

Kapitel 5: Rechtsvergleichende Analyse

Die steuerliche Privilegierung der Schuldenrestrukturierung in Deutschland und Frankreich weist trotz etlicher Parallelen und ähnlicher Problemstellungen grundlegende Unterschiede auf. Schon bei der Betrachtung der sanierungsprivilegierenden Normen fällt auf: Der deutschen Steuerbefreiung von Erträgen aus Schuldenerlassen mit ihren umfassenden komplementären Rechtsfolgen steht eine sehr schlank gefasste, partielle Aufhebung der Mindestbesteuerung im französischen Art. 209-1 alinéa 4 CGI gegenüber. Eine weitere Privilegierung findet sich im französischen Steuerrecht auf Ebene des Sanierers, wohingegen in Deutschland keine Sonderregelungen vorgesehen sind. In beiden Rechtsordnungen gilt, dass die einzelnen Sanierungsprivilegierungen und ihre Reichweiten auf das jeweilige allgemeine Steuersystem abgestimmt sind. Bei übergreifender Betrachtung von Erlasssituationen zeigt sich: Sind Sanierer und Sanierter gesellschaftsrechtlich unverbunden, so sind die entstehenden Abweichungen zwischen der deutschen und französischen Rechtslage weitgehend auf die Unterschiede zwischen § 3a EStG und Art. 209-1 alinéa 4 CGI zurückzuführen. Beide Rechtsordnungen wollen das Liquiditätsproblem des Schuldenerlasses systematisch ähnlich lösen. Deutliche Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen treten bei gesellschaftsrechtlich verbundenen Unternehmen auf. Gemein ist nur, dass mit der gesellschaftsrechtlichen Verbindung zum Teil einander widersprechende Zielsetzungen in Einklang gebracht werden müssen, womit ein deutlicher Komplexitätszuwachs einhergeht. Entsprechend wenig stringent und unübersichtlich ist die jeweilige Rechtslage. Trotz der umfassenderen Rechtsfolgen der Sanierungsprivilegierung in Deutschland zeigt sich die französische Rechtslage tendenziell als sanierungsfreundlicher. Dies ist auf das frühzeitige Eingreifen der anwendbaren Privilegierungen und eine deutlich bessere steuerliche Behandlung der besonders praxisrelevanten Sanierung durch Gesellschafter zurückzuführen.

Beide Länder verfolgen beim Debt-Equity-Swap konträre gesellschaftsrechtliche Regelungskonzepte. Während das französische Recht die Umwandlung einer wertgeminderten Forderung in Eigenkapitalanteile zum Nennwert erlaubt, verpflichtet das deutsche Recht zur effektiven Kapitalaufbringung. Damit ist die Umwandlung in Eigenkapital nur zum Marktwert der Forderung möglich. An diese gesellschaftsrechtlichen Unterschie-

de anknüpfend, stellen sich in Frankreich Probleme bei der Bewertung der vom Gläubiger neu erworbenen Anteile. Die französische Rechtslage zeigt sich dabei sehr restriktiv. Die für den Schuldner steuerneutrale Nennwerteinlage ist für den Gläubiger grundsätzlich mit einem steuerlichen Abzugsverbot für die Differenz zwischen Nenn- und Marktwert der erhaltenen Anteile verbunden. Deshalb dürfte die Nennwerteinlage nur für steuerlich nicht in Frankreich ansässige Gläubiger und für Steuerpflichtige interessant sein, die unter die Ausnahmeverordnung des Art. 209-VII bis CGI fallen.

Weitgehend deckungsgleich sind die Funktionsweise und die steuerliche Behandlung des Debt-Buy-Backs durch den Schuldner. Einzig für Deutschland ist streitig, ob ein beim Schuldner entstehender Gewinn von der Steuerbefreiung des § 3a EStG umfasst ist. Der Debt-Buy-Back durch den Schuldner hat jedoch in beiden Ländern kaum praktische Relevanz – aus steuerlichen und außersteuerlichen Gründen.

A. Analyse der Sanierungsprivilegierungen

Der augenfälligste Unterschied zwischen der deutschen und französischen Rechtslage besteht in der Anzahl der steuerlichen Privilegierungen für Schuldenrestrukturierungen. Dem deutschen § 3a EStG stehen gleich drei Normen auf der französischen Seite gegenüber. Hieran zeigt sich bereits die unterschiedliche systematische Herangehensweise. Der französische Gesetzgeber hat keine umfassende, eigenständige Norm für Gewinne aus Schuldenrestrukturierungen geschaffen, sondern sanierungsspezifische Ausnahmen systematisch der entsprechenden Grundregel zugeordnet. Allerdings ist die Privilegierung des Art. 39-1, 8° CGI praktisch bedeutungslos⁸³⁴ und Art. 39-13 alinéa 2 CGI wirkt nicht auf Ebene des zu sanierenden Schuldners, sondern beim gesellschaftlichrechtlich verbundenen Gläubiger. Das Regelungsanliegen des § 3a EStG findet seine Entsprechung in Art. 209-1 alinéa 4 CGI. Deshalb strukturiert sich dieser Unterabschnitt anhand einer Gegenüberstellung von Art. 209-1 alinéa 4 CGI und § 3a EStG. Nur punktuell wird auf Art. 39-13 alinéa 2 CGI Bezug genommen, dessen Wirkungsweise im Kontext des Schuldenerlasses dargestellt wird.

834 Siehe dazu bereits Kapitel 3:E.I.2.c) ab S. 88.

I. Rechtsfolgen: Steuerfreiheit oder Aufhebung der Mindestbesteuerung

Der französische Steuergesetzgeber hebt – wirtschaftlich betrachtet – für Verzichtsgewinne die Mindestbesteuerung auf.⁸³⁵ Art. 209-1 alinéa 4 CGI stellt sicher, dass Erlassgewinne in unbeschränkter Höhe mit bestehenden Verlustvorträgen verrechnet werden können. Ist der Verzichtsgewinn höher als die bestehenden Verlustvorträge, treten insoweit die normalen Besteuerungsfolgen ein. Letztlich wird der Verzichtsgewinn liquiditätsschonend besteuert, aber nicht steuerfrei gestellt. Dieser einfachen und klaren Regelung steht mit § 3a EStG eine deutlich umfassendere und komplexere Sanierungsprivilegierung gegenüber. Zwar ist die Rechtsfolge „Steuerfreiheit“ für Erträge aus Sanierungsoperationen sehr weitgreifend, aber zugleich grenzen komplementäre Rechtsfolgen die Steuerbefreiung wieder ein. Das Abzugsverbot für Sanierungskosten aus § 3c Abs. 4 EStG sichert, dass wirtschaftlich nur der Gewinn aus der Sanierungsoperation steuerfrei gestellt wird und nicht der Ertrag. Über § 3a Abs. 3 S. 2 EStG wird eine Doppelbegünstigung des Steuerpflichtigen verhindert, indem bestehende Aufwands- oder Verlustpositionen in Höhe des geminderten Sanierungsertrags untergehen.⁸³⁶ Die eliminierten Steuerminderungspositionen sind der Preis der Steuerbefreiung. Wirtschaftlich betrachtet ist nur die Differenz zwischen dem um die Sanierungskosten vermindernden Sanierungsertrag und den untergehenden Steuerminderungspositionen eine echte Steuerbefreiung. Deshalb besteht steuerlich kein großer Unterschied zwischen der deutschen und französischen Rechtslage, wenn die Verzichtsgewinne die bestehenden Verlustvorträge nicht überschreiten. Der deutsche Steuerpflichtige muss die Steuerbefreiungen mit dem Untergang seines Verlustvortrags erkaufen, während der französische Steuerpflichtige einen um den Verzichtsgewinn erhöhten Sockelbetrag des unbeschränkt abzugsfähigen Verlustes bei der Mindestbesteuerung erhält.⁸³⁷ Kleinere Abweichungen ergeben sich dann, wenn beim deutschen Steuerpflichtigen bereits gemäß § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 1-7 EStG untergehende Steuerminderungspositionen bestehen. Diese wären vorrangig vor dem laufenden und vorgetragenen Verlust untergegangen und hätten den allgemeinen Verlustvortrag insoweit erhalten. Unterschiedlich hohe Steuerbelastungen entstehen, wenn die Verlustvorträge nicht zur Kompensation des Verzichtsgewinns ausreichen. Für den franzö-

⁸³⁵ Siehe dazu Kapitel 3:B.I ab S. 77.

⁸³⁶ Genauer dazu Kapitel 2:A.I.2 ab S. 21.

⁸³⁷ Näher zu Art. 209-1 alinéa 4 CGI siehe Kapitel 3:B.I ab S. 77.

sischen Steuerpflichtigen treten dann die regulären Besteuerungsfolgen ein, was zu einer Liquiditätsbelastung führt. Demgegenüber wird der deutsche Steuerpflichtige von einer Liquiditätsbelastung in jedem Fall verschont, weil die Steuerbefreiung unabhängig davon eintritt, ob Steuerminderungspositionen bestehen.

Hinsichtlich des Umfangs der Rechtsfolge sind die deutschen Steuerpflichtigen deutlich privilegierter, damit erhöht sich jedoch das beihilfrechtliche Risiko. Die vollständige Verrechnung von Verzichtsgewinnen mit bestehenden Verlustvorträgen hat sich nur in Fällen der akuten Existenzgefährdung als beihilfenunverdächtig erwiesen.⁸³⁸ Das gilt sowohl nach der strengen Sichtweise des Europäischen Gerichtshofs als auch nach der hier vertretenen souveränitätsschonenderen Sichtweise. Anders ist dies für die nicht durch untergehende Steuerminderungspositionen kompensierte⁸³⁹ Steuerbefreiung des Sanierungsertrags nach deutschem Recht. Allein nach der in dieser Arbeit vertretenen, souveränitätsschonenden Ansicht ist die Qualifikation als Beihilfe ausgeschlossen, während der Europäische Gerichtshof mit seinem Prüfungsmaßstab zur Annahme einer Beihilfe kommen dürfte. Der sogenannte „comfort-letter“ der Europäischen Kommission mit der Einstufung des § 3a EStG bietet daher nur begrenzte Sicherheit.⁸⁴⁰ Zumindest mit Wirkung für die Zukunft wäre ein Beihilfenverdikt durch die Kommission jederzeit möglich.

