbestehensprognose, sodass die gesetzgeberische Intention, dass Gesellschaften bis zum 31.12.2013 jedenfalls nicht wegen einer Überschuldung insolvenzantragspflichtig werden sollten, nicht zum Tragen kommt.

Eine grundlegende Abschaffung des Überschuldungstatbestandes würde eine gleichzeitige und korrespondierende Änderung der gesellschaftsrechtlichen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften voraussetzen. Ohne eine solche tiefgreifende Änderung ließe sich das mit der Befristung des § 19 Abs. 2 InsO einhergehende Problem durch die folgende Neuregelung vermeiden:

Im Gesetz müsste vorgesehen werden, dass eine Insolvenzantragspflicht auch bei rechnerischer Überschuldung nur dann besteht, wenn eine Fortführungsprognose negativ ausfällt. Gleichwohl sollte die Geschäftsführung berechtigt sein, auch bei positiver Fortführungsprognose einen Insolvenzantrag zu stellen, wenn sich bei der Bewertung des Vermögens selbst zu Fortführungswerten eine rechnerische Überschuldung ergibt. Dies unterstützt eine frühzeitige Insolvenzeröffnung und ermöglicht eher Sanierungen aus der Insolvenz heraus. Zudem entschärft sich die im Markt mit einem Insolvenzverfahren einhergehende Stigmatisierung.

Für den Fall, dass der Gesetzgeber den o.g. Vorschlag nicht aufgreift, sollte zumindest sichergestellt werden, dass bei einem Übergang auf den alten Überschuldungsbegriff ab dem 01.01.2014 bei Bestehen einer (rechnerischen) Überschuldung trotz gegebener und prognostizierter Zahlungsfähigkeit (positive Fortbestehensprognose) eine mehrjährige Übergangsfrist geschaffen wird, in der die Vermögensunterdeckung beseitigt werden muss; erst bei erfolglosem Ablauf dieser Frist wäre ein Insolvenzantrag zu stellen.

Eine solche Regelung würde die Auslegung erlauben, dass es für die Gesellschaft nicht erforderlich ist, bis zum 31.12.2013 eine Wiederauffüllung der Deckungslücke erreicht zu haben, wenn sie in der Lage ist, ihren Zahlungspflichten nachzukommen. Für das Ende der Übergangszeit würde dann jedoch nur noch die Auslegung möglich sein, dass eine vollständige Vermögensdeckung plangemäß wiederhergestellt sein muss.

Seite 4/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

2. Bestellung eines Insolvenzverwalters

Die klarstellenden Regelungen zur Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters und zur Stärkung der Gläubigerrechte in § 56 InsO-E werden vom IDW begrüßt. Insbesondere unterstützt das IDW die mit diesem Vorschlag verbundene erhebliche Stärkung der Gläubigerbeteiligung bei der Auswahlentscheidung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters, die im Einklang mit den Zielen der Insolvenzordnung steht (§ 1 InsO).

Gerade in der Zeit kurz vor und kurz nach Verfahrenseröffnung werden wichtige, für die Unternehmensfortführung maßgebliche Entscheidungen getroffen. Hier müssen die Gläubiger das Vertrauen in die Person des Insolvenzverwalters haben, dass er seine Legitimation nicht allein aus der gerichtlichen Bestellung herleitet, sondern eine von der Gläubigermehrheit getragene teamfähige Person ist. Der Insolvenzverwalter ist Treuhänder der Gläubiger und der übrigen Beteiligten, nicht Vollstrecker im Auftrag des Insolvenzgerichts. Er muss in der Lage sein, mit der Geschäftsführung im Interesse aller zusammenzuarbeiten.

Indes erscheint zweifelhaft, ob die in § 56 InsO-E vorgesehenen Regelungen der Gläubigerbeteiligung im Rahmen des als Eilverfahren ausgestalteten Insolvenzeröffnungsverfahrens praktikabel sind. Insbesondere in Fällen der Betriebsfortführung, bei denen es um eine schnelle Entscheidung des Insolvenzgerichts geht, bleibt regelmäßig keine oder wenig Zeit für eine förmliche Gläubigeranhörung.

Unabhängig von diesen Vorbehalten sollte nach Auffassung des IDW in § 56 Abs. 2 InsO-E klargestellt werden, dass den wesentlichen Gläubigern vor Bestellung des (vorläufigen) Insolvenzverwalters Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben ist. Die Anhörung hat das Insolvenzgericht in der ihm geeignet erscheinenden Art vorzunehmen (§ 284 Satz 2 ZPO). In Betracht kommen hierbei die telefonische oder schriftliche Anhörung sowie in Ausnahmefällen die Anhörung vor dem Insolvenzgericht (sog. Detmolder Modell).

Die in § 56 Abs. 2 InsO-E vorgesehene Aufhebung der Verpflichtung, den vorläufigen Gläubigerausschuss oder die wesentlichen Gläubiger anzuhören, wenn eine Sanierung des Schuldners offensichtlich aussichtslos ist, sollte abgeändert werden, indem das Wort „Sanierung“ durch „Betriebsfortführung“ ersetzt wird. Ob eine Sanierung von vornherein aussichtslos ist, lässt sich in diesem frühen Stadium nicht beurteilen. Ob die Betriebsfortführung aussichtslos ist, jedoch schon. Die Betriebsfortführung ist die Grundlage für die spätere Sanierung.

Nach § 56 Abs. 2 InsO-E soll das Gericht im Regelfall jenen Insolvenzverwalter auswählen, den die Summenmehrheit der Gläubiger vorschlägt. Das Abstellen

Seite 5/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

auf die Summenmehrheit ist grundsätzlich zu begrüßen. Zwar besteht ein Widerspruch zu § 57 Satz 2 InsO, wonach neben der Summenmehrheit zusätzlich die Kopfmehrheit als weitere Voraussetzung zur Sicherung der Rechte von Kleingläubigern eingeführt worden ist; indes ist nach Auffassung des IDW die Herstellung der Kopfmehrheit und der Summenmehrheit zur Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters nicht praktikabel. Da in dem vorläufigen Eilverfahren zur Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters die Erlangung der Kopfmehrheit z.B. allein durch die Arbeitnehmer erreicht werden könnte, also die Erlangung der Kopfmehrheit in diesem frühen Verfahrensstadium eher zufällig ist, erscheint es trotz des genannten Widerspruchs und trotz einer erhöhten Gefahr der Abhängigkeit von einzelnen Großgläubigern als sachgerecht, allein auf die Summenmehrheit des vorgelegten Verzeichnisses gemäß § 13 Satz 2 InsO-E abzustellen.

