

# Bilanzierung und Besteuerung in Krise und Insolvenz

Bearbeitet von

Von Prof. Dr. Reinhard Heyd, Dr. Daniel Kautenburger-Behr, und Henning-Günther Wind, LL.M., Unter Mitarbeit von Christoph Fritz, Rechtsanwalt, Dr. Sven Gläser, Rechtsanwalt und Steuerberater, Dr. Sven Christian Gläser, Rechtsanwalt und Steuerberater, Jan Gross, Rechtsanwalt, Christine Kauffmann-Braun, Rechtsanwältin und Steuerberaterin, Aline Cathrin Klotzbücher, Angelika Knaus, LL.M., Steuerberaterin, Marcus Lauten, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Marcus Losch, Lutz Maschlanka, LL.M., Rechtsanwalt und Steuerberater, Theo Meeussen, Dipl.-Kfm., Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Dr. Christian Steffens, Dipl.-Kfm., und Christof Zondler, Rechtsanwalt und Steuerberater

## I. Bilanzierung in der Krise

für den möglichen Bedingungseintritt gegebenenfalls eine Rückstellung zu bilden ist, was den Sanierungseffekt mindern würde.<sup>692</sup> Bei Vereinbarung eines Besserungsscheins, der eine Rückzahlung des Zuschusses nur aus künftigen Gewinnen vorsieht, entsteht hingegen die Passivierungspflicht für eine Rückzahlungsverpflichtung erst im Jahr der Gewinnerzielung.<sup>693</sup> In diesen Fällen hat die Erfassung der Rückstellung bzw. Verbindlichkeit erfolgswirksam (und nicht erfolgsneutral durch eine Verrechnung mit der Kapitalrücklage) zu erfolgen.<sup>694</sup>

Zuschüsse können auch von dritter Seite erfolgen. Sofern diese ohne Gegenleistungsverpflichtung erfolgen, sind sie regelmäßig erfolgswirksam zu vereinnahmen. Gewährt ein Dritter den Zuschuss unter der Auflage, diesen in das Eigenkapital einzustellen, so sind die Organe der Gesellschaft zu einer entsprechenden Ergebnisverwendung verpflichtet.<sup>695</sup>

### v. Werthaltigkeitsgarantien

Bilanzielle Verluste können auch daraus resultieren, dass wesentliche Vermögenswerte (insbesondere Finanzanlagen, Forderungen) in ihrer Werthaltigkeit gemindert sind und der daraus resultierende außerplanmäßige Abschreibungs- oder Wertberichtigungsbedarf eine Verlustsituation auslöst oder vergrößert. Um den Abschreibungs- oder Wertberichtigungsbedarf zu vermeiden, kann ein Gesellschafter (oder ein Dritter) die Werthaltigkeit entsprechender Vermögenswerte durch eine Garantie absichern. **523**

Eine Möglichkeit der Absicherung besteht darin, dass sich der Gesellschafter verpflichtet, den betroffenen Vermögensgegenstand auf erstes Anfordern (mindestens) zum Buchwert zu erwerben. In diesem Fall besteht für die Gesellschaft kein Abwertungsbedarf, da ihr zumindest die Realisierung ihres Buchwertes jederzeit möglich ist.<sup>696</sup> An die Ernsthaftigkeit der Vereinbarung und die Bonität des Garantiegebers sind selbstverständlich angemessene Anforderungen zu stellen. **524**

Eine weitere Möglichkeit der Wertabsicherung besteht darin, dass sich der Gesellschafter verpflichtet, aus Wertminderungen resultierende Abschreibungen bzw. Wertberichtigungen im Zeitpunkt des Anfalls auszugleichen. Es handelt sich hierbei um einen aufschiebend bedingten Anspruch der Gesellschaft, aus dem im Zeitpunkt des Bedingungseintritts (Abschreibungs-/Wertberichtigungsbedarf) eine bilanzierungsfähige Forderung resultiert. Im Gegenzug ist der Vermögensgegenstand entsprechend abzuschreiben bzw. wertzubereichtigen. Eine Verrechnung des Anspruchs mit dem wertgeminderten Vermögensgegenstand ist im Hinblick auf das Saldierungsverbot (§ 246 Abs. 2 HGB) und den Grundsatz der Einzelbewertung (§ 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB) unzulässig.<sup>698</sup> **525**

### vi. Schuld-/Erfüllungsübernahme

Eine weitere Sanierungsmaßnahme kann darin bestehen, dass ein Gesellschafter (oder ein Dritter) die Gesellschaft von Verbindlichkeiten „befreit“. Erfolgt dies durch eine befreiende Schuldübernahme (§§ 414, 415 BGB), entfällt mit dem Erlöschen der Verbindlichkeit die Passivierungsverpflichtung, sie kann daher ertragswirksam ausgebucht werden.<sup>699</sup> Alternativ kann entsprechend dem Willen des Gesellschafters auch eine ergebnisneutrale Einstellung in die Kapitalrücklage erfolgen (vgl. Rn. 518 ff.). **526**

Sofern der Gläubiger der Schuldübernahme nicht zustimmt, kann alternativ eine Freistellung von der Schuld im Innenverhältnis durch eine Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB) **527**

<sup>692</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 120.