An der unterschiedlichen Wirkungsweise – Steuerbefreiung mit anschließender Kompensation durch den Untergang von Steuerminderungspositionen in Deutschland versus Erhöhung des Sockelbetrags der Mindestbesteuerung in Frankreich – wird deutlich, warum die Regelungstechnik in beiden Ländern verschieden ist. Aus der umfassenden Steuerbefreiung in Deutschland ergibt sich die systematische Notwendigkeit einer eigenständigen Privilegierungsnorm, wohingegen die auf Veränderungen an der Mindestbesteuerung beschränkte französische Privilegierung zu Recht als Ausnahme im Rahmen der Grundnorm geregelt ist. Die umfassende Steuerbefreiung im deutschen Recht stellt den deutschen Steuergesetzgeber

838 Siehe zu Frankreich: Kapitel 4:C.III.3 ab S. 153 und zu Deutschland: Kapitel 4:C.III.4.b)cc) ab S. 162.

839 Genauer, auch zu den Problemen der Kompensationshöhe Kapitel 4:C.III.4.b) ab S. 158.

840 Zum „comfort-letter“ siehe Weerth, ZInsO 2018, 1893; Licht, EU-Beihilferecht und Unternehmensbesteuerung, S. 398 ff.; auch Seer, FR 2014, 721 (730 f.) mit ausführlicher Darstellung der Historie der Sanierungsgewinnbefreiung (724 ff.); zur Entwicklungsgeschichte auch Kahlert, ZIP 2016, 2107 (2107-2110).

noch vor weitere Probleme, die der französische Gesetzgeber nicht zu lösen braucht. Eine privilegierte Verrechnung mit Verlustvorträgen schafft im Gegensatz zu einer Steuerbefreiung keine Anreize für Steuerpflichtige, stille Lasten unrealisiert zu lassen. Stehen dem Steuerpflichtigen keine Verlustvorträge zur Verfügung und muss er mit einer steuerbedingten Liquiditätsbelastung rechnen, wird er versuchen, ein möglichst hohes Verlustpotenzial zu schaffen. Ist der Sanierungsertrag dagegen steuerfrei, wird er versucht sein, stille Lasten für die Zeit nach der Sanierung zu erhalten. Auf diese Gefahr hat der deutsche Gesetzgeber mit § 3a Abs. 1 S. 2 EStG reagiert. Wegen der außerbilanziellen Wirkungsweise der Steuerbefreiung des § 3a Abs. 1 S. 1 EStG hat die verpflichtende Wahlrechtsausübung zur Schaffung eines größtmöglichen Verlustes keine unmittelbaren Folgen für den Sanierungsertrag.⁸⁴¹ Sie wirkt erst mittelbar über den Untergang der Steuerminderungspositionen in § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 8 EStG. Die Reichweite und die von der Zwangsausübung umfassten Wahlrechte sind deshalb umstritten.⁸⁴² Dem weiten Wortlaut des § 3a Abs. 1 S. 1 EStG folgend, müsste eine Wahlrechtsausübung auch dann erfolgen, wenn der mit ihrer Anordnung verfolgte Zweck nicht erreicht werden kann. Wegen der weitreichenden Steuerbefreiung in § 3a Abs. 1 S. 1 EStG muss der deutsche Gesetzgeber zudem den Untergang von Steuerminderungspositionen vorsehen, um eine Überprivilegierung zu vermeiden.⁸⁴³ Dafür greift der deutsche Gesetzgeber sogar auf den zusammenveranlagten Ehegatten zurück und hat mit § 3a Abs. 3 S. 3 EStG noch eine Abwehrnorm gegen denkbare Umgehungsgestaltungen geschaffen. Diese Problematik umgeht der französische Steuergesetzgeber, weil er die Entscheidung zur Realisierung größtmöglichen Verlustpotenzials beim Steuerpflichtigen belassen kann; aufgrund der fehlenden Steuerbefreiung besteht keine Missbrauchsgefahr. Dafür müssen französische Steuerpflichtige auf eine echte Steuerbefreiung verzichten und sind einer liquiditätsbelastenden Besteuerung ausgesetzt, soweit die Verlustvorträge nicht ausreichen.

841 Genauer dazu Kapitel 2:A.I.3 ab S. 26.

842 Zum Ganzen Kapitel 2:A.I.3 ab S. 26.

843 Gleiches gilt auch für die beihilfenrechtliche Beurteilung des § 3a EStG, siehe Kapitel 4:C.III.4.b) ab S. 158.

II. Persönlicher Anwendungsbereich

Die deutsche Sanierungsprivilegierung des § 3a EStG ist auf alle Steuerpflichtigen mit gewerblichen Einkünften und über die Verweisung des § 8 Abs. 1 KStG auch auf Körperschaften anwendbar. Demgegenüber erfasst Art. 209-1 alinéa 4 CGI ausschließlich Körperschaftsteuersubjekte. Für Einkommensteuersubjekte gilt dort keine Mindestbesteuerung, die partiell aufgehoben werden könnte.⁸⁴⁴

III. Sachliche Anforderungen an die Sanierungsbedürftigkeit

Völlig unterschiedliche Konzepte verfolgen der deutsche und französische Steuergesetzgeber bei den sachlichen Voraussetzungen für die Sanierungsprivilegierung. Während in Deutschland eigenständige steuerrechtliche Anforderungen für die Sanierungsbedürftigkeit gelten, knüpfen Art. 209-1 alinéa 4 CGI und Art. 39-13 alinéa 2 CGI tatbestandlich an insolvenz- und sanierungsrechtliche Verfahren an.

Darüber hinaus stellt der deutsche Gesetzgeber durch das Erfordernis des betrieblich veranlassten Schuldenerlasses und die Sanierungsabsicht eine Korrespondenz zur Behandlung auf Ebene des Gläubigers her, die dem französischen Recht fremd ist. Ebenso fremd sind dem französischen Recht die Tatbestandsmerkmale „Sanierungsfähigkeit“ und „Sanierungseignung“, die auf den gegebenenfalls zu erwartenden Erfolg der Sanierung Bezug nehmen.

1. Eigenständiger vs. insolvenzrechtsakzessorischer Sanierungsbegriff

Das Merkmal der Sanierungsbedürftigkeit im § 3a Abs. 2 EStG weist keine formale Verknüpfung zu insolvenzrechtlichen Tatbeständen auf. Für die Annahme der Sanierungsbedürftigkeit ist eine steuerrechtlich eigenständige Prognoseentscheidung erforderlich.⁸⁴⁵ Damit entstehen notwendigerweise materielle Parallelen zur Prüfung der Antragsvoraussetzungen insolvenzrechtlicher Verfahren. Eine formale Verknüpfung ist vor dem Hintergrund strategischer Insolvenz- und Sanierungsverfahren nicht gewünscht. Dem-

844 Dazu Kapitel 3:A ab S. 71; siehe auch Art. 156-I CGI.

845 Dazu Kapitel 2:A.III.1 ab S. 30.

entsprechend reicht für die Sanierungsbedürftigkeit im Sinne des § 3a EStG das Vorliegen von Insolvenzantragsgründen nicht aus. Tritt jedoch Zahlungsunfähigkeit ein, wird in der Regel auch die Sanierungsbedürftigkeit vorliegen.⁸⁴⁶ Der französische Gesetzgeber hat hingegen sowohl in Art. 209-1 alinéa 4 CGI als auch in Art. 39-13 alinéa 2 CGI einen tatbestandlichen Bezug zur Eröffnung eines Insolvenz- oder Sanierungsverfahrens hergestellt. Es reicht deshalb nicht aus, wenn die Voraussetzungen eines solchen Verfahrens erfüllt sind oder der Antrag gestellt ist. Das Verfahren muss eröffnet sein, damit ein Verzichtsgewinn von Art. 209-1 alinéa 4 CGI privilegiert werden kann. Die Eröffnungsvoraussetzungen insbesondere der *conciliation* und des *procédure de sauvegarde* greifen dafür bereits sehr früh ein. Schon der Verlust von wichtigen Kunden, schwindende Marktanteile durch aggressive Konkurrenz oder ähnliche Situationen reichen aus.⁸⁴⁷ Damit genügen zum normalen Geschäftsleben gehörende Probleme, die nicht zwingend Vorboten einer Existenzkrise sein müssen. Die Erheblichkeitsschwelle als Voraussetzung des *procédure de sauvegarde* wird von der Rechtsprechung nur in erkennbaren Missbrauchsfällen als nicht erfüllt angesehen. Deshalb kann die Privilegierung des Art. 209-1 alinéa 4 CGI sehr früh eröffnet sein und strategisch genutzt werden. Die steuerrechtliche Anknüpfung von Sanierungsprivilegierungen an das niederschwellige Sanierungs- und Insolvenzrecht hat beihilfenrechtliche Implikationen. Liegt keine Existenzgefährdung des erlassbegünstigten Schuldners vor, ist die fehlende Vergleichbarkeit der privilegierten mit den normal besteuerten Steuerpflichtigen nicht zu begründen. Nach der hier vertretenen engen Auslegung des Selektivitätsbegriffs dürfte die Annahme einer Beihilfe an der fehlenden Begünstigung einer bestimmten Gruppe von Steuerpflichtigen scheitern. Für den weitgreifenden Ansatz des Europäischen Gerichtshofs wird dagegen eine Beihilfe vorliegen.⁸⁴⁸

⁸⁴⁶ Zum Ganzen Kapitel 2:A.III.1 ab S. 30.

⁸⁴⁷ Zur *conciliation*: Kapitel 3:B.II ab S. 78; zum *procédure de sauvegarde*: Kapitel 3:B.II.2 ab S. 79.

⁸⁴⁸ Zum Beihilfenrecht siehe Kapitel 4:C.III.3 ab S. 153.

2. Bezugnahme zu Motiven des Gläubigers – Irrweg des deutschen Gesetzgebers

Durch die Merkmale „Sanierungsabsicht“ und „betrieblich veranlasster Forderungsverzicht“ in § 3a Abs. 2 EStG stellt der deutsche Gesetzgeber tatbestandsmäßig eine Korrespondenz zwischen Gläubiger- und Schuldnerebene her. Für die steuerliche Behandlung des erlassbegünstigten Schuldners kommt es zum einen darauf an, dass der Gläubiger in der Absicht handelt, den Schuldner zu sanieren. Der Schuldenerlass muss daher in gewissem Maße eine fremdnützige Prägung erhalten, wenn auch eigennützige Motive des Gläubigers nicht *per se* schädlich sind.⁸⁴⁹ Zum anderen ist eine betriebliche Veranlassung des Schuldenerlasses auf Seiten des Gläubigers notwendig. Bei verbundenen Gläubigern wird die betriebliche Veranlassung durch einen Fremdvergleich von der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung abgegrenzt. Nur fremdvergleichskonforme Schulderlasse der Gesellschafter können von § 3a EStG privilegiert werden. Der Gesellschafter muss wie ein fremder Dritter an der Sanierung des Schuldners teilnehmen, denn die Erlasse von unverbundenen Gläubigern können mangels anderweitiger Beziehung nur durch die normale Geschäftsbeziehung veranlasst sein. Regelmäßig wird der Gläubigerakkord als Nachweismöglichkeit für die Fremdüblichkeit des Vorgehens der Gesellschafter gefordert, d. h. das gleichgerichtete Vorgehen von Gesellschaftern und Nicht-Gesellschaftern bei der Schuldenrestrukturierung.

Völlig zu Recht fehlen dem französischen Steuerrecht solche Merkmale. Die steuerliche Behandlung auf Ebene des erlassbegünstigten Steuerpflichtigen von Motiven auf Ebene des Sanierers abhängig zu machen, läuft dem Grundgedanken des § 3a EStG zuwider. Die beiden Tatbestandsmerkmale „Sanierungsabsicht“ und „betriebliche Veranlassung des Schuldenerlasses“ verkomplizieren und verengen die Anwendung unnötig. Insbesondere wirken sie als Sanierungsbremse, indem sie die Privilegierung von frühzeitigen Gesellschafterverzichten verhindern und Sanierungsbemühungen aus steuerlichen Gründen auf einen späteren Zeitpunkt verschieben, zu dem die Bemühungen regelmäßig intensiviert werden müssen. Die Tatbestandsmerkmale wirken auch nicht als Korrektiv; die aus dem Gesetzeszweck folgende Privilegierungsbedürftigkeit wird bereits durch die Sanierungsbedürftigkeit ausreichend typisiert. Zudem sind die Merkmale konzeptionell widersprüchlich und ihre Anwendung wenig überzeugend. Sanierungsab-

849 Genauer dazu Kapitel 2:A.III.3 ab S. 33.

sicht verlangt vom Gläubiger die zielgerichtete Verhinderung des Zusammenbruchs und Herbeiführung der finanziellen Gesundung des Schuldners. Ein überragendes Eigeninteresse des Gläubigers an der Fortführung der Geschäftsbeziehung wird daher als Indiz gegen die Sanierungsabsicht gewertet. Gleichzeitig wird ein betrieblich begründeter Schuldenerlass gefordert. Nach unbefangener Deutung des Wortlauts würde dies ein überwiegendes eigenbetriebliches Interesse des sanierenden Gläubigers und damit genau das Gegenteil der Sanierungsabsicht nahelegen. Zwar wird die Abgrenzung zwischen betrieblicher und gesellschaftsrechtlicher Veranlassung *in praxi* durch einen Fremdvergleich und damit negativ vorgenommen; letztlich bleiben die Wertung jedoch gleich. Ein vernünftiger Drittgläubiger wird einem Erlass nur bei eigenem Nutzen und als *ultima ratio* zustimmen.