Es sollte klargestellt werden, dass Gläubiger im Sinne der Vorschrift sämtliche Gläubiger sind, unabhängig davon, ob und inwieweit diese nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu den aus-, absonderungsberechtigten, Masse- oder Insolvenzgläubigern gehören. Der Ermittlung der Summenmehrheit soll das vom Geschäftsführer nach § 13 Abs. 1 InsO-E einzureichende Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen als zutreffend zugrunde gelegt werden, da die Forderungen weder angemeldet noch geprüft sind.

Insgesamt ist die Regelung des § 56 Abs. 1 Satz 3 InsO-E zu begrüßen, wonach klargestellt wird, dass eine Benennung durch Schuldner oder Gläubiger sowie eine Tätigkeit für den Schuldner die Unabhängigkeit nicht ausschließen, soweit dabei nicht auf die Geschäftsführung Einfluss genommen wird.

Ergänzend sollte überlegt werden, ob diese Abgrenzung auch für den Sachwalter angemessen ist, für dessen Bestellung (§ 270a InsO-E) die Regelung in § 56 InsO-E entsprechend gilt, wonach der Sachwalter ausschließlich die Interessen der Gläubiger zu vertreten hat. Dies könnte eine noch weiter gehende Regelung für die Unabhängigkeit geboten erscheinen lassen. Daher sollte erwogen werden, dass für ihn jegliche Vorbefassung mit Angelegenheiten der Gesellschaft zu einem Ausschluss führt.

3. Juristische Personen als Insolvenzverwalter

Das IDW sieht es ergänzend als geboten an, die begrüßenswerte Neuregelung des Insolvenzverfahrens zum Anlass zu nehmen, noch einmal die bereits im Gesetzgebungsverfahren vor dem 01.01.1999 diskutierte Frage aufzugreifen,

Seite 6/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

ob sachgerechterweise nicht auch eine Bestellung von juristischen Personen zum Insolvenzverwalter möglich werden soll.

Die Materialien zur InsO sahen zunächst auch die Möglichkeit vor, dass eine juristische Person zum Insolvenzverwalter bestellt werden kann (vgl. Begründung zu § 65 RegE, BR-Drucks. 1/92, S. 127). Auf Empfehlung des Rechtsausschusses wurde entschieden, dass nur natürliche Personen mit den Aufgaben des Insolvenzverwalters betraut werden könnten (BT-Drucks. 12/7302, S. 161).

Die neueren Kommentierungen zu § 56 InsO (statt vieler: Uhlenbruck, InsO, 13. Auflage 2010, zu § 56 InsO) zeigen sehr deutlich, welche hohen professionellen Anforderungen an einen Insolvenzverwalter zu stellen sind. Der nur geringe Anteil von Fortführungen hängt zum Teil auch damit zusammen, dass als Einzelpersonen agierenden Insolvenzverwaltern wichtige Wissens- und Erfahrungsbausteine zur Fortführung von Unternehmen fehlen. Neben insolvenzrechtlicher Expertise bedarf es mehr denn je der Expertise in der Führung von krisenbefangenen Unternehmen. Hinzu kommen unerlässliche Kenntnisse über betriebswirtschaftliche und in hohem Maße auch steuerliche Zusammenhänge.

Schon heute zeigt sich, dass der einzelne und auf sich gestellte Insolvenzverwalter über diese Fähigkeiten nur in einfach gelagerten Fällen verfügen kann. Mit zunehmender Unternehmenskomplexität ist der Insolvenzverwalter auf die interdisziplinäre Expertise weiterer Personen angewiesen. Das in der Insolvenzordnung verfestigte Leitbild der natürlichen Person, die alle Fähigkeiten eines Insolvenzverwalters in sich vereinigt, ist schon heute kein realistisches Abbild der Wirklichkeit mehr. Alle namhaften Insolvenzsrechtskanzleien sind interdisziplinär ausgerichtet.

Unter Wiederholung der im Zuge der Insolvenzsrechtsreform vorgetragenen Argumente regen wir an zu bestimmen, dass auch die in Spezialgesetzen näher geregelten juristischen Personen (Rechtsanwaltsgesellschaften, Wirtschaftsprüfungsgesellschaften und Steuerberatungsgesellschaften) zum Insolvenzverwalter bestellt werden dürfen. Dabei gilt es sicherzustellen, dass die handelnden Personen – ähnlich wie es bislang auch in der Abschlussprüfung geschieht – für ihr Tun oder Unterlassen persönlich haften.

4. Regelungen zum Insolvenzplanverfahren

Nach der Gesetzesbegründung soll der Ablauf des Insolvenzplanverfahrens bis zur Bestätigung des Insolvenzplans gestrafft werden. Dazu werden die Voraussetzungen für die Einlegung von Rechtsmitteln konkretisiert. Kern der Novellierung ist die Einbindung der Gesellschafter in die Regelungen zum Insolvenz-

Seite 7/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

plan. Daneben werden andere als verbesserungsbedürftig erkannte Regelungen angepasst.

4.1. Verfahrensablauf

In der Praxis vergehen wegen der Verpflichtung zur Einholung von Stellungnahmen des Gerichts häufig Monate bis zur Bestätigung des Insolvenzplans. Vor diesem Hintergrund begrüßen wir, dass nun Zwei-Wochen-Fristen für die Entscheidung des Gerichts über die Zurückweisung und für die Abgabe von Stellungnahmen zum vorgelegten Insolvenzplan vorgesehen werden (§§ 231 Abs. 1 S. 2 und 232 Abs. 3 S. 2 InsO-E). Verfahrensbeschleunigend kann auch die Bestimmung nach § 230 Abs. 2 S. 2 InsO-E wirken, wonach die Zustimmung von Beteiligten nach einer bestimmten Frist als erteilt gilt. Wenn Planentwürfe – wie in der Praxis üblich – zuvor mit den Beteiligten abgestimmt werden, sind die Fristen zur Stellungnahme ausreichend bemessen und führen zu einer Beschleunigung des Verfahrens.