<sup>693</sup> IDW HFA 1/1984, Abschn. 3a); vgl. ergänzend die Erläuterungen in Abschn. C. I.4.c).i. Rn. 537 ff.

<sup>694</sup> BeBiKo/Winkeljohann/Hofmann, § 272, Rn. 197; a. A. Küting/Kessler in HdR § 272, Rn. 225.

<sup>695</sup> IDW HFA 2/1996, Abschn. 2.2.

<sup>696</sup> Adler/Düning/Schmaltz, § 253, Rn. 540; Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 76.

<sup>697</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 76; Förstle/Heinz verlangen in diesem Zusammenhang zur Belegung der Ernsthaftigkeit der Garantie, dass die Vereinbarung mit Ablauf einer bestimmten Frist den zwingenden Abkauf des Vermögensgegenstandes oder ersatzweise den Ausgleich des sich zu diesem Zeitpunkt ergebenden Abwertungsbedarfs vorsieht.

<sup>698</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 76.

<sup>699</sup> Adler/Düning/Schmaltz, § 246 HGB, Rn. 126, WPH II S, Rn. 294.

### C. Bilanzierung

erfolgen. In diesen Fällen kann die Verbindlichkeit mangels Erlöschen nicht ausgebuht werden, sondern ist weiterhin zu passivieren. Allerdings kann aus der Erfüllungsübernahme ein Freistellungsanspruch (erfolgswirksam oder -neutral; siehe oben) gegen den Gesellschafter aktiviert werden. Eine Verrechnung der Verbindlichkeit mit dem Freistellungsanspruch ist, im Hinblick auf das Saldierungsverbot (§ 246 Abs. 2 HGB) und insbesondere den Grundsatz der Einzelbewertung im Hinblick auf die Bonität des Gesellschafters (§ 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB), nicht zulässig. Im Fall der Erfüllungsübernahme ist zudem darauf zu achten, dass der Gesellschafter auf Rückgriffsansprüche verzichtet, da ansonsten die bilanzielle Wirkung ins Leere laufen würde.<sup>700</sup>

- 528 Ein reiner Schuldbeitritt des Gesellschafters ohne Verpflichtung, die Schuld im Innenverhältnis regresslos zu übernehmen, entfaltet keine bilanzielle Sanierungswirkung, da sie die Gesellschaft nicht von ihrer Schuld befreit.<sup>701</sup> Dies gilt auch für eine vom Gesellschafter gewährte Bürgschaft (§§ 765 ff. BGB), die eine reine Kreditsicherheit darstellt sofern der Gesellschafter die Gesellschaft im Innenverhältnis nicht (bedingungslos) von der Schuld befreit.<sup>702</sup>

#### vii. Patronatserklärung

- 529 Die Patronatserklärung ist ein nicht gesetzlich geregeltes, in der Praxis allerdings nicht selten auftretendes Instrument der Kreditsicherung. Infolge der fehlenden gesetzlichen Regelungen finden sich unterschiedliche Ausgestaltungsformen, die von bloßen Absichtserklärungen ohne Leistungsverpflichtung („weiche Patronatserklärung“) bis hin zu rechtsverbindlichen Einstandsverpflichtungen des Patrons („harte Patronatserklärung“) reichen.<sup>703</sup> Die weiche Patronatserklärung scheidet aufgrund ihrer Unverbindlichkeit als Sanierungsmaßnahme aus. Aber auch die harte Patronatserklärung ist in vielen Fällen für Zwecke der bilanziellen Sanierung nicht geeignet.
- 530 Systematisch unterscheiden kann man zwischen Patronatserklärungen, die der Gesellschafter (oder ein Dritter) gegenüber Dritten abgegeben hat oder Patronatserklärungen (externe Patronatserklärungen) unmittelbar zugunsten der Gesellschaft selbst (interne Patronatserklärungen).
- 531 Externe Patronatserklärungen erfolgen häufig in Form einer verbindlichen Liquiditäts- oder Kapitalausstattungsgarantie gegenüber Kreditgebern, die diese als Kreditsicherheit einfordern.<sup>704</sup> Eine Verletzung dieser Pflichten führt zu einem Schadenersatzanspruch des Kreditgebers gegenüber dem Patron. Da diese harte externe Patronatserklärung aber weder zu einem Wegfall der Schuld führt, noch aus ihr ein unmittelbarer Anspruch der Gesellschaft selbst gegen den Patron abgeleitet werden kann, entfaltet diese weder für die Handelsbilanz noch für eine Überschuldungsbilanz sanierende Wirkung.<sup>705</sup>
- 532 Bei einer rechtlich verbindlichen Patronatserklärung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft selbst ist deren Inhalt zu würdigen. In der Praxis häufig sind Vereinbarungen als Liquiditätsausstattungsgarantie in Form eines aufschiebend auf den akuten Liquiditätsbedarf bedingten Darlehensversprechens.<sup>706</sup> In der Handelsbilanz ergeben sich hieraus vor Gewährung der Mittel aufgrund der aufschiebenden Bedingung noch keine Auswirkungen. Auch wenn die Darlehenszusage unbedingt sein sollte, liegt zunächst ein nicht bilanzierungsfähiges schwebendes (Kredit-)Geschäft vor,<sup>707</sup> welches erst mit Mittelgewährung

<sup>700</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 77.