Um so verwunderlicher ist, dass beide Merkmale von der Rechtsprechung angenommen werden, wenn ein Gläubigerakkord zwischen (nahezu) allen Gläubigern vorliegt. Eine wirklich „reine“ Sanierungsabsicht wird auch dann nicht bestehen. Vielmehr sind durch die Schwere der Unternehmenskrise die Eigeninteressen der wesentlichen Gläubiger gleichgerichtet. Die Auslegung der Sanierungsabsicht kann daher nicht vom Gläubiger verlangen, die Rettung des Schuldners als altruistisches Endziel zu verfolgen. Vielmehr muss die Absicht schon dann erfüllt sein, wenn die Verhinderung des Zusammenbruchs notwendiges Zwischenziel der eigenen wirtschaftlichen Interessen ist. Damit wäre das Tatbestandsmerkmal jedoch zugleich entkernt, weil für nahezu alle Motive des Gläubigers, an einer Sanierung mitzuwirken, der Sanierungserfolg notwendiges Zwischenziel ist. Für diesen Nachweis bräuchte es keinen Gläubigerakkord.

Der Blick nach Frankreich zeigt zudem, dass es keinen sachlogischen Grund gibt, gesellschaftsrechtlich veranlasste Schuldenerlasse aus dem Anwendungsbereich des § 3a EStG auszuschließen. Soweit mangels Werthaltigkeit der erlassenen Forderung ein Verzichtsgewinn entsteht, würde der zuweilen verunglückten, bereichsspezifischen Ausprägung des Fremdvergleichs die Schärfe genommen. Darüber hinaus wären Sanierungsbemühungen der Gesellschafter in existenziellen Krisen nicht erst nach (schwierigen) Verhandlungen mit Drittgläubigern möglich. Die Gesellschafter könnten bereits eigenständig notwendige Maßnahmen zur Rettung der Tochtergesellschaft treffen. Gleichzeitig führen die derzeitigen Anforderungen des veranlassungsabgrenzenden Fremdvergleichs zu keinem Rationalitätsgewinn. Wer den Gläubigerakkord als Indiz für einen fremdver-

gleichskonformen Forderungsverzicht sieht, verkennt Folgendes: Der Gesellschafter wird immer – zumindest untergeordnet – im Interesse seiner Beteiligung sanieren. Der Gläubigerakkord sichert keineswegs, dass ein eigenbetriebliches Interesse des Gesellschafters an der Sanierung vorliegt. Bei gleichgerichtetem Handeln von Drittgläubiger und Gesellschafter-Gläubiger kann der Dritte beispielsweise zur Aufrechterhaltung einer Lieferbeziehung handeln und der Gesellschafter allein, um seine Beteiligung zu erhalten. Außerdem wird die Anforderung an gleichgerichtetes Verhalten von Fremdgläubigern und Gesellschaftern der tatsächlichen Situation, in der beide stehen, nicht gerecht. Insbesondere die gesetzlich angeordnete Nachrangigkeit von Gesellschafterforderungen (§ 39 InsO) zeigt, dass der Gesellschafter bei gleichmäßiger Verzicht ein geringeres wirtschaftliches Opfer bringt.⁸⁵⁰ Unter anderem deshalb werden Gesellschafter häufig eher zu Verzichten bereit sein.

Insgesamt ist der Zweck beider Merkmale im Tatbestand einer Privilegierung, die Sanierungen auch aus beschäftigungs- und wirtschaftspolitischen Gründen ermöglichen soll, nicht ersichtlich. Die französische Rechtslage weist hier eine höhere Stringenz auf. Zu beachten bleibt jedoch, dass der Verzicht des französischen Gesetzgebers auf solche Kriterien wegen des frühen Anwendungsbereichs beihilfenrechtlich bedenklich ist. Wegen der Voraussetzung der Sanierungsbedürftigkeit wäre der Verzicht auf die Kriterien „Sanierungsabsicht“ und „betrieblich begründeter Schuldenerlass“ für den deutschen Gesetzgeber beihilfenrechtlich weniger bedeutsam.

3. Begrenzung auf Schuldenerlasse

Beide Rechtsordnungen begrenzen ihre Privilegierung auf Schuldenrestrukturierungen ohne Liquiditätszuführung. Der französische Art. 209-1 alinéa 4 CGI nimmt allein auf den Forderungsverzicht Bezug. Andere Sanierungsoperationen – auch wenn durch sie keine Liquidität zugeführt wird – werden nicht privilegiert. Nach dem engen, zivilrechtlich geprägten Verständnis der Rechtsprechung in Deutschland werden von § 3a EStG ebenfalls nur Erlassfälle im Sinne von § 397 Abs. 1, 2 EStG umfasst.⁸⁵¹ Damit ist der Anwendungsbereich nicht auf den Forderungsverzicht begrenzt, privilegierungsfähig sind alle Sanierungsoperationen, die zivilrechtlich als

⁸⁵⁰ Zu diesem Problem schon oben Kapitel 2:A.III.4 ab S. 34.

⁸⁵¹ Zum Ganzen Kapitel 2:A.III.5 ab S. 36.

Erlass konstruiert werden können. Fälle, in denen der Sanierungsgewinn durch Konfusion entsteht, können jedoch nicht privilegiert werden. Diese Ansicht kann hinsichtlich der grundsätzlich im deutschen Steuerrecht geltenden wirtschaftlichen Auslegung nicht überzeugen. Der Gesetzeszweck, Sanierungen ohne Liquiditätszufuhr nicht aus steuerlichen Gründen scheitern zu lassen, verlangt eine weite Auslegung der Privilegierung. Dies gilt für beide Länder gleichermaßen.

B. Forderungsverzicht

Wenn das steuerrechtliche Schrifttum in beiden Ländern vom Forderungsverzicht (bzw. *abandon de créance*) schreibt, handelt es sich zivilrechtlich um einen Schuldenerlass. Beiden Rechtsordnungen ist ein einseitiger Verzicht auf Forderungen fremd. Der Schulderlass setzt eine vertragliche Einigung zwischen Gläubiger und Schuldner voraus. Sind die erlassbegünstigte Kapitalgesellschaft und der Gläubiger gesellschaftsrechtlich unverbunden, verläuft die steuerliche Behandlung in Deutschland und Frankreich weitestgehend synchron. Einzig die oben skizzierten unterschiedlichen Tatbestände und Rechtsfolgen der Sanierungsprivilegierung verursachen Unterschiede. Deutliche Abweichungen und ein spürbarer Komplexitätsgewinn treten bei gesellschaftlicher Verbundenheit der Erlassparteien auf. Vielfältige Problemkreise sowie unterschiedliche und zum Teil widersprechende Ziele müssen von beiden Rechtsordnungen adressiert werden: Verzichte aus kommerziellen Gründen müssen von solchen aus gesellschaftsrechtlichen Gründen abgegrenzt werden. Die steuerliche Behandlung von Fremdkapitalfinanzierung soll bei der Schuldenrestrukturierung nicht zu deutlich günstigeren Folgen führen als die Eigenkapitalfinanzierung. Gleichzeitig muss bei der Sanierung von Konzerngesellschaften die wirtschaftliche Relevanz der Einheit als Gesamtheit mit der steuerlich geltenden Trennung zwischen rechtlich selbständigen Einheiten beachtet werden. Dem wirtschaftspolitischen Ziel der Sanierungsprivilegierung verpflichtet, sollen Sanierungsbemühungen einerseits nicht an steuerlichen Hindernissen scheitern. Andererseits steigt durch die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit auch das Missbrauchsrisiko, beispielsweise die Gefahr der Verlagerung von Verlusten durch Forderungsverzichte. Die Adressierung dieser Gefahren durch spezielle Normen unterliegt – genauso wie die Privilegierung von Schuldenrestrukturierung – europarechtlichen Schranken. Dieses Konglomerat an Wertungen und Problemen löst keine der betrachteten Rechts-

ordnungen stringent und übersichtlich. Es zeigt sich jedoch, dass die französische Rechtsordnung bei gesellschaftsrechtlicher Verbundenheit Sanierungen steuerlich konsequenter begleitet. Deutschland scheint zu sehr gefangen zu sein in der Vorsicht vor missbräuchlichen Gestaltungen. Als Sanierungshemmnisse erweisen sich insbesondere die steuerrechtliche Behandlung qualifiziert beteiligter Gläubiger und der enge Anwendungsbereich des § 3a EStG.

I. Forderungsverzicht des unverbundenen Gläubigers: Gewinn für Schuldner – Verlust für Gläubiger

Keine steuerrechtlichen Schwierigkeiten bereitet der Forderungsverzicht unverbundener Gläubiger. Sowohl in Frankreich als auch in Deutschland entsteht auf Seiten des erlassbegünstigten Unternehmens durch den Wegfall der Verbindlichkeit ein grundsätzlich steuerpflichtiger Gewinn. Unterschiede in der steuerlichen Behandlung resultieren aus den verschiedenen Anwendungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Art. 209-1 alinéa 4 CGI und des § 3a EStG.⁸⁵² Die deutsche Privilegierung greift später, stellt dafür umfassend von Steuerzahlungen frei. Die Anwendungsvoraussetzungen des französischen Pendants greifen bereits deutlich eher, jedoch ist die Rechtsfolge weniger umfassend. Sie nützt nur Steuerpflichtigen, die ausreichend hohe Verlustvorträge aufweisen. In beiden Ländern sind die Verluste der Gläubiger aus den Forderungsverzichten oder den bereits vorher erfolgten Wertberichtigungen steuerlich abzugsfähig.

