

Kapitel 6: Mehr System wagen – Gesellschafter als Sanierer stärken

Sanieren gesellschaftsrechtlich unverbundene Gläubiger, sind die steuerrechtlichen Folgen in beiden Rechtsordnungen ähnlich und gleichsam logisch. Die dennoch bestehenden Abweichungen sind weitgehend auf unterschiedlich weitreichende Privilegierungen für den Schuldner zurückzuführen. Viel wesentlicher für erfolgreiche Schuldenrestrukturierungen sind jedoch die Gesellschafter. In sich abzeichnenden Krisen werden es häufig die Anteilseigner sein, die bereits frühzeitig Maßnahmen zur Rettung ihrer Tochterunternehmen treffen wollen. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Erklärungsansätze: Erstens, weil fremdkapitalgebende Gesellschafter auch am Eigenkapital ihrer Gesellschaft beteiligt sind und ihr wirtschaftlicher Erfolg damit noch stärker als bei fremden Dritten von den Geschäftsaussichten der Tochter abhängt. Sie erzielen aus ihrer Beteiligung nur dann eine Rendite, wenn Gewinne erwirtschaftet werden, und zugleich wird der Wert ihres Geschäftsanteils maßgeblich von den Profitabilitätsaussichten der Tochtergesellschaft bestimmt. Des Weiteren stehen Gesellschafter mit ihren Einlagerückgewährforderungen an letzter und mit ihren Darlehensforderungen in der Regel an nachrangiger Stelle der Befriedigungsreihenfolge. Bei einer Liquidation haben sie daher kaum Aussicht auf Erfüllung ihrer Forderungen. Zweitens sind Anteilseigner tendenziell mit den wirtschaftlichen Gegebenheiten ihrer Tochtergesellschaft besser vertraut als außenstehende Gläubiger. Dieser Informationsvorsprung dürfte ihre Bereitschaft zu schnellen Entscheidungen bei Kriseneintritt fördern. Frühzeitige Sanierungsbemühungen bringen viele Vorteile mit sich – das ist allgemein anerkannt und Hintergrund der (neuen) europäischen Restrukturierungsrichtlinie.⁹⁰² Selbst wenn krisenvorgelagerte Schuldenrestrukturierungen scheitern oder verpasst werden sollten, ist die Bereitschaft von Gesellschaftern begrüßenswert, schneller umfangreichere Sanierungsmaßnahmen einzuleiten. Gleichzeitig hat die rechtsvergleichende Analyse gezeigt, dass die steuerliche Behandlung von Schuldenrestrukturierungen durch Gesellschafter deutlich komplexer wird.⁹⁰³ Insbesondere die deutsche Steu-

902 RL (EU) 2019/1023 vom 20.07.2019, siehe insbesondere Erwägungsgründe 16, 22, 24.

903 Siehe Kapitel 5:B.II ab S. 198.

errechtsordnung erweist sich als Sanierungsbremse, obwohl Geschwindigkeit gefragt ist. Deutlich pragmatischer und sanierungsfreundlicher zeigt sich der französische Steuergesetzgeber; es bestehen umfangreichere Sanierungsprivilegierungen für Forderungsverzichte, die sowohl auf Ebene des Gesellschafter-Gläubigers als auch beim Schuldner eingreifen. Daraus ergeben sich jedoch auch beihilfenrechtliche Gefahren. Ob eine Übertragung der Sanierungsausnahme des Art. 39-13 alinéa 2 CGI in die Regelungen des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG und § 8b Abs. 3 S. 4 KStG als zulässige Rückausnahme einer Missbrauchsvermeidungsnorm anzusehen wäre, ist mehr als fraglich. Das (teilweise) Abzugsverbot für Gewinnminderungen aus Darlehensverlusten ist systematisch deutlich stärker im deutschen Steuersystem verankert als das Abzugsverbot für finanzierende Forderungsverzichte in Frankreich.⁹⁰⁴ Zwar bliebe nach der hier vertretenen Auffassung noch der Ausweg über die fehlende Selektivität der Begünstigung sanierungsbedürftiger Unternehmen. Der Europäische Gerichtshof dürfte dies nach seinen Maßstäben aber anders beurteilen. Dessen ungeachtet wird die Ursache, warum es im deutschen Steuerrecht an einer Sanierungsausnahme für Gesellschafter fehlt, wohl weniger im Beihilfenrecht zu finden sein. Vielmehr wird neben dem grundsätzlichen Misstrauen des deutschen Gesetzgebers gegenüber der Gesellschafterfremdfinanzierung und der Umgehung von Abzugsverböten für Beteiligungsverluste auch wirtschafts- und haushaltspolitisches Kalkül ins Gewicht fallen. Privilegiert das deutsche Steuersystem Sanierungsbemühungen auf Ebene des Gesellschafters, werden die damit verbunden positiven sozialen und wirtschaftlichen Folgen nur dann in Deutschland eintreten, wenn das zu sanierende Unternehmen ebenfalls in Deutschland belegen ist. Die steuerliche Ansässigkeit des Gesellschafters gibt jedoch keinen Aufschluss über die Ansässigkeit der Tochtergesellschaft. Aus dieser Perspektive betrachtet, kann es Sinn ergeben, Sanierungsprivilegierungen nur beim sanierungsbedürftigen Unternehmen anzusiedeln, um die Besteuerungsverzichte an einen eigenen Nutzen zu knüpfen.