<sup>701</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 77.

<sup>702</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 77.

<sup>703</sup> IDW RH HFA 1.013, Rn. 2 ff.

<sup>704</sup> Zu den verschiedenen Formen vgl. bspw. IDW RH HFA 1.013, Rn. 8.

<sup>705</sup> BGH vom 11.10.1999 – IX ZR 9/10 (auch im Hinblick auf die Zahlungsunfähigkeit); Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 78, vgl. hier unter Rn. 79 auch die u. E. zutreffende Kritik an der in Teilen der Literatur vertretenen Ansicht, dass ein harte Patronatserklärung zugunsten aller Gläubiger zu einem Ansatz eines Anspruchs gegen den Patron im Überschuldungsstatus führen könnte.

<sup>706</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 79.

<sup>707</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 80 m. w. N.

## I. Bilanzierung in der Krise

entsprechend der getroffenen Vereinbarungen bilanziell zu erfassen ist. Sofern die harte Patronatserklärung eine aufschiebend bedingte verbindliche Zusage gewährt, die erforderlichen finanziellen Mittel als nicht rückzahlbaren Zuschuss in das Eigenkapital zu leisten, kann bei Eintritt der Bedingung nach den allgemeinen Grundsätzen (s. Rn. 518ff.) ein entsprechender Anspruch aktiviert werden.

Auch für die Überschuldungsbilanz ist eine harte interne Patronatserklärung nur dann **533** hilfreich, wenn aus ihr, wie bei einer Erfüllungsübernahme, die Gewährung eines aktivierbaren Freistellungsanspruchs resultiert, bzw. der Patron, wie oben dargestellt, die Mittel als nicht rückzahlbaren Zuschuss in das Eigenkapital gewährt. Zumindest müsste aber hinsichtlich des Rückzahlungsanspruchs des Patrons ein Forderungsverzicht oder ein ausreichender Rangrücktritt erklärt werden.<sup>708</sup> Dennoch kann eine harte interne Patronatserklärung – unabhängig von ihrer bilanziellen Auswirkung – hilfreich in Bezug auf die Prüfung der Zahlungsfähigkeit und der insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose sein, sofern die der Gesellschaft zugesagte Liquiditätsausstattung die Finanzierung der Gesellschaft sicherstellt. Hierbei ist allerdings insbesondere zu beachten, dass die Patronatserklärung zumindest für den insolvenzrechtlichen Betrachtungszeitraum keine Kündigungsmöglichkeiten enthält, die einer Sicherstellung der Finanzierung entgegenstehen.<sup>709</sup>

### viii. Rückwirkung von Sanierungsmaßnahmen

Die Möglichkeit der bilanziellen Rückwirkung von Sanierungsmaßnahmen ist nur für **534** die Kapitalherabsetzung bzw. Kapitalerhöhung gesetzlich geregelt. Eine bilanzielle Rückwirkungsmöglichkeit ist in diesem Fall ausschließlich für die vereinfachte Kapitalherabsetzung und eine gegebenenfalls gleichzeitige Kapitalerhöhung möglich (§§ 58e, 58f GmbHG, §§ 234, 235 AktG).

Für andere erst nach dem Bilanzstichtag rechtswirksam gewordene Sanierungsmaßnahmen **535** (sowohl seitens der Eigenkapitalgeber als auch von Seiten Dritter) gelten grundsätzlich die allgemeinen handelsrechtlichen Grundsätze. Allerdings ist in der Literatur die Auffassung entwickelt worden, dass die Rückwirkung von Sanierungsmaßnahmen – dem Grundgedanken von § 234 AktG folgend – einen begründeten Ausnahmefall im Sinne von § 252 Abs. 2 HGB darstellen kann, der die Durchbrechung des Stichtagsprinzips (in § 252 Abs. 1 Nr. 3 HGB) rechtfertigt.<sup>710</sup> Daher wird für Sanierungsmaßnahmen eine rückwirkende Berücksichtigung für zulässig erachtet, soweit sie der Verlustabdeckung dient, im Zeitpunkt der Aufstellung des Jahresabschlusses rechtswirksam geworden ist, und der Jahresabschluss einen entsprechenden Hinweis auf den Rückbezug sowie Erläuterungen im Anhang bzw. gegebenenfalls in entsprechenden Fußnoten enthält.<sup>711</sup>

Die Begrenzung der Rückwirkungsmöglichkeit von Sanierungsmaßnahmen auf die Ver- **536** lustabdeckung impliziert, dass hieraus kein ausschüttungsfähiger Bilanzgewinn im entsprechenden Jahresabschluss generiert werden darf. Dies beinhaltet auch die Generierung potentiell ausschüttungsfähiger Beträge durch die Schonung oder die Bildung von Rücklagen im Rahmen der Sanierung.<sup>712</sup>

## c) Bilanzsanierende Maßnahmen der Fremdkapitalgeber

### i. Forderungsverzicht

Ein Forderungsverzicht bedeutet, dass der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die **537** Schuld endgültig erlässt, wodurch das Schuldverhältnis erlischt (§ 397 BGB). Ein unbedingter Verzicht eines Dritt-Gläubigers (zum Forderungsverzicht eines Gesellschafters vgl.

<sup>708</sup> Förtschle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 79 m. w. N.