II. Komplexität durch gesellschaftliche Verbundenheit

Durch die gesellschaftsrechtliche Verbundenheit gewinnt die steuerliche Beurteilung des Erlasses vor allem auf Ebene des verzichtenden Gesellschafters an Komplexität. Ist der Gläubiger ein Gesellschafter des Schuldners, möglicherweise im Rahmen von Konzernstrukturen, richtet sich die Wirtschaftlichkeit von Sanierungen nach einer übergreifenden Betrachtung der beiden Verzichtsparteien. Steuerlich kommt der in beiden Rechtsordnungen relevanten Abgrenzung der betrieblichen/kommerziellen von der gesellschaftsrechtlichen/finanzierenden Veranlassung des Verzichts große

852 Siehe vorstehend Kapitel 5:A ab S. 188.

Bedeutung zu. Betriebliche bzw. kommerziell veranlasste Forderungsverzichte führen grundsätzlich zu den gleichen steuerlichen Folgen wie bei unverbundenen Erlassparteien. Nur in Deutschland ist bei qualifiziert beteiligten Gesellschaftern zu beachten, dass die Abzugsbeschränkungen des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG und § 8b Abs. 3 S. 4 KStG eingreifen können, da eine Veranlassung der Darlehensgewährung im Gesellschaftsverhältnis trotz des betrieblich begründeten Verzichts nicht ausgeschlossen ist. Der Großteil der Komplexität entsteht jedoch bei gesellschaftsrechtlich veranlassten Forderungsverzichten. Zunächst müssen die durch den Verzicht entstehenden nachträglichen Anschaffungskosten ermittelt werden. Deutschland und Frankreich verfolgen dazu jeweils verschiedene Konzepte. Erst danach können die steuerlichen Verzichtsfolgen betrachtet werden. Dabei hängen die steuerlichen Auswirkungen von einigen Variablen ab, wie etwa dem Verzichtszeitpunkt, der Art und Höhe der Beteiligung sowie der steuerlichen Qualifikation des verzichtenden Gesellschafters. Eine ganz besondere Bedeutung haben auch die Sanierungsprivilegierungen. Gerade der französische Gesetzgeber ist dort bei gesellschaftlicher Verbundenheit von Gläubiger und Schuldner weniger zurückhaltend als der deutsche.

1. Abgrenzung der Veranlassung

Die entscheidende Weichenstellung für die steuerlichen Auswirkungen des Forderungsverzichts ist die Sanierungsmotivation des Gläubigers. Beide Länder verfolgen relativ ähnliche Konzepte. In Deutschland ist die betriebliche von der gesellschaftsrechtlichen Veranlassung des Forderungsverzichts abzugrenzen. Mit leicht veränderter Terminologie verläuft die Abgrenzung in Frankreich zwischen kommerziellen und finanziierenden Forderungsverzichten. Zu beachten ist, dass die französische Rechtslage ein zweistufiges Konzept verfolgt und der Abgrenzung zwischen kommerziellem und finanziierendem Forderungsverzicht mit der Doktrin des *acte anormal de gestion*⁸⁵³ eine Rationalitätsprüfung vorgeschaltet ist. Diese ist unabhängig von der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit eine zusätzliche Hürde für die Abzugsfähigkeit von Kosten bzw. Aufwendungen der französischen Steuerpflichtigen.

853 Näher zum *acte anormal de gestion*: Kapitel 3:E.I.2.a) ab S. 86.

Trotz der ähnlichen Zielsetzung ergeben sich deutliche Unterschiede im Hinblick auf die konkreten Abgrenzungsmodalitäten. In Deutschland erfolgt die Differenzierung durch einen Fremdvergleich. Handelt der sanierende Gesellschafter wie ein unverbundener Dritter, wird eine betriebliche Veranlassung des Forderungsverzichts angenommen. Andernfalls gilt der Verzicht als durch das Gesellschafterverhältnis veranlasst. Wichtiges Beweisanzeichen ist der sogenannte Gläubigerakkord von Gesellschaftern und Nicht-Gesellschaftern bei der Sanierung. Abgrenzungsprobleme entstehen vor allem dann, wenn nicht alle Gläubiger zu Verzichten bereit sind oder die Gläubiger sehr heterogene Interessen verfolgen, z. B. aufgrund unterschiedlicher Kreditsicherheiten. Klar ist aber, dass die Abgrenzung durch Fremdvergleich in Deutschland weniger auf die Verzichtsmotive des Gesellschafters abzielt als auf den Zeitpunkt des Verzichts. Je später in der Krise eines Unternehmens verzichtet wird, desto eher werden Drittgläubiger die Notwendigkeit einer Schuldenrestrukturierung anerkennen und damit die Verzichtsbeiträge der Gesellschafter betrieblich prägen. Ganz anders stellt sich die Rechtslage in Frankreich dar: nicht der Zeitpunkt, sondern die Verzichtsmotive sind entscheidend für die Abgrenzung zwischen kommerziellen und finanziierenden Forderungsverzichten. Für die Bewertung des Gesellschafterverzichts kommt es allein darauf an, ob die Sanierungsleistungen durch ein Interesse an den Handels-, Dienstleistungs- oder sonstigen Wirtschaftsbeziehungen zur Tochtergesellschaft veranlasst sind. Deshalb ist aus Sicht der Rechtsprechung und der Finanzverwaltung für eine betrieblich geprägte (subjektive) Verzichtsmotivation regelmäßig erforderlich, dass objektiv eine über das Gesellschaftsverhältnis hinausgehende Geschäftsbeziehung besteht – ein deutlicher Unterschied zur deutschen Rechtslage. Liegt ein Verzicht aus kommerziellen Gründen vor, ist der Verzichtsverlust für den Gläubiger steuerlich voll abzugfähig. Begründet sich das Verzichtsinteresse primär in der Erhaltung der Beteiligung oder allgemeinen Finanzierungsbeziehungen, ist der Verzicht finanzieller Art. Ein solcher ist nur in den Sanierungsfällen des Art. 39-13 alinéa 2 CGI nach Maßgabe des Art. 39-13 alinéa 3 CGI steuerlich berücksichtigungsfähig.⁸⁵⁴ Eine gewisse Kontrolle in zeitlicher Hinsicht findet auch in Frankreich statt. Durch die Figur des *acte anormal de gestion* ist sichergestellt, dass Verzichtsleistungen *ultima ratio* bei der Sanierung bleiben. Damit findet zugleich eine dem deutschen Recht in dieser Reichweite fremde Kontrolle

854 Siehe Kapitel 3:E.II.2.a)dd) ab S. 97.

unternehmerischer Rationalität statt.⁸⁵⁵ Denn der Maßstab eines vernünftigen, nach Rendite strebenden Gesellschafters gilt sowohl für Verzichtsleistungen von Gesellschaftern als auch von Dritten. Sofern dem Forderungsverzicht keine vernünftigen wirtschaftlichen Erwägungen zugrunde liegen, kann der Verzichtsverlust steuerlich nicht berücksichtigt werden.

Probleme entstehen, wenn die Gesellschafter zur Wahrung ihres eigenen Rufes sowie zur Rettung des Rufes der Tochtergesellschaft auf Forderungen verzichten. In Frankreich wird durch die Finanzverwaltung und Gerichte ein finanziell veranlasster Forderungsverzicht angenommen. In der Literatur wird das mit guten Gründen kritisiert.⁸⁵⁶ Letztlich liegt das Problem in der doppelten Motivationslage der Verzichtsleistung begründet. Insbesondere Konzerngesellschaften werden im Wirtschaftsverkehr nicht hinsichtlich der einzelnen juristischen Person beurteilt, sondern als Teil eines Ganzen wahrgenommen. Die Sanierung von Tochtergesellschaften zur Rettung des eigenen guten Rufes dient den Interessen an der Beteiligung, da der gute Ruf der Beteiligungsgesellschaft und damit ihr Wert erhalten wird. Ebenso zuträglich ist der Verzicht jedoch für die eigenwirtschaftlichen Interessen der Muttergesellschaft. Denn auch ihr Ruf und die damit verbundenen Folgen für die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr werden durch die Sanierung gewahrt. Beispiele können etwa Finanzierungsbedingungen, Lieferantenbeziehungen oder sonstige Vertragsverhältnisse der Muttergesellschaft zu Dritten sein, die durch Sanierungsbemühungen zumindest positiv beeinflusst werden. Deshalb dient der Forderungsverzicht zur Rettung des guten Rufes der Literatur als Beispiel, warum das Erfordernis einer über das Gesellschaftsverhältnis hinausgehenden Geschäftsbeziehung keine zwingende Voraussetzung eines kommerziell geprägten Verzichts sein kann. Die Abgrenzung der Veranlassung bei der Rettung des guten Rufes ist in Deutschland unproblematisch, wenn die wesentlichen Gläubiger gleichmäßig verzichten. Diese Verzichte erhalten unabhängig von der Motivationslage eine betriebliche Prägung. Schwierig wird die Beurteilung jedoch dann, wenn nur die Muttergesellschaft als Gläubigerin saniert. Eine betriebliche Veranlassung ist bei der Sanierung durch einzelne (Gesellschafter-)Gläubiger nicht ausgeschlossen, der Beweis der Fremdüblichkeit wird durch die fehlende Indizwirkung des Gläubigerakkords allerdings erschwert. Zwei

855 Kapitel 3:E.I.2.a) ab S. 86.

856 Dazu und zum Ganzen Kapitel 3:E.II.2.a)bb) ab S. 93.

dazu ergangene Entscheidungen des Bundesfinanzhofs⁸⁵⁷ kommen jeweils mit gegenteiligen Erwägungen zu unterschiedlichen Ergebnissen.⁸⁵⁸ Bemerkenswert ist, dass beide Entscheidungen kaum einen Bezug zum Fremdvergleich herstellen, sondern die hauptsächlichen Erwägungen aus der Interessenlage der Gesellschafter ziehen. Denn das große Problem dieser Fälle ist, ob es überhaupt einen vernünftigen Vergleichsmaßstab geben kann. Denkt man die Gesellschafterstellung weg, dürfte in der Regel zugleich der Grund zur Rettung des guten Rufs entfallen. Anders als bei der Rettung einer Tochtergesellschaft nimmt der eigene Ruf keinen Schaden, wenn ein unverbundener Geschäftspartner mit seinen Verbindlichkeiten ausfällt. Deshalb kann die Rettung des guten Rufs der Muttergesellschaft nie zu einer betrieblichen Veranlassung des Forderungsverzichts bei einer Tochtergesellschaft führen. Anders ist dies, wenn die Rettung des guten Rufs der Beteiligung wegen der geschäftlichen Beziehung im wirtschaftlichen Interesse des Gesellschafters liegt. Hier könnte als Vergleichsmaßstab ein Nichtgesellschafter dienen, der etwa zum Vertrieb seiner Produkte entscheidend auf den guten Ruf seines sanierungsbedürftigen Geschäftspartners angewiesen ist.

2. Anschaffungskosten

Für den Gesellschafter-Gläubiger kann der Forderungsverzicht nicht nur zu Verlusten, sondern über nachträgliche Anschaffungskosten auch zu einem erfolgsneutralen Aktivtausch führen. Die dogmatische Gemeinsamkeit zwischen der deutschen und französischen Rechtslage zur Bestimmung der nachträglichen Anschaffungskosten (dem Grunde nach) ist die Veranlassung des Verzichts im Gesellschafterverhältnis. Die betrieblich oder kommerziell geprägten Verzichte können nur ausnahmsweise zu Anschaffungskosten führen, wenn ein enger Zusammenhang zum Beteiligungserwerb besteht. Zur Bestimmung der Anschaffungskostenhöhe nehmen beide Rechtsordnungen Bezug auf die finanzielle Lage der Schuldnerin. In Deutschland gilt dies allerdings nur mittelbar über die Werthaltigkeit der Forderung des Gesellschafters. Wenn der Verzicht gesellschaftsrechtlich veranlasst ist, entstehen nachträglich Anschaffungskosten des verzichten-

857 BFH, Urt. v. 31.07.1991 – VIII R 23/89, BFHE 165, 398 = BStBl II 1992, 375; BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40.

858 Siehe dazu Kapitel 2:B.II.l.a) ab S. 41.

den Gesellschafters, soweit die Forderung noch werthaltig war. In Frankreich wird unmittelbar Bezug zur finanziellen Lage der Schuldnerin genommen. Nachträgliche Anschaffungskosten entstehen nur, soweit der Betrag des Verzichts nicht auf eine tatsächlich bestehende Überschuldung der Schuldnerin entfällt. Außerdem ist bei mehreren Gesellschaftern zu beachten, dass der nicht auf die Überschuldung entfallende Teil des Verzichts nur in Höhe der eigenen Kapitalanteile zu Anschaffungskosten führt.