Trotzdem sollte der deutsche Steuergesetzgeber das Problem der Sanierungsunfreundlichkeit umfassend angehen – insbesondere die steuerlichen Bedingungen für Schuldenrestrukturierungen durch Gesellschafter müssen vereinfacht werden. Der Schlüssel zu einem sanierungsfreundlichen Steuerrecht muss nicht in einem Mehr an Privilegierung bestehen. Für Deutsch-

904 Zur beihilfenrechtlichen Beurteilung des Art. 39-13 alinéa 2 CGI siehe Kapitel 4: C.III.2 ab S. 150.

land und Frankreich gilt gleichermaßen: Ein konsistenteres Steuersystem fördert frühzeitige Sanierungsbemühungen systematisch korrekt, beihilfenfest und reduziert Abgrenzungsstreitigkeiten. Reformbedarf besteht sowohl bei der Mindestbesteuerung als auch bei der Besteuerung von Beteiligungsveräußerungen. Die vollständige Abschaffung der Mindestbesteuerung dürfte in beiden Ländern aus fiskalischen Gründen kaum Aussicht auf Umsetzung haben. Zur Abmilderung der mit ihr verbundenen Härten wäre es angezeigt, erleichternde Ausnahmen für singuläre Gewinnereignisse vorzusehen, die typischerweise das Ergebnis mehrerer Veranlagungszeiträume umspannender Entwicklungen sind. Beispiele hierfür sind Gewinne aus der Hebung stiller Reserven, Gewinne aus Forderungsverzichten und Konfusionsgewinne. Noch drängender ist eine Reform der Beteiligungs(veräußerungs)besteuerung durch eine stärkere Ausrichtung hin zur wirtschaftlichen Betrachtung und weg von der formalen Gleichstellung der Gewinne und Verluste. Die Abgrenzung zwischen Forderungsverlusten und Beteiligungsverlusten verlöre dann steuerlich an Relevanz. Wegen der auf dem Gleichstellungskonzept aufbauenden Missbrauchsvermeidungsnormen für Wertverluste aus Gesellschafterdarlehen (§ 3c Abs. 2 S. 2 EStG und § 8b Abs. 2 S. 4 KStG) profitierten in Deutschland ansässige Sanierer besonders von einer Reform. Aber auch die französische Rechtslage gewänne an Systematik und Stringenz. Nachträgliche Anschaffungskosten würden in beiden Steuerrechtsordnungen nicht mehr zu begrenzt oder gar nicht nutzbaren Verlusten führen, sondern spätestens im Veräußerungsfall berücksichtigt. Ferner verlöre der Streit um die steuerliche Behandlung der neu gezeichneten Anteile im Rahmen des in Frankreich möglichen Debt-Equity-Swaps seine Schärfe. Denn durch die Gleichstellung von Forderungs- und Beteiligungsverlusten könnte der französische Steuergesetzgeber auf das zu weitreichende Abzugsverbot ebenso verzichten wie auf die komplexe Rückausnahme.⁹⁰⁵

A. Mindestbesteuerung reformieren

Zur Förderung frühzeitiger Sanierungsbemühungen sollten der deutsche und der französische Gesetzgeber eine grundsätzliche Reform der Mindestbesteuerung anstreben. Als Alternative zu einer kompletten Abschaffung