<sup>709</sup> Förtschle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 79.

<sup>710</sup> Adler/Düning/Schmaltz, § 252 HGB, Rn. 45, 47; WPH I F, Rn. 340.

<sup>711</sup> Adler/Düning/Schmaltz, § 252 HGB, Rn. 47; WPH I F, Rn. 340; Förtschle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 43 m. w. N.

<sup>712</sup> Förtschle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 43.

### C. Bilanzierung

auch Rn. 526 ff.) führt grundsätzlich zu einer erfolgswirksamen Ausbuchung der Verbindlichkeit. Bei einer entsprechenden Wesentlichkeit ist der Ertrag im Anhang gemäß § 285 Nr. 31 HGB anzugeben.<sup>713</sup> Gewährt ein Dritter die Forderung unter der Auflage, diesen in das Eigenkapital einzustellen, so sind die Organe der Gesellschaft zu einer entsprechenden Ergebnisverwendung verpflichtet.<sup>714</sup>

- 538** In der Praxis wird ein Forderungsverzicht häufig mit einem Besserungsschein vereinbart, der regelmäßig eine bedingte Neuverpflichtung im Fall späterer Gewinnerzielung (insbesondere bei Entstehen von Jahresüberschüssen) vorsieht. In diesem Fall ist die Verbindlichkeit durch den Erlass entfallen, eine neue Verbindlichkeit aufgrund des Besserungsscheins entsteht erst mit Eintritt der aufschiebenden Bedingung der Gewinnerzielung. Bei der aufschiebenden Bedingung handelt es sich um eine vertragliche Gewinnverfügung, die als solche erst im Jahr der Gewinnerzielung aufwandswirksam als Verbindlichkeit zu berücksichtigen ist.<sup>715</sup>
- 539** In manchen Fällen wird ein Forderungsverzicht auch unter einer auflösenden Bedingung, z. B. die Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder eines bestimmten Sanierungserfolgs, erlassen. In diesen Fällen bleibt es grundsätzlich bei der Passivierung der Verbindlichkeit, da der Erlass durch das möglicherweise rückwirkende Aufleben der Forderung (§ 158 Abs. 2 BGB) nicht endgültig ist, und die verbleibende Unsicherheit aus Vorsichtsgründen eine Ausbuchung nicht rechtfertigt.<sup>716</sup> Unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung ist für die bilanzielle Wirkung eines Besserungsscheins oder einer auflösenden bzw. aufschiebenden Bedingung aber entscheidend, ob diese zu einer Belastung des gegenwärtigen Vermögens führt. Ist dies nicht der Fall, so muss vor Eintritt des Besserungsfalls bzw. der Bedingung weder eine Verbindlichkeit noch eine Rückstellung passiviert werden.<sup>717</sup>
- 540** Über den Bestand bestehender Besserungsscheine ist gemäß § 285 Nr. 15a HGB im Anhang zu berichten.

#### ii. Debt-Equity-Swap

- 541** Der Debt-Equity-Swap stellt ein giges Sanierungsinstrument dar, bei dem bestehendes Fremdkapital in Eigenkapital umgewandelt wird. Der Debt-Equity-Swap ist also nicht mit der Zuführung neuer Liquidität verbunden, erhöht aber das Eigenkapital, die Eigenkapitalquote und senkt die ergebniswirksamen Finanzierungskosten. Für den Gläubiger können sich mögliche Vorteile aus den mit der Beteiligung erworbenen Mitwirkungsrechten und etwaigen Beteiligungen an Gewinnen nach einer erfolgreichen Sanierung ergeben.
- 542** Der Umtausch erfolgt technisch im Wege der Sachkapitalerhöhung (§ 56 GmbHG, § 183 AktG; vgl. hierzu Rn. 501 ff.), in deren Rahmen die gegen die Gesellschaft bestehenden Forderungen durch den Gläubiger ganz oder teilweise eingebracht werden. In der Praxis wird der Debt-Equity-Swap häufig mit einer vorherigen Kapitalherabsetzung oder weiteren Kapitalmaßnahmen verbunden.
- 543** Der Debt-Equity-Swap ist häufig das Ultima-Ratio-Instrument eines Gläubigers, wenn andere Maßnahmen gescheitert sind oder nicht zum gewünschten Erfolg geführt haben. Er ist für die Gläubiger umso sinnvoller, je weniger werthaltig ihre Forderungen im möglichen Insolvenzfall sind. Sind die Forderungen eines Gläubigers hoch besichert, wird für ihn das mit der Eigenkapitalposition verbundene Risiko und die mit der Umwandlung gegebenenfalls verbundenen rechtlichen Risiken nicht verhältnismäßig sein.<sup>718</sup> Im letzten Punkt lie-

<sup>713</sup> BeBiKo/Grottel, § 285, Rn. 891.

<sup>714</sup> IDW HFA 2/1996, Abschn. 2.2.

<sup>715</sup> Adler/Düring/Schmaltz, § 246 HGB, Rn. 150; IDW HFA 1/1984, Abschn. 3a); Förtschle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 44.

<sup>716</sup> Adler/Düring/Schmaltz, § 246 HGB, Rn. 124, 155; Förtschle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 48 f.; zur Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit des Bedingungsseintritts vgl. auch BeBiKo/Schubert, § 247, Rn. 225.