Für die Bestimmung der Höhe der nachträglichen Anschaffungskosten betrachtet der deutsche Gesetzgeber den Forderungsverzicht vollständig aus der Perspektive des Gläubigers. Der gesellschaftsrechtlich veranlasste Verzicht ist gewissermaßen eine Umwidmung der Forderung in Beteiligungskapital. Soweit die Forderung noch werthaltig ist, wird aus dem Wirtschaftsgut „Forderung“ eine Steigerung des Wirtschaftsguts „Beteiligung“. Eine Umbuchung des Nennwerts der Forderung in Beteiligungskapital sieht das deutsche Steuerrecht nicht vor, da andernfalls faktisch eine steuerliche Rückwirkung möglich wäre. Schließlich könnte der Gesellschafter sonst den bereits erlittenen Verlust aus der Darlehensbeziehung in einen Verlust aus der Beteiligung umwandeln.⁸⁵⁹ Deshalb entstehen Anschaffungskosten nur in Höhe des werthaltigen Teils der erlassenen Forderung. Der französische Gesetzgeber geht einen anderen Weg und erhebt die beteiligungsmäßig auf den verzichtenden Gesellschafter entfallende Steigerung des positiven Nettovermögens des Schuldners zum Beurteilungsmaßstab. Anders als in Deutschland geht es daher nicht um die Umwandlung einer Forderung in Beteiligungskapital, sondern die Anschaffungskosten entsprechen dem eigenen Kapitalanteil an der Steigerung des positiven Substanzwerts der Tochtergesellschaft. Diese Unterschiede haben Auswirkungen auf die Wahrscheinlichkeit nachträglicher Anschaffungskosten in Sanierungsfällen. In Krisensituationen wird bei singulärer Betrachtung der einzelnen Forderungen jedes einzelnen Gesellschafters häufig Wertlosigkeit vorliegen. In Deutschland entstehen daher bei der Sanierung von Krisenunternehmen nur selten nachträgliche Anschaffungskosten. Hingegen kommt es nach der französischen Rechtlage nicht auf die Werthaltigkeit der einzelnen Forderung an; entscheidend ist der Gesamtbetrag aller Hilfsbeiträge von Gesellschaftern. Überschreitet die Gesamtheit der Sanierungsbeiträge die Überschuldung des Schuldners, entstehen nachträgliche Anschaffungskosten. Dass die Summe der Verzichtsbeiträge die Überschul-

859 Das gilt, auch wenn in der Praxis nur äußerst selten ein solches Bedürfnis bestehen dürfte; eher im Gegenteil.

dung beseitigt, ist deutlich wahrscheinlicher als die Werthaltigkeit einzelner Forderungen. Daher wird die Sanierung von Krisenunternehmen in Frankreich häufiger zu nachträglichen Anschaffungskosten führen.

In beiden Rechtsordnungen ist die Bezeichnung als „nachträgliche Anschaffungskosten“ trügerisch. Denn ein Anschaffungsvorgang neuer Anteile findet nicht statt. Streng genommen werden durch die Sanierung auch keine zeitlich nachfolgenden Aufwendungen auf die ursprüngliche Anschaffung der Anteile getätigt, wenn der Gläubiger die Beteiligung nicht zum Zwecke der Sanierung erworben hat. Steuersystematisch ist die Qualifikation als nachträgliche Anschaffungskosten in Deutschland dennoch richtig, wenn der Forderungsverzicht zu einer steuerneutralen Einlage für die Tochtergesellschaft führt. Denn im Ergebnis dienen die nachträglichen Anschaffungskosten der bilanziellen Umsetzung des „Umwandlungsmodells“. Nach der durch die verdeckte Einlage erfolgenden Umwidmung einer Forderung in Beteiligungskapital müssen für dessen Verluste richtigerweise dieselben steuerlichen Folgen gelten wie für andere Beteiligungsverluste. Verfehlt ist allein das durch die Rechtsprechung geschaffene „Quasi-Verbot“ der Teilwertabschreibung im Jahr der Sanierung.⁸⁶⁰ Denn ob die Beteiligung noch den Wert hat, zu dem sie in der Bilanz des Gesellschafters verbucht ist, hängt nicht nur von der Sanierung ab, sondern ebenso vom Bilanzansatz beim Gesellschafter.

Schwieriger zu durchdringen ist die französische Rechtslage. Auf die Kapitalanteile des Gesellschafters entfallende positive Substanzwertsteigerungen führen dort zu nachträglichen Anschaffungskosten. Die Logik dahinter erschließt sich nicht. Der französische Gesetzgeber lässt die Perspektive des Gesellschafter-Gläubigers außer Acht, wenn er allein auf das Nettovermögen des zu sanierenden Schuldners abstellt. Im französischen System müsste es richtigerweise darauf ankommen, zu welchem Wert die Beteiligung beim Gesellschafter aktiviert ist. Denn ob eine Steigerung des Wertes der Tochtergesellschaft für den Gesellschafter zu einer Werterhöhung seiner Beteiligung führt, entscheidet sich nicht allein auf Ebene der Tochtergesellschaft. Die Entscheidung hängt bei jedem Gesellschafter von den individuellen Erwerbskosten und dem bestehenden Bilanzansatz der Beteiligung ab. Nur wenn die Werterhöhung der Tochtergesellschaft zu einem höheren Beteiligungswert als dem bilanzierten führt, tätigt der Gesellschafter keine Erhaltungsaufwendungen, sondern Anschaffungskosten im weiteren Sinne.

860 Dazu Kapitel 2:B.II.2.a)aa) ab S. 51.

3. Steuerliche Verzichtsfolgen

Inwieweit sich eine Schuldenrestrukturierung zur Sanierung einer Tochtergesellschaft lohnt, hängt sicherlich nicht allein von den steuerlichen Folgen ab. Gleichwohl wird der umsichtige, sanierungsbereite Gesellschafter die Steuerfolgen genau prüfen: Lässt sich der Sanierungsbeitrag steuerlich nutzen? Welche steuerlichen Auswirkungen ergeben sich auf Ebene der zu sanierenden Tochtergesellschaft? Ist die Sanierungsoperation „Forderungsverzicht“ bei übergreifender Betrachtung von Gesellschafter und Gesellschaft zumindest steuerneutral? Und können die Besteuerungsfolgen durch eine andere Struktur der Sanierung oder durch die Wahl eines anderen Zeitpunkts noch beeinflusst werden? Antworten auf diese Fragen lassen sich nicht durch eine isolierte Betrachtung der Sanierungsprivilegierungen finden. Große Bedeutung kommt dem allgemeinen Steuersystem zu, in das diese Privilegierungen eingebunden sind. Bei zusammengefasster Betrachtung der Erlassparteien sowie der Sanierungsprivilegierungen und allgemeinen Steuernormen zeigen sich unterschiedliche Antworten auf die oben aufgeworfenen Fragen in den untersuchten Rechtsordnungen. Ergebniswirksame Kriterien sind vor allem der Zeitpunkt der Schuldenrestrukturierung und die Beteiligungsquote des Gesellschafters. Bei frühzeitigen Schuldenrestrukturierungen durch Forderungsverzichte vor dem Kriseneintritt ist die deutsche Rechtslage deutlich attraktiver. Die verdeckte Einlage führt zur Steuerneutralität beim begünstigten Schuldner. In Frankreich wäre die Durchführung von Forderungsverzichten zu einem so frühen Zeitpunkt nicht ratsam. Für die erlassbegünstigte Tochtergesellschaft entsteht ein Gewinn, wenn die Voraussetzungen des Art. 216 A CGI nicht greifen. Gleichzeitig erzielt der Gesellschafter steuerlich nicht umfassend nutzbare nachträgliche Anschaffungskosten und wegen der Abzugsbeschränkung des *acte anormal de gestion* steuerlich unbedeutliche Verluste. Mit zunehmender wirtschaftlicher Krise bei der Tochtergesellschaft wandelt sich das Bild. Saniert der Gesellschafter in frühen Krisenstadien und damit eher als Drittgläubiger, wird die Privilegierung des § 3a EStG für Verzichtsgewinne in Deutschland regelmäßig nicht einschlägig sein. Verschärft sich die Krise weiter, treten für den qualifiziert beteiligten Gesellschafter die Abzugsbeschränkungen des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG oder § 8b Abs. 3 S. 4 KStG ein – möglicherweise sogar parallel zur Versagung des § 3a EStG auf Schuldnerebene. Etwas anderes gilt für die französische Rechtsordnung: sie effektuiert gerade in Krisensituationen ihr Privilegierungsarsenal. Die jeweiligen Abzugsbeschränkungen und Steuerprivilegierungen behindern

sich nicht gegenseitig, die Sanierungsprivilegierungen greifen vielmehr sowohl für den Schuldner als auch für den Gläubiger. Dadurch werden Schuldenrestrukturierungen zur Sanierung nicht durch steuerbedingte Liquiditätsabflüsse belastet.

a) Nachträgliche Anschaffungskosten

Entstehen durch den Forderungsverzicht nachträgliche Anschaffungskosten für den Gläubiger⁸⁶¹, hat das keine unmittelbaren steuermindernden Auswirkungen. Erst wenn die Beteiligung veräußert wird oder durch eine Teilwertabschreibung Verluste entstehen, kann der Steuerpflichtige sie nutzen. Wirtschaftlich gesehen sind nachträgliche Anschaffungskosten auf den Veräußerungs-/Abschreibungsfall verlagerte Steuerminderungen. Spätere Verluste sind nicht mehr dem Wirtschaftsgut „Forderung“ zuzuordnen, sondern der Beteiligung. Die unterschiedliche steuerliche Behandlung in beiden Rechtsordnungen resultiert daher maßgeblich aus den allgemeinen Steuerregelungen für Beteiligungsverluste. Deutschland sieht für Einkommensteuersubjekte, die an erlassbegünstigten Kapitalgesellschaften beteiligt sind, im Veräußerungsfall oder für Teilwertabschreibungen eine Berücksichtigung der nachträglichen Anschaffungskosten von 60 % vor.⁸⁶² Bei Körperschaftsteuersubjekten bleiben die nachträglichen Anschaffungskosten wegen § 8b Abs. 2 KStG vollständig unberücksichtigt.⁸⁶³ Die französische Steuerrechtsordnung differenziert zusätzlich noch nach Zeitraum und Art der Beteiligung. Hält ein Einkommensteuersubjekt die Anteile im Veräußerungszeitpunkt weniger als zwei Jahre seit dem Zeitpunkt der ursprünglichen Anschaffung, mindern die nachträglichen Anschaffungskosten entweder den Veräußerungsgewinn oder führen zu einem Veräußerungsverlust. Ein solcher Verlust ist mit anderen Einkünften des Steuerpflichtigen vollständig verrechenbar. Anderes gilt für Anteile, die im Veräußerungszeitpunkt seit zwei Jahren oder länger gehalten werden. Wegen der dann geltenden privilegierten Besteuerung von Veräußerungsgewinnen mit einem niedrigeren Steuersatz können Veräußerungsverluste nur vorgetragen und mit Veräußerungsgewinnen derselben Kategorie verrechnet