In diesem Zusammenhang ist auch zu begrüßen, dass die inhaltliche Prüfung des Plans durch das Gericht auf „offensichtliche Mängel“, insbesondere bezüglich der Bildung von Gruppen, im Insolvenzplan eingeschränkt wird (§ 231 Abs. 1 Nr. 1 InsO-E). Wir regen an, statt in der Gesetzesbegründung im Gesetzestext klarstellend zu regeln, dass die wirtschaftliche Angemessenheit der im Plan vorgesehenen Regelungen vom Gericht nicht geprüft wird und dass die Erfolgsaussichten und die Erfüllbarkeit des Plans nur in offensichtlichen Fällen im Rahmen der gerichtlichen Prüfung von Bedeutung sind.

Im Hinblick auf eine zügige Verfahrensabwicklung befürworten wir auch die Neuregelung, dass die Beschwerde gegen den den Insolvenzplan bestätigenden Beschluss gemäß § 253 InsO nur noch möglich ist, wenn der Beschwerdeführer dem Plan bereits im Abstimmungstermin schriftlich widersprochen hat, er glaubhaft macht, durch den Plan schlechter gestellt zu werden als ohne ihn, und selbst wenn er schlechter stehen würde, dies nicht durch eine Zahlung aus Mitteln, die der Insolvenzplan vorsieht, ausgeglichen werden kann. Der Gläubiger kann Rechtsmittel künftig also nur noch dann einlegen, wenn er durch den Plan schlechter gestellt wird. Auf diese Schlechterstellung darf der Beschwerdeführer sich nicht nur berufen, er muss sie glaubhaft machen. Eine rechtsmissbräuchliche Verwendung des Rechtsmittels wird somit wesentlich eingeschränkt.

Praktische Erfahrungen zeigen, dass insbesondere die Regelungen zum darstellenden Teil generell zu einer hohen Komplexität der Insolvenzpläne führen. Aus diesem Grund regen wir an, für einfache Fallgestaltungen einen verkürzten

Seite 8/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

Insolvenzplan vorzusehen. Zu denken ist an einen Insolvenzplan mit Mindestbestandteilen entsprechend § 7 VglO – allerdings ohne Vorgabe einer Mindestquote -, bei dem der darstellende Teil (§ 220 InsO) gänzlich entfallen kann. Dabei kann weiterhin auf die Erleichterung des § 229 Abs. 1 S. 1 InsO zurückgegriffen werden, wonach bei Vorlage eines reinen Abschlagsplans auf die Ergebnis- und Finanzplanung verzichtet werden kann. Im Zusammenspiel mit den verkürzten Fristen zur Vorlage würde es damit möglich, ein einfach gestaltetes Insolvenzplanverfahren schnell abzuwickeln.

4.2. Nicht angemeldete Forderungen

Bereits bisher schloss auch die rechtskräftige Bestätigung des Insolvenzplans die Anmeldung von Insolvenzforderungen und deren Befriedigung nach diesem Zeitpunkt gem. § 254 Abs. 1 Satz 3 InsO nicht aus. Aus der Praxis ist bekannt, dass die Zulassung der nachträglichen Geltendmachung von Forderungen nach Abschluss eines Insolvenzplans in der Insolvenzpraxis zu Problemen führt. Dies setzt nämlich voraus, dass der Betrag der Forderungen im Insolvenzplan vorab berücksichtigt wird. Unterbleibt dies, besteht die Gefahr, dass die zur Deckung der nachträglich angemeldeten Forderungen notwendige Vermögensmasse zu Unrecht an die bekannten Gläubiger verteilt wird. Da es im Regelfall jedoch kaum möglich sein dürfte, Zahl und Volumen derjenigen Gläubigerforderungen zu schätzen, die bis zum Ablauf der Jahresfrist angemeldet werden, ist eine Berücksichtigung dieser zusätzlichen Belastung im Rahmen einer Rückstellung zwecks entsprechender Reservenbildung problematisch.

Dieses Problem wird durch § 259a InsO-E entschärft, indem das Gericht auf Antrag des Schuldners einen mehrjährigen Vollstreckungsschutz für solche Forderungen gewähren kann, die nach der Bestätigung des Insolvenzplans angemeldet wurden und die Durchführung dieses Plans gefährden. Die Neuregelung kann verhindern, dass eine Sanierung an diesen sog. unbekanntem Gläubigern scheitert, und wird vom IDW ausdrücklich begrüßt.

Weiter gehend ist vorgesehen, dass Insolvenzforderungen, die nicht bis zum Abstimmungstermin angemeldet worden sind, nun gemäß § 259b Abs. 1 InsO-E in einem Jahr nach Rechtskraft des Insolvenzplans verjähren. Insoweit drängt sich die Parallele zum Sperrjahr des § 73 Abs. 1 GmbHG auf, bei dem nach einem Jahr nach der letzten Bekanntmachung der Liquidation jedenfalls der sich erst dann meldende Gläubiger von der Verteilung des Vermögens ausgeschlossen wird. Diese Verkürzung der allgemein bestehenden Verjährungsregeln unterstützen wir. Die Neuregelung greift in vergleichbarem Umfang wie bei der Liquidation in die Rechte der Gläubiger ein und verhindert, dass – trotz Bekannt-

Seite 9/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

machung der Insolvenz – die Sanierung von sich erst verspätet meldenden Gläubigern gefährdet wird.

4.3. Stellung der Gesellschafter im Insolvenzplanverfahren

Ausdrücklich zu begrüßen ist, dass – sofern der Schuldner eine juristische Person ist – nach den neuen Regelungen in die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen eingegriffen werden kann (§ 217 InsO-E). Damit wird auch an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angeknüpft, der in einer neueren Entscheidung zum Ausdruck gebracht hat, dass das Gelingen einer Sanierung nicht an Verweigerungshaltungen von Anteilseignern scheitern darf und dass diese ggf. aus dem Kreis der Anteilsinhaber ausscheiden müssen.

Folgerichtig ist auch, dass die Rechte der Gesellschafter dadurch gewahrt werden, dass nun für den Fall des Eingriffs in diese Rechte die Bildung einer Insolvenzplangruppe vorgesehen ist (§ 222 Abs. 1 Nr. 4 InsO). Zum wirtschaftlichen Ausgleich des Eingriffs in die Rechte muss der Insolvenzplan gemäß § 225a Abs. 4 InsO-E eine angemessene Entschädigung für die Gesellschafter vorsehen. Nur am Rande stellt sich die Frage, warum eine Neufestsetzung des Stimmrechts nicht auch vom Gesellschafter als Beteiligtem gemäß § 18 Abs. 3 RechtspflG-E beantragt werden kann.