<sup>717</sup> Adler/Düring/Schmaltz, § 246 HGB, Rn. 124, 149.

<sup>718</sup> Knecht/Hagani, § 18, Rn. 48 [in: Restrukturierung, Sanierung; Insolvenz, 4. Auflage].

### I. Bilanzierung in der Krise

gen eine wesentliche Problematik und das Haupthindernis des Debt-Equity-Swaps. Im Rahmen einer Sachkapitalerhöhung besteht die Gefahr, dass die zur Erbringung der Einlage eingelegten Forderungen sich als nicht werthaltig herausstellen und sich hieraus eine Differenzhaftung mit entsprechender Nachschussverpflichtung ergibt (§ 9 GmbHG, § 45 AktG; siehe auch hierzu Rn. 507).<sup>719</sup>

#### iii. Rangrücktritt

Um eine bestehende Überschuldung zu beseitigen bzw. eine drohende Überschuldung abzuwenden, können Gläubiger, bei denen es sich um Gesellschafter oder Dritte handeln kann, und Schuldner einen Rangrücktritt vereinbaren. Durch die Rangrücktrittserklärung erklärt der Gläubiger, dass er mit der Befriedigung seiner Forderungen hinter die übrigen Gläubiger zurücktritt. Für den Gläubiger hat der Rangrücktritt den Vorteil, dass die Forderung, und damit der Rückzahlungsanspruch, vollumfänglich bestehen bleibt, wenn auch mit einer nachrangigen Befriedigungsposition. **544**

Durch das MoMiG wurde in den §§ 19 Abs. 2, 39 Abs. 2 InsO der Inhalt definiert, den eine Rangrücktrittsvereinbarung aufweisen muss, damit die Passivierung einer (Gesellschafter-)Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus entfällt. Danach muss für den Insolvenzfall eine Nachrangigkeit hinter sämtliche in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO aufgeführten Forderungen anderer Gläubiger vereinbart werden. Ob es darüber hinaus erforderlich ist, dass der Rangrücktritt zugleich eine bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirksame Auszahlungssperre vorsehen muss, ist in der Literatur strittig.<sup>720</sup> Damit die entsprechende Verbindlichkeit bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung aber nicht berücksichtigt werden muss, sollte die Rangrücktrittserklärung vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung eine derartige vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre enthalten.<sup>721</sup> Zu steuerlichen Aspekten von Rangrücktrittserklärungen vgl. Rn. 817 ff.<sup>722</sup> **545**

Da der Rangrücktritt die Verbindlichkeit nicht beseitigt, sondern diese rechtlich weiter besteht und lediglich in der Rangordnung hinter andere Verbindlichkeiten zurücktritt, muss sie in der Handelsbilanz weiterhin ausgewiesen werden.<sup>723</sup> Ein bilanzieller Sanierungseffekt ergibt sich in der Handelsbilanz insofern nicht. Aufgrund der Bedeutung des Rangrücktritts für eine etwaige Insolvenzantragspflicht und die Going-Concern-Prämisse sollte aber ein entsprechender Vermerk in der Bilanz oder im Anhang erfolgen.<sup>724</sup> **546**

#### iv. Zusätzliche Finanzierungsformen

Die zusätzliche Aufnahme von Fremdkapital in Krisensituationen gestaltet sich regelmäßig als schwierig. Neben alternativen Finanzierungsformen wie Anleihen oder Wandelschuldverschreibungen, deren Platzierung aber gerade in Sanierungssituationen gegebenenfalls mit nicht unerheblichen Umsetzungsproblemen verbunden sein kann, kann insbesondere die Einräumung von stillen Beteiligungen sowie von (weiteren) Gesellschaftendarlehen als weitere Finanzierungsmaßnahme zum Tragen kommen. **547**

Die stille Beteiligung ermöglicht eine Kapitalzufuhr, bei der die rechtliche Stellung des Kapitalgebers in einer Kombination von fremd- und eigenkapitalähnlichen Merkmalen flexibel ausgestaltet werden kann.<sup>725</sup> Die stille Beteiligung ist gesetzlich in § 230 ff. HGB geregelt, in ihrer Ausgestaltung aber dispositiv. Typischerweise wird in der Praxis zwischen der fremdkapitalähnlichen typischen Beteiligung und der eher eigenkapitalähnlichen atypischen Beteiligung unterschieden. Bei der typisch stillen Beteiligung, die eher dem gesetzli-

<sup>719</sup> Zu weiteren möglichen Haftungsrisiken aus den Vorschriften zur Kapital- und Anteilerhaltung vgl. *Knecht/Hagani*, § 18, Rn. 48 [in: *Restrukturierung, Sanierung; Insolvenz*, 4. Auflage].

<sup>720</sup> *Förschle/Heinz*, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 54 m. w. N.

<sup>721</sup> BGH vom 5.3.2015 – IX ZR 133/14; *Bitter/Rauhut ZIP* 2014, 1008 m. w. N.; *Förschle/Heinz*, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 55.

<sup>722</sup> Vgl. dazu *Oser*, DStR 2017, 1889 f.

<sup>723</sup> *Adler/Düning/Schmaltz*, § 246 HGB, Rn. 140; WPH I F, Rn. 444; *BeBiKo/Schubert*, § 247, Rn. 232.