861 Zu den unterschiedlichen Voraussetzungen in Deutschland und Frankreich siehe oben Kapitel 5:B.II.2 ab S. 202.

862 Kapitel 2:B.II.2.a)aa) ab S. 51.

863 Kapitel 2:B.II.2.b)aa) ab S. 62.

werden. Bei Körperschaftsteuersubjekten wird nicht allein nach dem Beteiligungszeitraum differenziert. Die Beteiligung muss zudem als *titre de participation*⁸⁶⁴ gehalten werden, um unter das System der langfristigen Kapitalgewinne/-verluste zu fallen. Erfüllt sie die Anforderungen, bleiben die nachträglichen Anschaffungskosten steuerlich unberücksichtigt.⁸⁶⁵ Wird die Beteiligung weniger als zwei Jahre gehalten oder erfüllt sie die Anforderungen an einen *titre de participation* nicht, sind die nachträglichen Anschaffungskosten steuerlich beachtlich. Sie mindern den normal zu versteuernden Veräußerungsgewinn oder führen zu einem verrechenbaren Verlust. Die französische Rechtslage mit ihren jeweiligen Unterdifferenzierungen bei den Einkommensteuer- und Körperschaftsteuersubjekten ist in diesem Punkt komplexer als die deutsche. Das zeigt sich vor allem an der in Frankreich zusätzlich geltenden Missbrauchsabwehrnorm Art. 219-I a septies CGI.⁸⁶⁶ Für Sanierungsfälle mag es auf den ersten Blick überraschen, dass nachträgliche Anschaffungskosten nur dann genutzt werden können, wenn die Sanierung und die Veräußerung innerhalb von zwei Jahren nach (für Körperschaften sogar qualifiziertem) Beteiligungserwerb erfolgen. Dies ist der französischen Dogmatik zur Vermeidung von Kaskadeneffekten bei der Besteuerung von Körperschaften und ihren Anteilseignern geschuldet und dementsprechend eine konsequente Fortführung systematischer Grundsentscheidungen. In Verlustfällen ist diese zusätzliche Komplexität für den Steuerpflichtigen sogar vorteilhaft, wenn er nicht unter das System der langfristigen Kapitalverluste fällt.

Unterschiede, die im weiteren Sinne mit nachträglichen Anschaffungskosten zusammenhängen, existieren außerdem auf Schuldnerebene. Zwischen nachträglichen Anschaffungskosten und verdeckter Einlage besteht in Deutschland ein zwingender Zusammenhang. Der Betrag des Forderungsverzichts, der beim Gesellschafter-Gläubiger zu nachträglichen Anschaffungskosten führt, ist beim Schuldner als verdeckte Einlage steuerneutral. Wegen der Werthaltigkeitsanforderungen bleibt diese steuerneutrale Korrespondenz auf frühe Sanierungsbemühungen begrenzt. Das französische Steuerrecht kennt keine verdeckte Einlage und keinen unmittelbaren Zusammenhang der steuerlichen Behandlung von verbundenen Steuerpflichtigen. Dessen ungeachtet hat der französische Gesetzgeber für Sanie-

864 Siehe dazu Kapitel 3:E.II.2.b) ab S. 100.

865 Einzige Ausnahme ist die Rechtsprechung zur pauschalen Hinzurechnung von Betriebsausgaben; dazu und zum ganzen Kapitel 3:E.II.2.a)ee) ab S. 99.

866 Dazu und zu damit verbundenen Problemen Kapitel 3:E.II.2.a)ee) ab S. 99.

rungsbemühungen von Gesellschaftern erkannt, dass die fehlende steuerliche Abzugsfähigkeit auf Ebene des Gesellschafters und der Gewinn für den Schuldner zusammen betrachtet einen negativen Gesamtbelastungseffekt hat. Zum mindesten bei qualifiziert beteiligten Gesellschaftern stellt Art. 216 A CGI den beim Gesellschafter nicht abzugsfähigen Betrag bei der Tochtergesellschaft steuerfrei, soweit zusätzlich eine Kapitalerhöhung durchgeführt wird.⁸⁶⁷ Über dieses Gestaltungsmittel schafft der französische Gesetzgeber mit einem weniger weitgreifenden persönlichen Anwendungsbereich und zusätzlichen sachlichen Voraussetzungen einen in jeder Sanierungssituation wirkenden Zusammenhang zwischen den gesellschaftsrechtlich verbundenen und doch selbstständigen Steuersubjekten. Dadurch kann sich die steuerliche Unbeachtlichkeit von nachträglichen Anschaffungskosten auch noch in späten Krisenstadien mindernd auf die Steuerschuld der erlassbegünstigten Gesellschaft auswirken.

b) Abzugsfähigkeit von Verzichtsverlusten

Soweit beim verzichtenden Gesellschafter-Gläubiger keine nachträglichen Anschaffungskosten entstehen, ist die bilanzielle Minderung des Aktivvermögens ein Verzichtsverlust. In den beiden untersuchten Rechtsordnungen wird seine steuerliche Nutzung jedoch eingeschränkt. Das französische Steuerrecht differenziert nach der Verzichtsveranlassung. Nur Verluste aus kommerziell geprägten Forderungsverzichten kann der Steuerpflichtige ohne Weiteres steuerlich geltend machen, während Verluste aus finanziierenden Verzichten wegen Art. 39-13 alinéa 1 CGI nicht abzugsfähig sind. Anlass für die Einführung des Abzugsverbots war die Befürchtung des französischen Gesetzgebers, dass durch die weitgehende Anerkennung der Gründe für einen finanziierenden Forderungsverzicht Verluste von der ausländischen Tochtergesellschaft zu der in Frankreich ansässigen Muttergesellschaft überführt werden. Der Zweck des Art. 39-13 alinéa 1 CGI besteht daher in der Verhinderung des „Verlustimports“. Eine Beschränkung der Norm auf Fälle mit Auslandsbezug ist aufgrund europarechtlicher Bedenken unterblieben.⁸⁶⁸ Demgegenüber ist die Zielsetzung des deutschen Gesetzgebers die Gleichstellung der gesellschaftsrechtlich veranlassten Fremdfinanzierung mit der Eigenkapitalfinanzierung. Ungeachtet der Veranlas-

867 Zu den Voraussetzungen Kapitel 3:E.II.1 ab S. 89.

868 Zum Ganzen Kapitel 3:E.II.2.a)bb) ab S. 93.

sung des Verzichts ist der Verzichtsverlust grundsätzlich voll abzugsfähig. Ist der verzichtende Gesellschafter jedoch zu mehr als 25 % an der erlassbegünstigten Kapitalgesellschaft beteiligt, greifen § 3c Abs. 2 S. 2 EStG und § 8b Abs. 3 S. 4 KStG. Es wird eine gesellschaftsrechtlich veranlasste Darlehensgewährung vermutet, die nur durch einen praktisch kaum führbaren Fremdvergleich zu widerlegen ist. Faktisch werden dadurch die Verzichtsverluste von qualifiziert beteiligten Gesellschaftern mit Beteiligungsverlusten gleichgestellt. Für körperschaftsteuerpflichtige Gesellschafter, die zu mehr als 25 % beteiligt sind, ist damit der Verlustabzug ausgeschlossen. Ist der qualifiziert beteiligte Gesellschafter einkommensteuerpflichtig, werden nur 60 % des Verlustes steuermindernd anerkannt. Die für Sanierungen besonders wichtigen Mehrheitsgesellschafter können ihre Verzichtsverluste daher nur eingeschränkt bis gar nicht geltend machen.

Anders als die deutsche Rechtslage weist die französische Steuerrechtsordnung zudem noch eine praktisch sehr bedeutsame, sanierungsspezifische Ausnahme vom steuerlichen Abzugsverbot für finanzierte Forderungsverzichte auf. Gemäß Art. 39-13 alinéa 2 CGI sind Verluste aus finanzierten Forderungsverzichten nach Maßgabe des Art. 39-13 alinéa 3 CGI abzugsfähig, wenn sich der erlassbegünstigte Schuldner innerhalb eines formalen Insolvenz- oder Sanierungsverfahrens befindet. Durch diese Regelung wird das umfassende Abzugsverbot für finanzierte Forderungsverzichte aus Art. 39-13 alinéa 1 CGI zur Erleichterung von Sanierungen eingegrenzt.⁸⁶⁹ Beihilfenrechtlich handelt es sich um die Rückausnahme eines zu umfassenden missbrauchsabwehrenden Abzugsverbots.⁸⁷⁰

c) Steuerlicher Zusammenhang zwischen Schuldner- und Gläubigerebene

In Deutschland sind frühzeitige Schuldenrestrukturierungen durch gesellschaftsrechtlich veranlasste Forderungsverzichte wegen des Zusammenhangs von verdeckter Einlage und Anschaffungskosten für Gläubiger und Schuldner weitgehend steuerneutral.⁸⁷¹ Die französische Rechtslage erreicht dies bei finanzierten Forderungsverzichten nur über den Umweg des Art. 216 A CGI, der eine qualifizierte Beteiligung und eine – ohne zusätzli-

869 Näher zum Ganzen Kapitel 3:E.II.2.a)dd) ab S. 97.

870 Siehe Kapitel 4:C.III.2 ab S. 150.

871 Siehe dazu schon Kapitel 5:B.II.3.a) ab S. 206.

che Barmittel gestaltbare – Kapitalerhöhung voraussetzt.⁸⁷² Art. 216 A CGI umfasst nicht nur nachträgliche Anschaffungskosten, sondern im Besonderen auch die aufgrund von Art. 39-13 alinéa 1 CGI nicht abzugsfähigen Verluste aus finanziierenden Forderungsverzichten. In fortschreitenden Krisenstadien werden die bei frühzeitiger Sanierung nachteiligen Voraussetzungen „qualifizierte Beteiligung“ und „Kapitalerhöhung“ auf französischer Seite durch den weiten Anwendungsbereich kompensiert. Das zeigt der Blick nach Deutschland, wo in späteren Krisenstadien steuerliche Verwerfungen auftreten können: Stellt die schuldende Tochtergesellschaft einen Sanierungsfall dar und kann sie deswegen ihre Schulden nicht mehr bedienen, werden Gesellschafterforderungen regelmäßig wertlos. Gesellschaftsrechtlich veranlasste Forderungsverzichte sind dann – mangels verdeckter Einlage – nicht mehr steuerneutral, sondern führen zu einem Verzichtsgewinn bei der Schuldnergesellschaft und einem Verzichtsverlust beim Gesellschafter. Den Gewinn auf Ebene der Schuldnergesellschaft privilegiert § 3a EStG nicht. Gleichzeitig beschränken § 3c Abs. 2 S. 2 EStG oder § 8b Abs. 3 S. 4 KStG regelmäßig den Verlustabzug beim qualifizierten Gläubiger. Hier zeigt sich ein steuerliches Problem⁸⁷³, das sich insbesondere bei konzerninternen Restrukturierungen auswirkt. Es kommt zu einer vollen Gewinnbesteuerung bei der Tochtergesellschaft und im Falle von körperschaftsteuerpflichtigen Muttergesellschaften ist der Verlustabzug auf Gesellschafterebene geschlossen. Wartet der Gesellschafter mit der Sanierung weiter ab, um über einen Gläubigerakkord zumindest die betriebliche Veranlassung des Verzichts und damit die Anwendung des § 3a EStG für den Schuldner zu ermöglichen, kompensierte die Steuerbefreiung des § 3a Abs. 1 S. 1 EStG allenfalls die Nachteile des Abzugsverbots auf Gesellschafterebene.⁸⁷⁴ Das französische Steuerrecht beugt diesen Problemen in zweifacher Hinsicht vor. In Konzernstrukturen sind die niederschwelligen Beteiligungsanforderungen des Art. 216 A CGI regelmäßig erfüllt, deshalb kann jeder wegen Art. 39-13 alinéa 1 CGI nicht abzugsfähige Verzichtsverlust korrespondierend zu einem steuerfreien Verzichtsgewinn der Tochtergesellschaft gestal-

872 Näher zu Art. 216 A CGI Kapitel 3:E.II.1 ab S. 89.

873 Siehe dazu BFH, Urt. v. 12.03.2014 – I R 87/12, BStBl II 2014, 859 = BFHE 244, 567 mit Verweis auf die Gesetzesbegründung zu § 8b Abs. 3 S. 4 EStG BT-Drs. 16/6290, S. 74 einen Billigkeitserlass fordernd; zu diesem Problem auch *Pung*, in: D/P/M, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 244; *Rengers*, in: Brandis/Heuermann, § 8b KStG [Stand 07.2022], Rn. 298, 323; kritisch *Ott*, DStZ 2018, 179 (185).