905 Siehe dazu die Kritik in Kapitel 5:C ab S. 211.

sollte zumindest eine Abfederung der besonderen Härten der Mindestbesteuerung erfolgen. Solche Benachteiligungen entstehen durch ein Zusammentreffen der im geltenden Recht verankerten Abschnittsbesteuerung mit dem Realisations- bzw. Vorsichtsprinzip. Wenn durch die (bilanzielle) Realisation als singuläres Ereignis Gewinne eintreten, die typischerweise wirtschaftlich in mehreren Besteuerungsabschnitten/Veranlagungszeiträumen entstanden sind, sollte die Mindestbesteuerung keine Anwendung finden. Zurzeit dürfen wegen der Mindestbesteuerung Gewinne, die möglicherweise wirtschaftlich enger mit Verlusten aus Vorjahren verknüpft sind, nicht unbeschränkt mit diesen verrechnet werden, weil ihre Realisation in späteren Veranlagungszeiträumen stattfindet. Auf den ersten Blick einleuchtend ist diese Wertung für die Hebung stiller Reserven oder für bestimmte Rückstellungen. Bei näherer Betrachtung fallen auch die für Schuldenrestrukturierungen wesentlichen Verzichts- und Konfusionsgewinne in die Kategorie der ausnahmsbedürftigen Erträge. Zwar entsteht der Gewinn erst durch den Verzicht und war nicht bereits latent im Unternehmen vorhanden, aber die Gewinnentstehung bei Forderungsverzichten ist richtigerweise die Rückgängigmachung von (vergangenen) Verlusten, die durch den Erlass wirtschaftlich nicht mehr getragen werden.⁹⁰⁶ Werden bei wirtschaftlicher Betrachtung vergangene Verluste durch eine Gewinnbuchung rückgängig gemacht, ist nicht einsehbar, warum dieser Gewinn nicht in voller Höhe mit den im Verlustvortrag aggregierten vergangenen Verlusten verrechnet werden soll. Gleiches gilt für die Konfusionsgewinne.

Mit Umsetzung dieser Reform hätte der jeweilige Steuergesetzgeber eine nicht an Unternehmensmerkmale anknüpfende und damit beihilfenunverdächtige neue Systementscheidung für die Mindestbesteuerung getroffen. Zugleich würden frühzeitige Sanierungen steuerlich attraktiver, die durch die geltende Mindestbesteuerung besonders negativ betroffen sind. Es muss gerade nicht mehr auf manifestierte Existenzkrisen gewartet werden, um die Mindestbesteuerung beihilfenkonform auszusetzen. Gesetzestechnisch umsetzen ließe sich das neu zu schaffende Mindestbesteuerungssystem in Anlehnung an Art. 209-1 alinéa 4 CGI. Der Sockelbetrag des unbeschränkt abzugsfähigen Verlustes müsste jeweils um die Beträge der im Veranlagungszeitraum auftretenden qualifizierten Gewinnereignisse erhöht werden. In Frankreich könnte sodann Art. 209-1 alinéa 4 CGI mangels Anwendungsbereichs abgeschafft werden. Der deutsche Gesetzgeber müsste überlegen, ob er zusätzlich an den weitergehenden Rechtsfolgen des § 3a

906 Siehe dazu Kapitel 4:C.III.4.a) ab S. 155.

EStG für existenzbedrohte Unternehmen festhalten und den Tatbestand auf die neue Rechtslage der Mindestbesteuerung anpassen möchte.

B. Beteiligungsbesteuerung an wirtschaftlicher Logik ausrichten

Steuersystematisch tiefgreifender als die Anpassung der Mindestbesteuerung und mit Wirkung weit über die Erleichterung von Sanierungsbemühungen der Gesellschafter hinausgehend, sollten der deutsche und der französische Gesetzgeber ein der wirtschaftlichen Logik verpflichtetes Beteiligungsbesteuerungssystem schaffen. Ziel muss es sein, die Sonderstellung von Beteiligungsverlusten in beiden Jurisdiktionen abzuschaffen. Damit würden Abgrenzungsprobleme und Missbrauchsvermeidungsnormen überflüssig, die unnötige Komplexität hervorrufen. Durch eine solche Reform entstünde mehr Steuergerechtigkeit, da echte Verluste wieder (in voller Höhe) bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Einkommens Beachtung fänden. Zugleich würden durch die (bessere) steuerliche Berücksichtigung von Beteiligungsverlusten Sanierungshürden für Gesellschafter abgebaut – unabhängig vom Sanierungszeitpunkt. Die bislang aus der begrenzten Relevanz nachträglicher Anschaffungskosten folgenden Steuerbelastungen wären ebenso abgeschafft wie das in Deutschland geltende missbrauchsabwehrende Abzugsverbot für Wertverluste aus bestimmten Gesellschafterdarlehen.