4.4. Debt-Equity-Swap

Grundsätzlich zu begrüßen ist auch die in § 225a Abs. 2 S. 1 InsO-E geschaffene Möglichkeit eines sog. Debt-Equity-Swaps, also die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital.

Die Gesetzesbegründung lässt erkennen, dass wegen der Insolvenzlage Wertkorrekturen erforderlich und geboten sind. Dem ist zuzustimmen.

Zu überdenken ist allerdings, ob insoweit die allgemeinen Kapitalaufbringungs Vorschriften anwendbar sein sollen, wovon die Gesetzesbegründung offenbar ausgeht. Hiergegen spricht, dass sich die Werthaltigkeit einer Forderung, die im Rahmen eines Insolvenzplans durch Debt-Equity-Swap in Eigenkapital umgewandelt werden soll, letztlich nur danach bemessen kann, wie sie in diesem Insolvenzplan angesetzt werden würde, wenn sie nicht in Eigenkapital überführt, sondern als Insolvenzforderung mit der Quote bedient würde. Da ein anderer Bewertungsmaßstab, wie beispielsweise die Werthaltigkeit ohne Berücksichtigung des Insolvenzverfahrens, nicht in Betracht kommt, erübrigt sich eine – in

Seite 10/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

der Gesetzesbegründung vorgesehene – zusätzliche Bewertung durch einen Gutachter. Dies sollte in der gesetzlichen Regelung oder zumindest in der Begründung klargelegt werden. Demzufolge stellt sich weder die Frage nach der Haftung des Insolvenzverwalters noch die des Bewertungsgutachters.

5. Stärkung der Eigenverwaltung

Begrüßenswert ist auch die Stärkung der Eigenverwaltung. Unseres Erachtens besteht kein substantieller Grund für die Regelvermutung, dass sich das Management im Hinblick auf eine Durchsetzung der Sanierung schon allein dadurch diskreditiert hat, dass es überhaupt zu der Insolvenzkrise des Unternehmens gekommen ist.

Es wird Aufgabe des Sachwalters sein, darauf zu achten, dass das Management in den Fällen, in denen es nicht über eine ausreichende Abwicklungsexpertise für Insolvenzverfahren verfügt, auf die erforderlichen Ressourcen an Fachwissen zugreift. Dies gilt auch in Bezug auf die zu erwägende Ergänzung oder gar Ersetzung einzelner Mitglieder in der Unternehmensleitung.

5.1. Antrag auf Eigenverwaltung

Die Sanierungspraxis zeigt, dass wichtige Schritte zu einer Reorganisation bereits im Vorfeld eines (späteren) Insolvenzverfahrens stattfinden. Der Diskussionsentwurf erweckt – vor allem in §§ 270a und 270b InsO-E – den Eindruck, das Management wäre von dem Insolvenzeintritt überrascht, sodass es nach § 270b InsO-E zunächst die Möglichkeit erhält, in den ersten drei Monaten nach Verfahrenseröffnung einen Insolvenzplan ausarbeiten und vorlegen zu müssen. Hier würde nach Auffassung des IDW ohne sachlich rechtfertigenden Grund wertvolle Zeit für eine erfolgreiche Sanierung verschwendet werden. Die Sanierung muss früher ansetzen und nicht erst mit der Antragstellung.

Angeregt wird deshalb eine Regelungssystematik, der zufolge vom Insolvenzgericht zwingend dem Antrag auf Eigenverwaltung stattzugeben ist, wenn dem Antrag ein bereits ausgearbeiteter Insolvenzplan oder ein Sanierungsplan beigelegt wird, mit dem das Verfahren gemäß §§ 211 f. InsO eingestellt werden soll.

Erkennt die Unternehmensleitung – wie z.B. im Fall einer drohenden Zahlungsunfähigkeit –, dass das Unternehmen über kurz oder lang in eine akute Insolvenzgefahr geraten wird, so ist es bisher schon die gesellschaftsrechtliche Pflicht der Unternehmensleitung, alle gebotenen Sanierungsmaßnahmen zu identifizieren und in die Wege zu leiten. Wenn daher die Sanierung des Unter-

Seite 11/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

nehmens schon im Vorfeld eines eröffneten Insolvenzverfahrens eingeleitet wird, dann ist es umso erforderlicher, die im Vorfeld eingeleiteten Sanierungsmaßnahmen auch im Rahmen einer Eigenverwaltung unmittelbar nach Verfahrenseröffnung fortzuführen.

Ausschlaggebend hierfür ist, dass ein konkret ausgearbeiteter Sanierungsplan vorgelegt werden kann. Ohnehin werden in einem solchen Sanierungsplan die entscheidenden Weichen durch Kontaktaufnahme zur Abstimmung mit den wesentlichen einbezogenen Gläubigern gestellt.

Eine solche Änderung der bisherigen Vorgaben der §§ 270a und 270b InsO-E könnte mehr als bisher Nachdruck darauf legen, dass die Unternehmensleitung frühzeitig mit Sanierungsmaßnahmen und der Ausarbeitung eines Sanierungsplans (Insolvenzplans) beginnt. Diese Bemühungen sollten durch die gesetzliche Regelung dadurch unterstützt werden, dass bei Vorlage eines gesetzeskonformen Insolvenzplans einschließlich der Bescheinigung eines Sachverständigen, die die angestrebte Sanierung als nicht offensichtlich aussichtslos darstellt, das Insolvenzgericht ohne einen Ermessensspielraum die Eigenverwaltung anzuordnen hat. Liegt ein belastbares Sanierungskonzept nach IDW S 6 vor, so umfasst der Bericht über die Erstellung eines Sanierungskonzeptes bereits eine Beurteilung des Wirtschaftsprüfers, ob das Unternehmen voraussichtlich sanierungsfähig ist.

Die Erfolgsaussichten der Sanierung ließen sich noch dadurch steigern, dass dem Sachwalter neben seinen ihm schon bisher zufallenden Aufgaben grundsätzlich auch die Überwachung der Planrealisierung obliegt.