874 Dazu schon im Rahmen der beihilfenrechtlichen Beurteilung, siehe Kapitel 4:E.IV ab S. 182.

tet werden.⁸⁷⁵ Damit lässt sich effektiv verhindern, dass dem Abzugsverbot bei der Muttergesellschaft ein steuerpflichtiger Gewinn bei der Tochtergesellschaft gegenübersteht. Sofern sich die erlassbegünstigte Tochtergesellschaft in einem Sanierungs- oder Insolvenzverfahren befindet, wirkt sich die umfassendere Privilegierung in Frankreich noch deutlicher aus. Der Verzichtsbetrag teilt sich für den Gläubiger in nachträgliche Anschaffungskosten und in den gemäß Art. 39-13 alinéa 2, 3 CGI ausnahmsweise abzugsfähigen Verzichtsverlust auf. Bei der erlassbegünstigten Tochter kann der Verzichtsgewinn zum Teil gemäß Art. 216 A CGI steuerfrei gestellt werden. Darüber hinaus greift in jedem Fall die Privilegierung des Art. 209-1 alinéa 4 CGI und sorgt für eine vollständige Verrechnung des steuerpflichtigen Gewinns mit Verlustvorträgen. Bei Zusammenführung der steuerlichen Behandlung von verzichtendem Gesellschafter und begünstigter Tochtergesellschaft zeigt sich: Während bei Sanierungen in Deutschland qualifiziert beteiligte Gesellschafter mit der Gefahr einer steuerlichen Zusatzlast kämpfen und der Verzichtsgewinn regelmäßig nicht privilegiert wird, können französische Steuerpflichtige mit voller fiskalischer Unterstützung bei der Sanierung rechnen.

C. Debt-Equity-Swap

Die erheblichen Unterschiede zwischen Deutschland und Frankreich in der steuerlichen Behandlung von Debt-Equity-Swaps sind weniger das Resultat unterschiedlicher steuerlicher Konzepte als Folge bereits unterschiedlicher gesellschaftsrechtlicher Regelungen. Vor dem Hintergrund der europäischen Gesellschaftsrechte-Richtlinie (GesR-RL)⁸⁷⁶ erscheint letzteres zumindest bemerkenswert.

I. Unterschiedliche gesellschaftsrechtliche Konzepte führen zu unterschiedlichen Steuerfolgen

In beiden Rechtsordnungen können Gläubiger ihre Forderungen zum Marktwert in die schuldende Gesellschaft einbringen und im Gegenzug neue Anteile erhalten. In Sanierungssituationen dürfte der Marktwert von

⁸⁷⁵ Zu Art. 216 A CGI siehe Kapitel 3:E.II.1 ab S. 89.

⁸⁷⁶ RL (EU) 2017/1132.

Forderungen regelmäßig erheblich unter dem Nennwert der beim Schuldner passivierten Verbindlichkeit liegen. Die durch Vereinigung von Gläubiger und Schuldner eintretende Konfusion führt dann zu einem bilanziellen und zugleich steuerbaren Gewinn. Weder der französische Art. 209-1 alínea 4 CGI noch der deutsche § 3a EStG⁸⁷⁷ privilegieren diesen Gewinn. Die Anwendbarkeit des § 3a EStG kann allenfalls bei Erfüllung der Einlageforderung durch einen Erlass herbeigeführt werden.⁸⁷⁸

In Deutschland ist wegen des Prinzips der realen Kapitalaufbringung ein Debt-Equity-Swap durch Aufrechnung einer Einlageforderung mit der vom zeichnenden Gläubiger gehaltenen wertgeminderten Forderung unzulässig. Dadurch würden die Vorschriften der Sacheinlage umgangen.⁸⁷⁹ Ein für den sanierungsbedürftigen Schuldner steuerneutraler Debt-Equity-Swap ist daher nur solange möglich, wie der Wert der vom Gläubiger gehaltenen Forderung dem beim Schuldner passivierten Betrag entspricht. Diese Aussage gilt in Frankreich nicht. Das französische Gesellschaftsrecht lässt unter bestimmten Voraussetzungen die Aufrechnung von Forderungen gegen die Einlageverbindlichkeit zu.⁸⁸⁰ Wirtschaftlich erlaubt der französische Gesetzgeber damit die Nennwerteinlage von wertgeminderten Forderungen. In der Aufrechnungsvariante entsteht beim Schuldner kein bilanzieller und daran anknüpfend auch kein steuerlicher Gewinn. Dieser sanierungsfreundliche Vorteil auf Schuldnerebene wird jedoch bei der steuerlichen Behandlung des zeichnenden Gläubigers zum Problemfall. Bei der Einbringungsvariante in Frankreich und in Deutschland ist für den Gläubiger klar: Er erleidet in Höhe der eingebrachten Forderung eine bilanzielle Vermögensverringerung und in Höhe des Werts der erhaltenen Anteile eine Vermögensmehrung. Da die Kapitalerhöhung zum Marktwert der Forderung stattfindet, entsprechen die aktivierten neuen Anteile dem Marktwert der Forderung. War die Forderung zum Nennwert bilanziert, entsteht durch den Debt-Equity-Swap ein Verlust. In Fällen, in denen die Forderung bereits abgeschrieben war oder von einem Dritten mit Abschlägen zum Nennwert erworben wurde, kann auch ein Gewinn entstehen oder der Debt-Equity-Swap steuerfrei bleiben.

Wird die Kapitalerhöhung zum Nennwert der Forderungen durchgeführt, ist die Bewertung der neuen Anteile beim Gläubiger für Steuerzwe-

877 Streitig, siehe dazu Kapitel 2:A.III.5 ab S. 36.

878 Siehe Kapitel 2:A.IV ab S. 38.

879 Dazu bereits Kapitel 2:C ab S. 64.

880 Dazu Kapitel 3:F ab S. 104.

cke entscheidend. Denkbar sind vor allem drei Bewertungsansätze. Erstens, die Anteile könnten zu ihrem Marktwert anzusetzen sein, also dem Wert, der bei einer Veräußerung erzielt werden kann. Zweitens wäre es denkbar, die Anteile aus der Perspektive der Anschaffungskosten des früheren Gläubigers zu bewerten. Dann müssten die Anteile mit dem Marktwert der aufgerechneten Forderung bewertet werden, denn diese hat der Gläubiger wirtschaftlich aufgewandt, um die neuen Anteile zu erwerben. Der dritte Weg, den die handelsbilanzielle Praxis geht, besteht in einer schlichten Übernahme des Nennwerts der neuen Anteile für die Bilanzierung beim ehemaligen Gläubiger. Die Anteile werden daher in der Regel deutlich höher bewertet als der Marktwert oder als die Anschaffungskosten aus der Perspektive der Gläubiger. Steuerrechtlich wurde – vor der Schaffung des Art. 39 quaterdecies-2 bis CGI – die Durchbrechung der handelsbilanziellen Maßgeblichkeit vertreten, um die Anteile für steuerliche Zwecke nicht zu hoch zu bewerten und sie dann im Rahmen von Abschreibungsrückstellungen⁸⁸¹ wieder korrigieren zu müssen. Die Behandlung hat Auswirkungen auf die Abgrenzung zwischen vollständig abzugsfähigen Forderungsverlusten und nur eingeschränkt berücksichtigungsfähigen Verlusten von Beteiligungskapital. Durch die Pflicht, die neu gezeichneten Anteile mit ihrem Nennwert zu bewerten, werden die am Wirtschaftsgut „Forderung“ vor dem Debt-Equity-Swap erlittenen Wertverluste negiert und zu Beteiligungsverlusten umgewandelt. Besonders deutlich wird dies in den Fällen, in denen ein Dritter die beim Debt-Equity-Swap aufgerechnete Forderung unter ihrem Nennwert erworben hat. Der Gläubiger erzielt zunächst einen voll steuerpflichtigen Gewinn und kann dann eine Verlustrückstellung auf die zu hoch bewerteten Anteile vornehmen, die steuerrechtlich allerdings nur beschränkt wirksam ist. Zum einen, weil Art. 39 quaterdecies-2 bis CGI in den ersten zwei Jahren nach Zeichnung der neuen Anteile den Verlustabzug in Höhe der Differenz von Nenn- und Marktwert der Anteile vollständig ausschließt. Darüber hinausgehende Verluste wären zwar steuerlich abzugsfähig, aber der abzugsfähige Beteiligungsverlust dürfte im Regelfall gering ausfallen. Zum anderen greift nach zwei Jahren für Einkommensteuersubjekte immer und für Körperschaftsteuersubjekte regelmäßig das System der langfristigen Kapitalverluste, was die Verlustnutzung stark beschränkt bis ganz ausschließt. Zu diesen bereits recht komplexen Steuerregelungen tritt mit Art. 209-VII bis CGI zudem noch eine Rückausnah-

⁸⁸¹ Entspricht der deutschen Teilwertabschreibung.

me.⁸⁸² Der französische Gesetzgeber hat erkannt, dass ausländische, nicht steuerlich in Frankreich ansässige Gläubiger bei der Aufrechnungsvariante eines Debt-Equity-Swaps bei einer in Frankreich ansässigen Schuldnergesellschaft deutliche Steuervorteile genießen. Wohl aus protektionistischen Gründen privilegiert er deshalb französische Investoren, die im sogenannten Distressed-Debt-Markt Forderungen erwerben, um sich durch Debt-Equity-Swaps an Sanierungsfällen zu beteiligen. Solche Investoren können auch bereits Gesellschafter sein, die von Dritten oder im Sanierungsfall auch von Mitgesellschaftern Forderungen erwerben und zur Stärkung ihres Kapitalanteils einbringen wollen. Es drängt sich allerdings die Frage auf, warum der praktisch wichtigste Fall, die Schuldenrestrukturierung des Gesellschafters mit seinen eigenen Gesellschafterforderungen nicht erfasst ist.