Die Besteuerungsschieflage für Gesellschafter von Körperschaftsteuer-subjekten lässt sich an zwei Beispielen zur deutschen Rechtslage verdeutlichen. Verzichtet eine selbst körperschaftsteuerpflichtige Muttergesellschaft auf eine noch vollständig werthaltige Forderung (100 €) gegenüber ihrer hundertprozentigen Tochterkapitalgesellschaft, entstehen nachträgliche Anschaffungskosten in Höhe von 100 €. Scheitert die Tochtergesellschaft im Folgenden trotz der frühzeitigen Schuldenrestrukturierung und muss ohne Einlagenrückgewähr liquidiert oder alternativ zum Preis von 0 € veräußert werden, erleidet der Gesellschafter einen Verlust der verzichtsbedingten nachträglichen Anschaffungskosten von 100 € zuzüglich der weiteren ggf. noch bilanzierten Anschaffungskosten. Aufgrund des § 8b Abs. 3 S. 3 KStG sind diese tatsächlich getragenen Verluste der Muttergesellschaft unbeachtlich. Der umsichtig kalkulierende Gesellschafter muss daher vor der Sanierung nicht nur die Gefahr des Verlustes seiner nachträglichen Einlage von 100 €, sondern auch die steuerliche Nichtberücksichtigung seines Verlustes bedenken. Noch deutlicher wird die zweckwidrige

Belastung für Gesellschafter bei Forderungsverzichten mit wertlosen Forderungen. Verzichtet die Muttergesellschaft im oben genannten Fall erst bei vollständiger Wertlosigkeit der Forderung, entsteht bei ihr ein wegen § 8b Abs. 3 S. 4 EStG unbeachtlicher Verlust von 100 € und bei der erlassbegünstigten Tochtergesellschaft ein steuerpflichtiger Gewinn von 100 €. Bei kumulativer Betrachtung der steuerlichen Konsequenzen beider Ebenen müsste der Verzicht eine Wertschöpfung von 100 € erzeugen; das entspricht nicht der wirtschaftlichen Realität.

Die Ursache dieser Besteuerungsprobleme geht zurück auf die im Grunde richtige (teilweise) Steuerbefreiung für steuerlich bereits vorbelastete Ausschüttungen von Kapitalgesellschaften an ihre Anteilseigner. Allein die Übertragung der Systematik auf Veräußerungsgewinne und korrespondierend auf Veräußerungsverluste und die dazu erforderlichen Missbrauchsvermeidungsnormen offenbaren logische Schwächen.⁹⁰⁷ Zur Begründung der umfassenden Gleichstellung im geltenden Recht wird angeführt, dass der Veräußerungsgewinn aus Sicht des Gesellschafters an die Stelle bereits verdienter oder zukünftig verdienbarer Dividenden tritt.⁹⁰⁸ Deshalb müsse der Veräußerungsgewinn genauso wie Dividenden besteuert bzw. nichtbesteuert werden, denn es dürfe keinen Unterschied machen, ob Gewinne über eine Gewinnausschüttung oder eine Veräußerung der Beteiligung zufließen.⁹⁰⁹ Diese Argumentation ist jedoch zweifelhaft: Besteuerungstechnisch bestehen erhebliche Unterschiede zwischen steuerlich vorbelasteten Gewinnen aus Dividenden und Gewinnen aus der Veräußerung der Beteiligung. Die Annahme, der Veräußerungsgewinn entspräche typischerweise den thesaurierten Gewinnen zuzüglich der bestehenden stillen Reserven, ist realitätsfern⁹¹⁰ – der Verkaufspreis von Unternehmensanteilen ist um ein Vielfaches höher.⁹¹¹ Zukünftig zu erwartende Erträge und die Fähigkeit, einen sogenannten Free Cash Flow zu generieren, sind Grundlage

907 AA BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224; BFH, Urt. v. 12.03.2014 – I R 45/13, BStBl II 2014, 719 = BFHE 245, 25; BFH, Urt. v. 23.01.2008 – I R 101/06, BStBl II 2008, 719 = BFHE 220, 352; *Rengers*, in: Brandis/Heuermann, § 8b KStG [Stand 07.2022], Rn. 200.