Vor diesem Hintergrund wird folgende Neufassung der Systematik der §§ 270a und 270b InsO-E vorgeschlagen:

§ 270a Abs. 1 (IDW Vorschlag):

(1) Ist dem Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung sowohl ein Sanierungsplan (Insolvenzplan) als auch die Erklärung eines Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder eines in Insolvenzsachen erfahrenen Rechtsanwaltes beigefügt, wonach der Sanierungsplan den gesetzlichen Anforderungen des § 219 entspricht und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist, hat das Insolvenzgericht dem Antrag auf Eigenverwaltung ohne weitere Prüfungen stattzugeben. Das Gericht hat in diesem Fall davon abzusehen, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder anzuordnen, dass alle Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Anstelle des vorläufigen Insol-

Seite 12/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

venzverwalters wird ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den ausschließlich § 274 Abs. 1 und Abs. 3 Anwendung finden.

Das Insolvenzgericht sollte möglichst schnell über den Antrag entscheiden. Da es sich dabei um eine gebundene Entscheidung handelt, bei der nur die Vollständigkeit der Unterlagen zu überprüfen ist, müsste das Insolvenzgericht idealerweise bereits am Tage des Antragseingangs auch über die Anordnung der Eigenverwaltung entscheiden können. Weil dies aus organisatorischen Gründen nicht immer möglich sein wird, müsste das Eröffnungsverfahren dann nur während einer kurzen Zeitspanne laufen. Hierfür bedarf es keiner besonderen Kompetenzzuweisung an den vorläufigen Sachwalter. Er hat im Grunde nur zu überprüfen, ob sich der Schuldner im Rahmen der von ihm prognostizierten Erwartungen über den weiteren Geschäftsverlauf bewegt. Eine Prüfung der wirtschaftlichen Lage nach Maßgabe des § 274 Abs. 2 InsO-E ist entbehrlich; ohnehin werden damit nur wertvolle Ressourcen des Schuldners gebunden, die besser auf die Umsetzung der Sanierung gelenkt werden sollten.

Die bisherige Konzeption der §§ 270a und 270b InsO-E wird durch die vom IDW vorgeschlagene Lösung mithin um eine Stufe erweitert:

Auf der ersten Stufe (§ 270a Abs. 1 des IDW Vorschlags) geht es darum, dass dem Schuldner die Möglichkeit gegeben werden soll und dass dahin ein entsprechender Anreiz eröffnet wird, schon mit dem Antrag einen den rechtlichen Anforderungen entsprechenden Insolvenzplan in Gestalt eines Sanierungskonzeptes vorzulegen, um daraufhin sofort in das eigenverwaltete Insolvenzverfahren zu gelangen.

Auf der zweiten Stufe bleibt es bei der Konzeption der §§ 270a und 270b InsO-E. Dabei wird der durch die bisherige Formulierung für das Gericht eröffnete *Ermessensspielraum* – („[...] so soll das Gericht davon absehen [...]“) – dahin gehend verändert, dass es davon absehen muss, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder Verfügungen von der Zustimmung eines vorläufigen Verwalters abhängig zu machen. Dies setzt allerdings voraus, das Gericht kommt nicht zu dem Ergebnis, dass die Sanierung offensichtlich aussichtslos ist. Durch eine solche Regelung werden Beurteilungsspielräume des Gerichts eingeeignet und Auslegungszweifel vermieden.

Vor diesem Hintergrund werden folgende Neufassungen der §§ 270a Abs. 2 und 270b Abs. 1 InsO-E vorgeschlagen:

Seite 13/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

§ 270a Abs. 2 (IDW Vorschlag):

(2) Liegen die Voraussetzungen für eine sofortige Stattgabe des Antrags auf Eigenverwaltung nach Abs. 1 Satz 1 nicht vor, so hat das Gericht anhand der dem Antrag beigefügten Unterlagen zu prüfen, ob der Antrag des Schuldners auf Eigenverwaltung nicht offensichtlich aussichtslos ist. Nur in Fällen der offensichtlichen Aussichtslosigkeit ist der Antrag auf Eigenverwaltung abzulehnen. Andernfalls hat das Gericht im Eröffnungsverfahren

1. davon abzusehen, dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot aufzuerlegen oder

2. anzuordnen, dass alle Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung eines vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind.

Anstelle des vorläufigen Insolvenzverwalters wird ein vorläufiger Sachwalter bestellt, auf den die §§ 274 und 275 entsprechend anzuwenden sind.

§ 270b Abs. 1 (IDW Vorschlag):

(1) Hat der Schuldner den Eröffnungsantrag gestellt und die Eigenverwaltung im Falle der drohenden Zahlungsunfähigkeit beantragt, so bestimmt das Insolvenzgericht auf Antrag des Schuldners eine Frist zur Vorlage eines Insolvenzplans, wenn ihm noch kein Sanierungsplan nebst der Bescheinigung eines Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder eines in Insolvenzsachen erfahrenen Rechtsanwaltes vorgelegt wurde, aus den Unterlagen aber erkennbar ist, dass die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos erscheint. Die Frist darf höchstens drei Monate betragen. Der Schuldner hat mit dem Antrag die Bescheinigung eines Steuerberaters, Wirtschaftsprüfers oder eines in Insolvenzsachen erfahrenen Rechtsanwaltes vorzulegen, aus der sich ergibt, dass eine Zahlungsunfähigkeit droht und die angestrebte Sanierung nicht offensichtlich aussichtslos ist.

Bei der Änderung des § 270b Abs. 1 Satz 1 InsO-E handelt es sich lediglich um eine redaktionell erforderliche Anpassung, weil die Fristgewährung nur erforderlich ist, wenn nicht bereits ein vollumfänglicher Insolvenzplan nebst Bescheinigung eingereicht wurde.

In § 270b Abs. 3 Ziff. 1 InsO-E sollte der Begriff „Zahlungsunfähigkeit“ präzisiert werden. Zahlungsunfähigkeit ist in § 17 InsO definiert und bezieht sich auf alle fälligen Altverbindlichkeiten, auch solche, die erst in Kenntnis des Insolvenzantrages fällig gestellt worden sind. § 270b Abs. 3 Nr. 1 InsO bezieht sich aber of-

Seite 14/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

fenbar nicht auf diese fälligen Gesamtverbindlichkeiten, sondern nur auf die aus der Insolvenzmasse zu begleichenden Masseverbindlichkeiten und -kosten. Um dies klarzustellen, sollte der Begriff der „Zahlungsunfähigkeit“ um die Konkretisierung „... hinsichtlich der Masseverbindlichkeiten und Massekosten“ ergänzt werden.