<sup>724</sup> *BeBiKo/Schubert*, § 266, Rn. 255; *Förschle/Heinz*, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 57.

<sup>725</sup> *BeBiKo/Schubert*, § 266, Rn. 255; *Förschle/Heinz*, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 57.

### C. Bilanzierung

chen Normstatut folgt, erfolgt in der Regel neben der Festverzinsung eine gewinnabhängige Vergütung. Eine Beteiligung an Verlusten oder eine nachrangige Bedienung im Insolvenzfall wird aber regelmäßig ausgeschlossen. Die atypische stille Beteiligung hingegen ist nicht nur an den Gewinnen und häufig auch an Wertzuwächsen des Gesellschaftsvermögens (stille Reserven), sondern insbesondere auch an Verlusten beteiligt. Zudem werden dem stillen Gesellschafter entsprechend erhöhte Kontroll- und Mitwirkungsrechte eingeräumt.

- 549 Die atypisch stille Beteiligung ist in der Handelsbilanz regelmäßig als Fremdkapital zu erfassen, wobei je nach Bedeutung ein gesonderter Ausweis innerhalb der Verbindlichkeiten geboten sein kann.<sup>726</sup> Bei einer atypisch stillen Beteiligung kann aber unter den folgenden kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen ein gesonderter Ausweis innerhalb oder unmittelbar nach der Position Eigenkapital erfolgen:<sup>727</sup>
- Die Vergütung für die Kapitalüberlassung ist erfolgsabhängig.
  - Die stille Beteiligung nimmt in voller Höhe wie das gezeichnete Kapital an Verlusten teil.
  - Im Insolvenzfall entsteht ein Rückzahlungsanspruch für die stille Beteiligung erst nach Befriedigung aller anderen Gläubiger.
  - Die stille Beteiligung muss für einen längeren Zeitraum abgeschlossen werden. In der Literatur werden hier Laufzeiten von mindestens fünf Jahren und zwei Jahre Mindestkündigungsfrist genannt.<sup>728</sup>
- 550 In Abhängigkeit von der Gestaltung kann die stille Beteiligung neben dem Liquiditätszufluss also auch bilanzsanierende Wirkung durch einen erhöhten bilanziellen Eigenkapitalausweis entfalten.
- 551 Gerade Gesellschafter können in Krisensituationen Interesse daran haben, dem Unternehmen weiteres Kapital zur Vermeidung der nachteiligen Folgen einer Insolvenz zur Verfügung zu stellen.<sup>729</sup> Zu beachten sind dabei allerdings die Regelungen der Insolvenzordnung im Hinblick auf die sogenannte Eigenkapitalersatzfunktion von Gesellschafterdarlehen. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sieht vor, dass Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, nachrangig gegenüber Insolvenzgläubigern sind. Wirtschaftlich entsprechende Maßnahmen sind alle Maßnahmen, die durch Zuführung oder Belassen von Mitteln (beispielsweise Stundungsvereinbarung, Vereinbarung einer marktunüblich hinausgeschobenen Fälligkeit oder Verzicht auf die Geltendmachung einer fälligen Forderung) der Finanzierung der Gesellschaft dienen.<sup>730</sup> Die Regelung gilt für alle Kapitalgesellschaften und für alle Personengesellschaften, bei denen keine natürliche Person (direkt oder indirekt) persönlich haftender Gesellschafter ist (§ 39 Abs. 4 InsO). Nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterliegen alle Rechtshandlungen, die für eine derartige Forderung Befriedigung gewährt haben, der Insolvenzanfechtung, wenn diese Handlungen im letzten Jahr vor Insolvenzeröffnung oder danach vorgenommen wurden. Ausgenommen von dieser Regelung sind nur nicht geschäftsführende Gesellschafter mit einer Beteiligung von nicht mehr als 10% (Kleinbeteiligungsprivileg nach § 39 Abs. 5 InsO) sowie Gesellschafter, die Anteile zum Zweck der Sanierung erworben haben (Sanierungsprivileg nach § 39 Abs. 4 S. 2 InsO).
- 552 Trotz des insolvenzrechtlich kapitalersetzenden Charakters dieser Gesellschafterdarlehen bzw. -verbindlichkeiten sind diese, wie auch andere nachrangige Darlehen in der Handelsbilanz weiterhin als Verbindlichkeit zu passivieren (vgl. Rn. 544 ff.).<sup>731</sup> Aufgrund der Be-

<sup>726</sup> BeBiKo/Schubert, § 266, Rn. 192; Adler/Düring/Schmaltz, § 246 HGB, Rn. 90.

<sup>727</sup> BeBiKo/Schubert, § 266, Rn. 191 f.; Adler/Düring/Schmaltz, § 246 HGB, Rn. 91; WPH I F, Rn. 356, IDW HFA 1/1994, Abschn. 2.1.1.

<sup>728</sup> BeBiKo/Schubert, § 266, Rn. 191, WPH I F, Rn. 356 m. w. N.

<sup>729</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 57.

<sup>730</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 63 m. w. N.

<sup>731</sup> BeBiKo/Schubert, § 266, Rn. 255; Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 68.