908 Ausdrücklich BFH, Urt. v. 23.01.2008 – I R 101/06, BStBl II 2008, 719 = BFHE 220, 352.

909 BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224; *Rengers*, in: Brandis/Heuermann, § 8b KStG [Stand 07.2022], Rn. 3.

910 So aber BT-Drs. 14/2683, S. 120; BVerfG, Beschl. v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224; BFH, Urt. v. 22.12.2010 – I R 58/10, BStBl II 2015, 668 = BFHE 232, 185.

911 *Gosch*, in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 3 f.

der Unternehmensbewertung.⁹¹² Die zukünftig verdienbaren Dividenden – ganz gleich ob als stille Reserven bereits im Unternehmen angelegt oder im Verkaufspreis enthaltene prognostizierte Erträge – sind zukünftige Dividenden eines Anderen und für den Veräußerer als Steuersubjekt im Veräußerungszeitpunkt tatsächlich nicht steuerlich vorbelastet. Zudem ist nicht sicher, ob die weiterhin steuerverstrickten stillen Reserven je realisiert werden oder die zukünftigen Gewinne eintreten und deshalb zu einer Steuerlast der Kapitalgesellschaft führen. Und wenn doch, rechtfertigt sich hieraus nur die Anwendung des Teileinkünfteverfahrens auf den dann gewinnbezugsberechtigten Gesellschafter. Auch die Berücksichtigung latenter Steuern bei der Bestimmung des Verkaufspreises der Beteiligung kann eine (teilweise) Steuerbefreiung nicht rechtfertigen, da dadurch keine wirkliche Besteuerung stattfindet; es wirken sich nur – wie allgemein üblich – erwartete Steuerlasten auf die marktwirtschaftliche Preisfindung aus. Deshalb ist allein der Teil des Kaufpreises nicht besteuerswürdig, der auf das bei der Tochtergesellschaft entweder aus Einlagen oder versteuerten Gewinnen bestehende Eigenkapital entfällt. Nur insoweit sollte die sachlich richtige Steuerbefreiung für Dividenden die steuerliche Behandlung des Veräußerungserlöses beeinflussen. Ist der beim Veräußerer bilanzierte Beteiligungsbuchwert größer als das bei der Tochtergesellschaft bestehende Eigenkapital, ergeben sich keine Auswirkungen auf den zu versteuernden Veräußerungsgewinn. Der Veräußerungsertrag ist dann bereits um einen Betrag vermindert, der höher ist als die notwendige Korrektur um steuerlich vorbelastetes Vermögen. Abgesehen von einer eng umgrenzten Sonderkonstellation sollte der Veräußerungsgewinn von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen zukünftig voll besteuert werden. Korrespondierend dazu müssten die Abzugsbeschränkungen für Veräußerungsverluste und alle damit zusammenhängenden Normen abgeschafft werden. Schon im geltenden Recht führt die Regelungssymmetrie „Steuerbefreiung für Veräußerungsgewinne und Abzugsbeschränkung für Veräußerungsverluste“ zu einer Belastungsasymmetrie: Besteuerungswürdige, nicht vorbelastete Gewinne aus Beteiligungsveräußerungen werden bei diesen Steuerpflichtigen steuerfrei gestellt, während tatsächlich erlittene Veräußerungsverluste bei jenen Steuerpflichtigen nicht oder nur eingeschränkt zum Steuerabzug

912 Umfassend zur Unternehmensbewertung siehe *Fleischer/Hüttemann*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung; grundlegend zur Bewertung *Desai*, How finance works, S. 151 ff.

zugelassen werden.⁹¹³ Bereits die Besteuerungsgleichheit verlangt eine Reformierung dieses bedenklichen Zustands. Wünschenswerter Nebeneffekt wäre die Stärkung des Engagements von Gesellschaftern bei Schuldenrestrukturierungen durch den Abbau steuerlicher Hürden – ganz ohne neue Sanierungsausnahmen.

913 In diese Richtung schon *Gosch*, in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 4; kritisch allein zu endgültigen Verlusten und der Erstreckung der Abzugsbeschränkung auf Darlehen in § 8b Abs. 3 S. 4 ff. KStG *Hey*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, Rn. 11.41.