5.2. Mitwirkung der Überwachungsorgane

Mit § 276a InsO-E wird die Position der Unternehmensleitung gestärkt, die nicht abhängig von Voten eines Aufsichtsrats oder der Anteilsinhaber gemacht werden soll. Diese Regelung ist zu begrüßen.

Allerdings regen wir an, in § 276a InsO-E klarzustellen, dass die Unterrichtungspflichten, die die Unternehmensleitung gegenüber einem Gläubigerausschuss und der Gläubigerversammlung hat, auch gegenüber einem Aufsichtsrat und der Anteilseignerversammlung bestehen. Andernfalls würden diese Organe vor vollendete Tatsachen gestellt. Ohne ein gesetzlich vorgesehenes Informationsrecht wird ihnen jegliche Motivation für ein konstruktives Mitwirken durch das Einbringen von Ideen anderer Art und Weise genommen.

Die neue Vorschrift des § 276a InsO-E greift erst mit Eröffnung der Eigenverwaltung. Es stellt sich aber die Frage, ob von Gesetzes wegen nicht vorgesehen werden sollte, dass eine Fremdgeschäftsführung vor einer Antragstellung verpflichtet werden sollte, die Anteilseigner über einen solchen Schritt zu unterrichten. Letztlich kann es nach einer Verfahrenseröffnung zu tiefgreifenden Eingriffen in die Rechte der Anteilseigner kommen. Auch ist der Fall zu berücksichtigen, dass Fremdgeschäftsführer das eigenverwaltete Insolvenzverfahren ohne Wissen der Anteilseigner zu deren Nachteil einleiten und durchführen.

Daher sollten im Falle einer GmbH oder Personengesellschaft die gesetzlichen Vertreter immer dann, wenn der Insolvenzantrag auf ein Antragsrecht zurückgeht, verpflichtet sein, vor einer Antragstellung die Anteilseigner zu unterrichten. Dann haben diese die (letzte) Möglichkeit, durch ihre Maßnahmen eine Sanierung möglich zu machen. Für die Aktiengesellschaft erscheint eine solche Regelung im Hinblick auf das Zusammenspiel von § 76 Abs. 1 AktG einerseits und § 119 AktG andererseits entbehrlich.

Überlegt werden könnte allerdings, ob bei den Vorschriften, nach denen die gesetzlichen Vertreter der Versammlung der Anteilsinhaber den Verlust des halben Kapitals anzuzeigen haben (vgl. § 92 Abs. 1 AktG, § 49 Abs. 3 GmbHG), eine Ergänzung dahin vorgenommen wird, dass die Anteilseigner auch über eine drohende Insolvenzgefahr zu unterrichten sind. Hiermit würde die BGH-

Seite 15/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

Rechtsprechung unterstrichen werden, wonach es ohnehin zu den Pflichten der gesetzlichen Vertreter gehört, jederzeit einen Überblick darüber zu haben, ob eine akute Insolvenzbedrohung vorliegt.

Auch fügt sich dies nahtlos in die Pflicht ein, durch ein geeignetes Risikofrüherkennungssystem (§ 91 Abs. 2 AktG) frühzeitig den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen zu erkennen. Zudem könnte so erreicht werden, dass den Anteilseignern durch Vorlage eines Sanierungskonzeptes oder eines Insolvenzplans konkrete Wege aus der Krise aufzuzeigen sind. Können die gesetzlichen Vertreter kein hinreichend belastbares Sanierungskonzept vorlegen, wäre man damit dem Ziel einer wiederholt auch vom Gesetzgeber angestrebten frühzeitigen Verfahrenseröffnung und damit der Vermeidung einer stets beklagten Massearmut entscheidend nähergetreten.

Dabei wird aber auch das Risiko abzuwägen sein, dass die Anteilseigner einer GmbH einen „antragsgeneigten“ Fremdgeschäftsführer durch einen anderen Geschäftsführer ersetzen. Hinzu kommt, dass im GmbH-Recht der Geschäftsführer an Weisungen der Gesellschafter gebunden ist, denen er sich ggf. nur durch eine für ihn unbillige Amtsniederlegung entziehen kann. Auch dieses Dilemma ließe sich durch eine Einberufungspflicht der Anteilseigner bei Insolvenzgefährdung vermeiden.

Hier muss und sollte der Gesetzgeber entscheiden, ob er der Autonomie der Anteilseigner das Wort redet oder ob er eine Unternehmensleitung auch schon im Vorfeld der Antragstellung in gleicher Weise stärken möchte, wie es nach Antragsbescheidung durch § 276a InsO-E vorgesehen ist. Möglich erscheint aber auch, dass sich die Neuregelung des § 276a InsO-E auch auf die Zeit ab Unterrichtung der Anteilseigner erstreckt, wobei vorgesehen werden könnte, dass die Unternehmensleitung vier Wochen vor einer Antragstellung aufgrund eines Antragsrechts den Aufsichtsrat bzw. die Gesellschafter zu unterrichten hat und sie dann ab dem Zeitpunkt der Unterrichtung den Schutz des § 276a InsO-E genießt.

6. Besteuerung von Sanierungsgewinnen

Die Steuerbefreiung des Sanierungsgewinns in § 3 Nr. 66 EStG a.F. wurde durch Art. 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform (UntStRFoG) vom 29.10.1997 (BGBl. I 1997, 2590, BStBl. I 1997, 928) aufgehoben, weil – wie die Gesetzesbegründung herausstellt – die Steuerbefreiung einen Ausgleich für nicht abzugsfähige Verluste bewirken sollen und dieser

Seite 16/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

Ausgleich seit Einführung eines unbegrenzten Verlustvortrags nicht mehr gerechtfertigt sei.

Einzelnen persönlichen oder sachlichen Härtefällen könne – so die Gesetzesbegründung – im Stundungs- und Erlasswege begegnet werden (BT-Drucksache 13/7480, S. 192). Auch in der Begründung des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 14.08.2007 (BGBl. I 2007, 1912) ging der Gesetzgeber davon aus, dass von der Besteuerung von Sanierungsgewinnen, die nicht mit Verlustvorträgen verrechnet werden können, ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung im Billigkeitswege nach dem BMF-Schreiben in BStBl. I 2003, 240 abgesehen werden könne (BT-Drucks. 16/4841, S. 76).