## I. Bilanzierung in der Krise

deutung des nach der InsO eigenkapitalersetzenden Charakters der Verbindlichkeiten sollte wie beim Rangrücktritt ein entsprechender Vermerk in der Bilanz oder im Anhang erfolgen.<sup>732</sup> Auch im Überschuldungsstatus sind derartige Gesellschafterdarlehen weiterhin als Verbindlichkeiten anzusetzen, sofern nicht eine zusätzliche Rangrücktrittserklärung abgegeben wurde, die den Anforderungen der §§ 19 Abs. 2 S. 2, 39 Abs. 2 InsO genügt.

### d) Bilanzielle Gestaltungen der Unternehmensleitung

#### i. Inhalt von Maßnahmen der Unternehmensleitung

Bilanzielle Sanierungsmaßnahmen können auch unternehmensintern durch die Unternehmensleitung initiiert werden. Sie stehen in Unternehmenskrisen häufig am Anfang der Sanierungsphase. Neben einer (sachgerechten und angemessenen) Ausnutzung von Bilanzierungsspielräumen (vgl. hierzu Rn. 367 ff.) können insbesondere folgende bilanzorientierte Maßnahmen zur bilanziellen Sanierung genutzt werden: **553**

- Aufdeckung stiller Reserven,
- Sale-and-Lease-Back-Transaktionen,
- Factoring,
- Auflösung offener Rücklagen (Gewinn- und Kapitalrücklagen),
- weitere Gestaltungen der Bilanzstruktur, insbesondere mit dem Ziel einer Bilanzverkürzung und damit einhergehender Erhöhung der Eigenkapitalquote.

Auch diese Maßnahmen bedürfen zum Teil der Einbindung von Eigen- und Fremdkapitalgebern, können aber in der Regel stärker durch die Unternehmensleitung operativ beeinflusst werden. **554**

#### ii. Aufdeckung stiller Reserven

Die Aufdeckung stiller Reserven in der Handelsbilanz kann sowohl aus reinen Buchwertänderungen resultieren, als auch Ergebnis tatsächlicher Geschäftsvorfälle sein.<sup>733</sup>

Hinsichtlich der Aufdeckung stiller Reserven aus reinen Buchwertänderungen ist grundsätzlich das handelsrechtliche Realisationsprinzip nach § 252 Abs. 2 Nr. 4 HGB zu beachten, nach dem nur realisierte Gewinne in der Bilanz ausgewiesen werden dürfen. Im Hinblick auf Ansatz- und Bewertungswahlrechte (beispielsweise Unter- und Obergrenze bei der Herstellkostenermittlung; § 255 Abs. 2 HGB; vgl. ergänzend auch Abschn. C.I.3. Rn. 367 ff.) ist das Stetigkeitsgebot zu beachten (§ 246 Abs. 3, § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB). Die Einleitung von Sanierungsmaßnahmen dürfte aber in vielen Fällen einen begründeten Ausnahmefall im Sinne von § 252 Abs. 2 HGB darstellen,<sup>734</sup> so dass Ansatz- und Bewertungsspielräume gegebenenfalls ergebniserhöhend anders ausgeübt werden können. Zumindest in wesentlichen Fällen ist die Änderung im Anhang zu erläutern (§ 284 Abs. 2 Nr. 2 HGB).<sup>735</sup> Fraglich ist, ob ein ursprünglich nicht ausgeübtes Aktivierungswahlrecht (z.B. Aktivierung selbsterstellter immaterieller Vermögensgegenstände nach § 248 Abs. 2 HGB oder Agio nach § 250 Abs. 3 HGB) nachträglich anders ausgeübt werden kann. Grundsätzlich wird man dies kritisch sehen müssen, da sich die Wahlrechte nur auf das Jahr beziehen, in dem die tatsächlichen Aufwendungen angefallen sind.<sup>736</sup> **555**

Ein wesentliches Augenmerk der Unternehmensleitung dürfte sich aber auf reale Sanierungsmaßnahmen richten, bei denen stille Reserven tatsächlich durch Geschäftsvorfälle realisiert werden. Derartige Maßnahmen betreffen insbesondere die Veräußerung von nicht betriebsnotwendigem Vermögen. **556**

Eine Veräußerung von Vermögen unter Realisierung stiller Reserven ist nach allgemeinen Grundsätzen auch innerhalb eines Konzernverbundes möglich (sofern die erwerbende **557**

<sup>732</sup> BeBiKo/Schubert, § 266, Rn. 255.

<sup>733</sup> Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 25.

<sup>734</sup> BeBiKo/Winkeljohann/Büssow, § 252, Rn. 61; Adler/Düring/Schmaltz, § 252 HGB, Rn. 113.

<sup>735</sup> BeBiKo/Grottel, § 284, Rn. 176, 179; Adler/Düring/Schmaltz, § 252 HGB, Rn. 113.

<sup>736</sup> BeBiKo/Schubert/Waubke, § 250, Rn. 40; Förstle/Heinz, Sonderbilanzen, Abschn. Q, Rn. 25.