Die Möglichkeit zur Nennwerteinlage und die Behandlung des Verzichtsverlusts weisen deutliche Parallelen zur deutschen Anschaffungskostendogmatik auf. Wird für den Gläubiger aus dem Wirtschaftsgut „Forderung“ das Wirtschaftsgut „Beteiligung“, sollen für Gewinne und Verluste die Steuerregelungen für Beteiligungen gelten. Bei der Einbringung zum Marktwert bedeutet dies letztlich eine Abgrenzung zwischen beiden Verlustkategorien zum Einbringungszeitpunkt.⁸⁸³ Die bereits vorher entstandenen Wertänderungen der Forderung werden beim Gesellschafter wie Forderungsverluste behandelt und beim Schuldner entsteht ein korrespondierender Gewinn. Die Möglichkeit der Nennwerteinlage durchbricht diese Verlust-Gewinn-Symmetrie und ignoriert die bisher aufgetretenen Wertverluste der Forderung bei der Erhöhung des Schuldnervermögens; es wird die Einlage einer voll werthaltigen Forderung unterstellt. Deshalb ist es durchaus konsequent, wenn der französische Gesetzgeber beim Gläubiger ebenso fingiert, dass vor der Einlage kein Wertverlust stattgefunden hat. Damit werden die Forderungsverluste nachträglich zu Beteiligungsverlusten umqualifiziert. Weniger überzeugend ist der Umstand, dass der französische Gesetzgeber sich nicht mit einer Gleichstellung zu Beteiligungsverlusten begnügt, sondern für die ersten zwei Jahre ein umfassendes Abzugsverbot eingeführt hat. Ein solches wäre nur dann sinnvoll, wenn es sich auf missbräuchliche Gestaltungen durch Veräußerungen an verbundene Steuerpflichtige beschränkte.⁸⁸⁴ Das allgemeine Abzugsverbot des Art. 39 quaterdecies-2 bis

882 Genauer dazu und zu den Voraussetzungen Kapitel 3:F.II.2.b) ab S. 111.

883 So in Deutschland durch nachträgliche Anschaffungskosten, siehe Kapitel 5:B.II.3.a) ab S. 206.

884 Möglicherweise in Anlehnung an Art. 219-I a septies CGI.

CGI geht deutlich darüber hinaus und negiert die sanierungsfreundlichen Vorteile der Nennwerteinlage mindestens teilweise. Die Rückausnahme des Art. 209-VII bis CGI kann nur in sehr engen Fällen Abhilfe schaffen.

II. Irreguläre Unterschiede vor dem Hintergrund der Gesellschaftsrechts-Richtlinie

Die gesellschaftsrechtlichen Unterschiede der beiden Rechtsordnungen – aus denen die Besteuerungsunterschiede mindestens teilweise herrühren – sind bei näherer Betrachtung irregulär. Sie stehen im Spannungsverhältnis zu den Harmonisierungszielen der europäischen GesR-RL⁸⁸⁵, die zumindest für die deutsche und die französische Aktiengesellschaft volumnäßig gilt. Das zeigt sich im Wesentlichen an zwei Punkten: dem Verständnis der GesR-RL von der Sacheinlage sowie der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit. Der vom Bundesgerichtshof⁸⁸⁶ und großen Teilen der deutschen Literatur⁸⁸⁷ für maßgeblich erachteten Frage nach Voll- oder Mindestharmonisierung kommt hingegen nur eine untergeordnete Bedeutung zu.⁸⁸⁸

Diese Fragen sind unter dem Regime der Vorgängerrichtlinie⁸⁸⁹ im Rahmen einer berühmten Kontroverse bereits Anfang der 1990er Jahre vor dem Europäischen Gerichtshof anhängig gewesen. Er hat das Vorabentscheidungsersuchen jedoch aus verfahrensrechtsrechtlichen Gründen nicht in der Sache entschieden.⁸⁹⁰ Inhaltliche Anhaltspunkte lassen sich allenfalls den Schlussanträgen des Generalanwalts zum damaligen Verfahren entnehmen.⁸⁹¹ Der Ausgangspunkt ist die Richtlinie, die zwar Regelungen zur Sacheinlage trifft, aber keine eigene Definition enthält. Damit wird jedoch nicht an das jeweilige mitgliedstaatliche Verständnis der Sacheinlage angeknüpft, sondern der Begriff ist unionsrechtsautonom auszulegen. Andern-

⁸⁸⁵ RL (EU) 2017/1132.

⁸⁸⁶ BGH, Urt. v. 15.I.1990 – II ZR 164/88, BGHZ 110, 47.

⁸⁸⁷ Schmidt, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, S. 413 (431 f.); Habersack, AG 2009, 557 (559); Bayer/Schmidt, ZGR 38 (2009), 805 (831); Wolf, Die verdeckte Sacheinlage in GmbH und AG, S. 285 ff. mwN.

⁸⁸⁸ Vgl. Schön, in: FS Canaris, S. 147 (166).

⁸⁸⁹ RL 77/91/EWG (Kapital-RL).

⁸⁹⁰ EuGH, Urt. v. 16.07.1992, Rs. C-83/91 (Meilicke/ADV ORGA AG); ausführlich zu den Hintergründen und der Vorgesichte Schmidt, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, S. 413.

⁸⁹¹ GA Tesauro, Schlussanträge v. 08.04.1992, Rs. C-83/91 (Meilicke/ADV ORGA AG).

falls könnte jeder Mitgliedstaat selbst über den Anwendungsbereich von Richtlinienbestimmungen entscheiden.⁸⁹² Das unionsautonome Verständnis ist bereits die erste entscheidende Weichenstellung. Generalanwalt Tesauro sah – wohl aufgrund seines italienisch geprägten Verständnisses⁸⁹³ – in der Aufrechnung mit einer fälligen und durchsetzbaren Forderung gegen die Einlageforderung eine Bareinlage und keine Sacheinlage im Sinne der Richtlinie.⁸⁹⁴ Für dieses Verständnis kann er sich zwar auf die Rechtstradition in einer Vielzahl von Mitgliedstaaten berufen⁸⁹⁵, dieses Auslegungsergebnis ist jedoch keinesfalls zwingend. Die in Art. 4 lit. h und Art. 49 GesR-RL für die Sacheinlage vorgesehenen Transparenz- und Prüfpflichten haben den Zweck, einer Überwertung zu Lasten der Gesellschaft vorzubeugen und damit die Interessen von Gläubigern und anderen Aktionären zu schützen. Aus dieser Zweckrichtung muss folglich die unionsautonome Auslegung des Sacheinlagenbegriffs entwickelt werden. So muss im Ergebnis der aus dem deutschen Gesellschaftsrecht bekannte Streit über die richtige Bewertung(-sperspektive) der Forderungseinlage⁸⁹⁶ im europäischen Kleid ausgetragen werden. Für diejenigen, die eine Bewertung der Forderung aus Sicht des Einlegenden vornehmen, besteht bei der Einlage einer fälligen, aber wertgeminderten Forderung die gleiche Gefährdungslage wie bei der Sacheinlage. Eine Gefährdungslage ist hingegen für diejenigen ausgeschlossen, die bei einer Einlage/Aufrechnung aus der Perspektive der Gesellschaft betrachten und mit der wegfallenden Verbindlichkeit bewerten. Sie sehen die Parallele zur Bareinlage und legen den Richtlinienbegriff folgerichtig anders aus.⁸⁹⁷ Sollte die Aufrechnung mit einer fälligen und durchsetzbaren Forderung unter den europäischen Sacheinlagenbegriff fallen, wäre die französische Rechtslage europarechtswidrig und damit auch

892 GA *Tesauro*, Schlussanträge v. 08.04.1992, Rs. C-83/91 (Meilicke/ADV ORGA AG), Rn. 13.

893 Herausgearbeitet von *Schmidt*, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten, S. 413 (426); siehe auch *Tesauro*, in: FS Meilicke, S. 714 (715 ff.).

894 GA *Tesauro*, Schlussanträge v. 08.04.1992, Rs. C-83/91 (Meilicke/ADV ORGA AG), Rn. 14 ff.

895 So ausdrücklich GA *Tesauro*, Schlussanträge v. 08.04.1992, Rs. C-83/91 (Meilicke/ADV ORGA AG), Rn. 14 unter Verweis in Fn. 16 auf Frankreich, Belgien, Italien und den damaligen Mitgliedstaat Vereinigtes Königreich; siehe auch rechtsvergleichend *Hansen*, Die verdeckten Sacheinlagen in Frankreich, Belgien und Deutschland und ihre Behandlung durch die zweite EU-Gesellschaftsrechtsrichtlinie.

896 Dazu bereits Kapitel 2:C ab S. 64.

897 Für diese Perspektive siehe die Erwägungen von GA *Tesauro*, Schlussanträge v. 08.04.1992, Rs. C-83/91 (Meilicke/ADV ORGA AG), Rn. 14 f.

die steuerliche Dogmatik nicht haltbar. Fällt sie dagegen nicht unter den Sacheinlagenbegriff, verstößt das deutsche Gesellschaftsrecht gegen Europarecht. Es ist zwar richtig, dass die GesR-RL nur einen Mindeststandard vorgibt⁸⁹⁸, allerdings ist der nationale Gesetzgeber bei der Umsetzung eines weitergehenden Schutzniveaus an die Grundfreiheiten gebunden⁸⁹⁹, hier namentlich an die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV). Die mit den höheren Anforderungen an die Einlage verbundene Beschränkung der Niederlassungsfreiheit kann jedoch nicht gerechtfertigt werden.⁹⁰⁰ Alles was in dem Zusammenhang an Rechtfertigungsgründen denkbar wäre, hätte schon zu einer anderen Auslegung des unionsautonomen Sacheinlagenbegriff führen müssen; das gilt insbesondere für den Schutz von Aktionären und Gläubigern vor einer Überbewertung der Gesellschaft. Eine abschließende Klärung, welche Rechtsordnung die Richtlinie richtig umgesetzt hat, ist bislang nicht erfolgt – sie bleibt dem Europäischen Gerichtshof vorbehalten.⁹⁰¹

D. Debt-Buy-Back

Der Rückkauf von Verbindlichkeiten durch den sanierungsbedürftigen Schuldner ist in beiden Rechtsordnungen aus außersteuerlichen Gründen nicht besonders attraktiv. Er unterliegt insolvenzrechtlichen Risiken und bedarf verfügbarer Liquidität. Regelmäßig liegt der Rückkaufpreis unter dem Betrag der passivierten Verbindlichkeit, deshalb entsteht für den Schuldner ein Gewinn. Dieser wird in Frankreich mangels Privilegierung normal versteuert. In Deutschland ist zwar streitig, ob § 3a EStG nicht auch Konfusionsgewinne erfasst, aber die für die Praxis entscheidende Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs steht dem eher ablehnend gegenüber. Der

898 Umfassend dazu *Hansen*, Die verdeckten Sacheinlagen in Frankreich, Belgien und Deutschland und ihre Behandlung durch die zweite EU-Gesellschaftsrechtsrichtlinie, S. 283 ff.; *Schmidt*, in: *Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechts-Geschichten*, S. 431 f.; *Habersack*, AG 2009, 557 (559); *Bayer/Schmidt*, ZGR 38 (2009), 805 (831 f.); *Gross*, AG 1991, 217 (221); aA *GA Tesauro*, Schlussanträge v. 08.04.1992, Rs. C-83/91 (Meilicke/ADV ORGA AG), Rn. 17 ff.; *Einsele*, NJW 1996, 2681 (2684); *Meilicke*, Die "verschleierte" Sacheinlage, S. 99.

899 Dazu nur *Remien*, in: *Schulze/Janssen/Kadelbach, Europarecht*, § 14, Rn. 45.

900 *Schön*, in: *FS Canaris*, S. 147 (166).

901 Verfehlt daher BGH, Beschl. v. 04.12.2006 – II ZR 305/05.

Kapitel 5: Rechtsvergleichende Analyse

sanierungsbedürftige Schuldner wird daher doppelt liquiditätsbelastet: zum einen durch den Kaufpreis und zum anderen durch die Steuerbelastung.