Die Praxis und die dort diskutierten Probleme zeigen allerdings, dass die jetzige Regelung unbefriedigend ist, da die steuerliche Freistellung von Sanierungsgewinnen im Insolvenzplanverfahren mit erheblichen Unsicherheiten verbunden ist, was zu zeitlichen Verzögerungen und sachlichen Behinderungen führen kann:

- In seiner Stellungnahme zum Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen (Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung) vom 03.04.2009 (BR-Drucks. 168/09, S. 30) hat der Bundesrat seinen Änderungsantrag zu § 34 Abs. 7b Satz 1 des Körperschaftsteuergesetzes damit begründet, die Steuerbefreiung von Sanierungsgewinnen durch Verwaltungsanweisung (Sanierungserlass) sei nicht ausreichend, negative Effekte zu verhindern.
- Hinzu kommt, dass nach dem Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003 (BGBl. I 2003, 2840) Verluste, die weder im Veranlagungszeitraum ihrer Entstehung noch im Wege des Verlustrücktrags ausgeglichen werden können, ab dem Veranlagungszeitraum 2004 (vgl. § 52 Abs. 25 EStG 2004) im Rahmen des Verlustvortrags nur noch begrenzt verrechnungsfähig sind.
- Angesichts der Verknüpfung der Aufhebung des § 3 Nr. 66 EStG a.F. mit einem unbeschränkten Verlustabzug kann persönlichen oder sachlichen Härtefällen allenfalls mit möglichen Billigkeitsmaßnahmen im Stundungs- und Erlasswege begegnet werden (§§ 222, 227 AO). Diesbezüglich kommt dem BMF-Schreiben in BStBl. I 2003, 240 eine besondere Bedeutung zu.
- Hierzu hat allerdings das FG München im Urteil in EFG 2008, 615 die Auffassung vertreten, die Finanzverwaltung habe mit dem BMF-Schrei-

Seite 17/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

ben in BStBl. I 2003, 240 eine Verwaltungspraxis contra legem eingeführt.

- Auch wenn der BFH im Urteil vom 14.07.2010 – X R 34/08 dieser Auffassung in dieser Allgemeinheit nicht folgen wollte, bleibt doch eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen.
- Zu beachten ist darüber hinaus, dass das BMF-Schreiben in BStBl. I 2003, 240 nur die Befreiung der Sanierungsgewinne von der Einkommen- und Körperschaftsteuer regelt, nicht hingegen die Befreiung von der Gewerbesteuer.

Das IDW hält es daher für dringend geboten, dass der Gesetzgeber für die Gestaltung von Sanierungskonzepten und Insolvenzplänen klare und zuverlässig zu beurteilende steuerliche Bedingungen schafft. Dazu ist die Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen nicht nur einkommen- und körperschaftsteuerlich, sondern auch gewerbsteuerlich klar zu regeln. Auch ist zu präzisieren, welche Verlustvorträge in welchem Umfang zu verrechnen sind. Die Freistellung von Sanierungsgewinnen sollte so geregelt werden, dass sich bei der Erstellung eines Sanierungskonzeptes bzw. Insolvenzplans klar beurteilen lässt, ob die Voraussetzungen vorliegen oder nicht und insoweit kein Erfordernis für das Einholen einer verbindlichen Auskunft besteht.

Große Probleme wirft allerdings auch die Vorschrift des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG auf, wonach ein Verlustvortrag anteilig oder vollständig entfällt, wenn mehr als 25 bzw. 50 % der Anteile an einer Verlustkapitalgesellschaft innerhalb von fünf Jahren übertragen werden. Zwar sieht diese Vorschrift im Falle einer Sanierung unter bestimmten Voraussetzungen eine Ausnahme vor (sog. Sanierungsklausel). Allerdings liegt keine begünstigte Sanierung vor, wenn der Kapitalgesellschaft nicht innerhalb von 12 Monaten nach dem Beteiligungserwerb neues Betriebsvermögen zugeführt wird. Hinzu kommt, dass die Finanzverwaltung die Sanierungsklausel derzeit nicht anwendet.

Außerdem wäre - unabhängig von den obigen Ausführungen - im Hinblick auf die in § 225a InsO-E gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen wie beispielsweise den Debt-Equity Swap (vgl. Ziffer 4.4.) eine steuerrechtliche Regelung dahin wünschenswert, dass derartige Maßnahmen keinesfalls zum Untergang von Verlustvorträgen oder zu einer ggf. sanierungsgefährdenden Steuerbelastung auf Ebene des jeweiligen Unternehmens führen.

Überdies ist in diesem Zusammenhang zu überdenken, ob die Steuerfreiheit des Sanierungsgewinns nicht nur in Fällen einer unternehmensbezogenen Sanierung, also bei Maßnahmen möglich ist, mit denen ein Unternehmen oder ein

Seite 18/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

Unternehmensträger vor dem finanziellen Zusammenbruch bewahrt und wieder ertragsfähig gemacht werden soll, sondern auch bei einer unternehmerbezogenen Sanierung, für die ein Billigkeitserlass entsprechend den Regeln im BMF-Schreiben in BStBl. I 2003, 240 nicht in Betracht kommt. Bei dieser Unterscheidung können für die Sanierung von Unternehmen in der Rechtsform der Einzelunternehmen und offenen Handelsgesellschaften steuerliche Benachteiligungen entstehen. Das IDW hält die generelle Ablehnung der Steuerfreistellung von Sanierungsgewinnen bei unternehmerbezogenen Sanierungen nicht für sachdienlich.

7. Haltefristen

§ 217 InsO-E sieht vor, dass bei juristischen Personen im Rahmen eines Insolvenzplans auch in die Anteils- oder Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen eingegriffen werden darf. Zu bedenken sind in diesem Zusammenhang Steuerfolgen, die sich dadurch ergeben, dass bedingt durch ein Sanierungskonzept bzw. einen Insolvenzplan steuerliche „Behalte- und Nachversteuerungsfristen“ nicht eingehalten werden.