### C. Bilanzierung

Konzerngesellschaft beispielsweise nicht vermögenslos ist).<sup>737</sup> Eine Aufdeckung stiller Reserven ist beispielsweise auch durch Einlage eines Vermögensgegenstandes (beispielsweise eines Grundstücks oder einer Beteiligung) in ein Tochterunternehmen<sup>738</sup> oder im Wege der Ausgliederung des Vermögensgegenstandes nach § 123 Abs. 3 UmwG möglich.<sup>739</sup> Die Hebung von stillen Reserven ist auch im Rahmen von Spaltungsvorgängen bei Tochterunternehmen (§ 123 Abs. 1, 2 UmwG) möglich.<sup>740</sup> In all diesen Fällen richtet sich die Bewertung der zugehenden Anteile nach Tauschgrundsätzen, wonach der eingetauschte Vermögensgegenstand (hier: die neuen Anteile) mit dem Zeitwert des hingegebenen Vermögensgegenstandes bewertet werden kann, so dass in entsprechendem Umfang eine Gewinnrealisation möglich ist.<sup>741</sup> Die gleichen Grundsätze gelten bei der Verschmelzung oder Anwachsung eines Tochterunternehmens auf die Mutter. Auch in diesem Rahmen besteht das Wahlrecht, als Anschaffungskosten des vom Tochterunternehmen im Rahmen der Verschmelzung bzw. Anwachsung erworbenen Reinvermögens den Zeitwert der untergehenden Anteile anzusetzen.<sup>742</sup> Ein weiterer bilanzsanierender Effekt von Umstrukturierungsmaßnahmen kann sich daraus ergeben, dass durch Vereinigung eines Ertrags-/Unternehmensteils mit einem Sanierungsfall dessen Ertragsfläche überdeckt wird. Bei konzerninternen Transaktionen ist allerdings zu beachten, dass diese im Hinblick auf die Ergebnis- und Eigenkapitalwirkungen im Konzernabschluss eliminiert werden und somit dort als bilanzielle Sanierungsmaßnahme ohne Wirkung bleiben. Insbesondere im Hinblick auf Financial Covenants, die sich auf Konzernkennzahlen beziehen, ist dies zu bedenken.

#### iii. Sale-and-Lease-Back-Gestaltungen

**558** Sale-and-Lease-Back-Geschäfte zielen in der Regel vornehmlich auf den Finanzierungsaspekt, spielen aber auch für die Bilanzgestaltung eine bedeutende Rolle. Beim „normalen“ Leasing erwirbt der Leasinggeber den Leasinggegenstand bei einem Dritten, oder stellt diesen selbst her und verleast ihn dann an den Leasingnehmer. Im Gegensatz dazu erwirbt bei Sale-and-Lease-Back-Gestaltungen der Leasinggeber den Leasinggegenstand vom Leasingnehmer selbst. An der tatsächlichen Sachherrschaft des Leasingnehmers am Leasingobjekt soll sich in der Regel im Fall des Sale-and-Lease-Back aber nichts ändern.<sup>743</sup>

**559** Ob durch den Verkauf des Leasingobjektes an den Leasinggeber beim Leasingnehmer ein Veräußerungsgewinn realisiert werden kann, hängt davon ab, ob das wirtschaftliche Eigentum auf den Leasinggeber übertragen wurde. Dies ist auf Basis der abgeschlossenen Verträge zu prüfen. Die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums an einem Leasinggegenstand richtet sich auch in den Fällen von Sale-and-Lease-Back-Gestaltungen nach den allgemeinen Grundsätzen der Leasingbilanzierung.<sup>744</sup> Die handelsrechtliche Zuordnung richtet sich mangels eigener Kriterien weitgehend nach den Zuordnungskriterien, die durch die steuerliche Rechtsprechung und die Finanzverwaltung entwickelt wurden.<sup>745</sup> Danach sind als Zuordnungskriterien für den Vermögensgegenstand insbesondere das Verhältnis von Leasingvertragsdauer zur betriebsgewöhnlichen Nutzungsdauer sowie die Verteilung von Chancen und Risiken aus der Verwertung des Leasinggegenstandes nach Ablauf der Leasingzeit heranzuziehen.<sup>746</sup> Geht nach diesen Kriterien das Eigentum am Leasinggegenstand auf den Käufer (= Leasinggeber) über, kann der Veräußerungsgewinn aus dem Sale-and-Lease-Back-Geschäft beim Veräußerer realisiert werden. Allerdings kommt eine Gewinnre-

<sup>737</sup> IDW ERS HFA 13, Rn. 96 ff.

<sup>738</sup> IDW ERS HFA 13, Rn. 74, 82 ff.

<sup>739</sup> IDW ERS HFA 13, Rn. 75; IDW RS HFA 43, Rn. 38.

<sup>740</sup> IDW RS HFA 43, Rn. 32 ff.

<sup>741</sup> IDW ERS HFA 13, Rn. 76 f; IDW RS HFA 43, Rn. 32 ff., 38.

<sup>742</sup> IDW RS HFA 42, Rn. 45 f., 94.

<sup>743</sup> IDW ERS HFA 13, Rn. 70.

<sup>744</sup> IDW ERS HFA 13, Rn. 72.

<sup>745</sup> BeBiKo/Schmidt/Ries, § 246, Rn. 37; Adler/Düring/Schmaltz, § 246 HGB, Rn. 392.

<sup>746</sup> Vgl. zu Einzelheiten BeBiKo/Schmidt/Ries, § 246, Rn. 41 ff.; Adler/Düring/Schmaltz, § 246 HGB, Rn. 389 ff.