In Betracht kommen u.a. folgende Fristen und schädliche Vorgänge:

Vorschriften / Schädliche Vorgänge	Rechtsfolgen
<p><u>§ 6 Abs. 3 Satz 2 EStG:</u> Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils, der durch unentgeltliche Aufnahme einer natürlichen Person in ein Einzelunternehmen oder durch die unentgeltliche Übertragung eines Mitunternehmeranteils zum Buchwert entstanden ist.</p>	<p><u>Veräußerung oder Aufgabe eines Mitunternehmeranteils innerhalb von 5 Jahren:</u> Rückwirkende Besteuerung der infolge der unentgeltlichen Aufnahme in das Einzelunternehmen oder Übertragung des Mitunternehmeranteils auf den Beschenkten übergegangenen stillen Reserven durch Bewertung mit dem gemeinen Wert durch den Übertragenden.</p>
<p><u>§ 6 Abs. 5 Satz 4 EStG:</u> Veräußerung oder Aufgabe eines Wirtschaftsgutes nach der Buchwertübertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Betriebsvermögens bzw. Sonderbetriebsvermögens von Mitunternehmern an die Mitunternehmerschaft und vice versa sowie zwischen den Mitunternehmern gem. § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG.</p>	<p><u>Veräußerung oder Aufgabe eines Wirtschaftsgutes innerhalb von drei Jahren:</u> Rückwirkende Besteuerung der stillen Reserven beim Übertragenden durch Bewertung der übertragenen Wirtschaftsgüter mit dem Teilwert.</p>

Seite 19/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

<p><u>§ 15 Abs. 2 Satz 1 UmwStG:</u></p> <p>a) Abspaltung, Aufspaltung oder Teilübertragung von Mitunternehmeranteilen oder 100 %-Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, die durch Übertragung von Wirtschaftsgütern erworben oder aufgestockt wurden, die kein Teilbetrieb sind.</p> <p>b) Übertragungsvorgänge im Anwendungsbereich des UmwStG 1995 nach § 15 Abs. 3 Satz 1 UmwStG 1995.</p>	<p><u>Innerhalb von drei Jahren:</u></p> <p>Wegfall der steuerneutralen Spaltung.</p>
<p><u>§ 15 Abs. 2 Satz 4 UmwStG:</u></p> <p>b) Veräußerung von mehr als 20 % der Anteile – bezogen auf den Zeitpunkt vor der Spaltung – der an der Spaltung beteiligten Körperschaft.</p> <p>b) Spaltungsvorgänge im Anwendungsbereich des UmwStG 1995 nach § 15 Abs. 3 Satz 4 UmwStG.</p>	<p><u>Innerhalb von fünf Jahren:</u></p> <p>Erfolgsneutralität der Spaltung entfällt rückwirkend.</p>
<p><u>§ 15 Abs. 2 Satz 5 UmwStG:</u></p> <p>a) Im Falle einer Spaltung hat die Beteiligung an der übertragenden Körperschaft weniger als 5 Jahre bestanden, und die Spaltung führt zu einer Trennung der Gesellschafterstämme.</p> <p>b) Spaltungsvorgänge im Anwendungsbereich des UmwStG 1995 nach § 15 Abs. 3 Satz 3 UmwStG.</p>	<p><u>Innerhalb von fünf Jahren:</u></p> <p>Keine Erfolgsneutralität der Spaltung.</p>
<p><u>§ 18 Abs. 3 UmwStG:</u></p> <p>a) Teilweise oder totale Aufgabe oder Veräußerung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils nach Umwandlung (Vermögensübertragung oder Formwechsel).</p> <p>b) Vermögensübergänge im Anwendungsbereich des § 18 UmwStG 1995 gem. der Parallelvorschrift des § 18 Abs. 4 UmwStG.</p>	<p><u>Innerhalb von fünf Jahren:</u></p> <p>Auflösungs- oder Veräußerungsgewinn unterliegt der GewSt, die nicht nach § 35 EStG anrechenbar ist.</p>
<p><u>§ 22 Abs. 1 UmwStG:</u></p> <p>Veräußerungs- und gleichgestellte Vorgänge – der durch Sacheinlage gem. § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG unter dem gemeinen Wert erhaltenen Anteile durch den Anteilseigner nach dem Einbringungszeitpunkt.</p>	<p><u>Innerhalb von sieben Jahren:</u></p> <p>Rückwirkende Besteuerung eines Einbringungsgewinns beim bzw. durch den Anteilseigner im Wj. der Einbringung.</p>

Seite 20/20 zum Schreiben vom 29.10.2010 an MinR Dr. Wimmer, Bundesministerium der Justiz, Berlin

<p><u>§ 13a Abs.1 S. 2 Abs. 8 Nr. 1 ErbStG:</u> Die Lohnsumme beträgt bei mehr als 20 Beschäftigten weniger als 400 % (700 %) der Ausgangslohnsumme (Mindestlohnsumme).</p>	<p><u>Innerhalb von fünf (sieben) Jahren:</u> Gewährte Verschonung von ErbSt entfällt anteilig.</p>
<p><u>§ 13 b Abs. 2 S. 3, Abs. 8</u> Übertragung von erbschaftsteuerlich begünstigtem Vermögen nach Zuführung von Verwaltungsvermögen i.S.v. § 13 b Abs. 2 S. 2 ErbStG.</p>	<p><u>Innerhalb von zwei Jahren:</u> Das innerhalb der letzten zwei Jahre eingebrachte oder erworbene Brutto-Verwaltungsvermögen (also ohne Finanzierungs-Schulden) wird nicht als begünstigtes Vermögen i.S.v. § 13b Abs. 1, 4 ErbStG beurteilt und ist daher von der erbschaftsteuerlichen Verschonung ausgeschlossen.</p>

Große Rechtsunsicherheit besteht in Einzelfällen, ob die durch Verletzung der Haltefristen bei den Gesellschaftern aufgeworfenen Steuern die Gesellschafter belasten oder von der Gesellschaft als Masseverbindlichkeiten oder nicht nachrangige Insolvenzforderungen im Sinne des § 38 InsO einzuordnen sind (vgl. auch BFH-Urteil vom 18.05.2010, X R 60/08 zur Einkommensteuer als Masseverbindlichkeit bei Auflösung einer Rückstellung auf der Ebene der Mitunternehmerschaft – Abgrenzung zwischen Insolvenzforderungen bzw. Insolvenzverbindlichkeiten und Masseforderungen bzw. Masseverbindlichkeiten).

Aufgrund dieser Unsicherheiten empfiehlt es sich, insolvenzplaninduzierte Verletzungen von Haltefristen generell von der Besteuerung sowohl auf Gesellschafts- als auch Gesellschafterebene freizustellen. Im Übrigen ist sicherzustellen, dass die Haftung des Betriebsübernehmers auch für solche Steuern entfällt (vgl. § 75 AO).

Wir hoffen, dass unsere Anmerkungen für die weiteren Beratungen zweckdienlich sind. Für Rückfragen zu unseren Anmerkungen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Naumann