

Kapitel 2: Deutschland

A. § 3a EStG als deutsches Sanierungsprivileg

Für Schuldenrestrukturierungen zugunsten notleidender Unternehmen mildert § 3a EStG unerwünschte steuerliche Folgen ab. Den durch Restrukturierungen in der Bilanz des begünstigten Unternehmens entstehenden Gewinnen stehen regelmäßig keine Liquiditätszuflüsse gegenüber. Liquidität ist jedoch Grundvoraussetzung für die Begleichung der durch Gewinne entstehenden Steuerschulden. Um Gläubiger nicht wegen dieser Liquiditätsprobleme von ihren Sanierungsbemühungen abzuhalten, wird daher auf die Besteuerung von Erträgen verzichtet, soweit sie auf Schuldenerlassen beruhen. Alle weiteren Rechtsfolgen des § 3a EStG sollen eine Überprivilegierung durch die Steuerfreiheit verhindern. Die sachlichen Voraussetzungen knüpfen im Wesentlichen an die bereits zum Sanierungserlass¹⁵ und den Vorgängervorschriften entwickelten Kriterien an. Diese Kriterien gewährleisten, dass nur existenzbedrohte Unternehmen in den Genuss der Privilegierung kommen und die Steuerfreiheit nicht missbräuchlich in Anspruch genommen wird.

I. Rechtsfolge

§ 3a EStG enthält drei verschiedene Rechtsfolgen: Steuerfreiheit des Sanierungsertrags, Pflicht zur Ausübung steuermindernder Wahlrechte und gestufter Untergang von Steuerminderungspositionen.¹⁶ Die sanierungsprivilegierende Rechtsfolge ist die Steuerfreiheit des Sanierungsertrags. Die anderen beiden Rechtsfolgen dienen nur der Begrenzung des steuerlichen Vorteils auf das erforderliche Mindestmaß und sollen einer Doppelbegüns-

15 Bundesministerium der Finanzen, 27.03.2003, IV A 6-S 2140-8/03, Ertragsteuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen; Steuerstundungen und Steuererlass aus sachlichen Billigkeitsgründen, BSTBl I 2003, 240.

16 Krumm, in: Brandis/Heuermann, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 32; missverständlich insoweit Kanzler, NWB 2017, 2260 (2268), als er von einer vorrangigen Verlustverrechnung schreibt.

tigung vorbeugen.¹⁷ Bei wirtschaftlicher Betrachtung der drei Rechtsfolgen ergibt sich eine „echte“ Steuerbefreiung nur für solche Gewinne, die nicht durch Steuerminderungspositionen kompensiert werden.¹⁸

Systematisch steht die Steuerbefreiung an erster Stelle. Die anderen Rechtsfolgen knüpfen an der Steuerbefreiung an. Dies wird für den Untergang von Steuerminderungspositionen schon textlich deutlich. § 3a Abs. 3 S. 1, 2 EStG begrenzt die Höhe der untergehenden Positionen auf den um die Sanierungskosten geminderten Sanierungsertrag (Sanierungsgewinn). Der Untergang von Steuerminderungspositionen ist daher mit dem – teleologisch zu Recht modifizierten – Sanierungsertrag verbunden.

Die gewinnmindernde Ausübung steuerlicher Wahlrechte (§ 3a Abs. 1 S. 2 EStG) knüpft nicht direkt an den Sanierungsertrag an, sondern steht als selbstständige Rechtsfolge daneben. Die so realisierten Gewinnminderungen wirken sich nicht unmittelbar auf den Sanierungsertrag aus. Dies kann erst mittelbar über den Untergang von Steuerminderungspotenzialen in § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 8 EStG erfolgen. Dafür ist jedoch ein durch Zwangsausübung der Wahlrechte entstandener oder vergrößerter Verlust Voraussetzung. Sofern der geminderte Sanierungsertrag bereits durch die Steuerminderungspositionen des § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 1-7 EStG kompensiert ist, kann sich die gewinnmindernde Ausübung der steuerlichen Wahlrechte ebenfalls nicht mehr zweckgemäß auswirken.

1. Steuerfreiheit des Sanierungsertrags

Für die Sanierungspraxis ist die außerbilanzielle Steuerfreistellung des Sanierungsertrags die wichtigste Rechtsfolge.¹⁹ Der Ertrag aus einer erfolgten Sanierungsoperation ist komplett steuerfrei, d. h. es erfolgt keine Berücksichtigung der mit der Sanierung verbundenen Kosten oder Verluste.²⁰ Eine Verrechnung mit laufenden Verlusten oder Verlustvorträgen findet in diesem Schritt nicht statt.²¹ Dies drückt sich richtigerweise auch in der gesetzlichen Formulierung der Steuerfreiheit des Sanierungsertrags in § 3a

17 BT-Drs. 18/12128, S. 31; *Kanzler*, NWB 2017, 2260 (2268); *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 3.

18 *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 3.

19 *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 32; *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 2.67 ff.; *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1903).

20 *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 32.

21 *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 2.67 ff.

Abs. 1 S. 1 EStG aus; es wird gerade nicht der Sanierungsgewinn steuerfrei gestellt. Zudem wäre der Untergang von Steuerminderungspotenzialen in dem geregelten Umfang unnötig, fände bereits vor der Steuerfreiheit eine Verrechnung statt.²² Mit der Steuerfreiheit einher geht die Beschränkung der Abzugsfähigkeit von korrespondierenden Aufwendungen und Verlusten (§ 3c Abs. 4 EStG).

2. Untergang von Steuerminderungspositionen

Der Untergang von Steuerminderungspotenzialen verhindert eine sachlich nicht gerechtfertigte Doppelbegünstigung durch die Steuerfreiheit des Sanierungsertrags.²³ Diese tritt ein, wenn etwaige Verluste, ihre Vorräte und andere Gewinnminderungspotenziale nach der Sanierung noch fortbestehen und in folgenden Veranlagungszeiträumen weitergenutzt werden können.²⁴ Für die Bestimmung der Höhe der unterzuhenden Steuerminderungspositionen dient zunächst der steuerfreie Sanierungsertrag als Ausgangsgröße. Von diesem werden die steuerlich nicht abziehbaren Sanierungskosten und -aufwendungen im Sinne von § 3c Abs. 4 EStG abgezogen (§ 3a Abs. 3 S. 1 EStG). Der sogenannte geminderte Sanierungsertrag entspricht daher dem Gewinn aus der Sanierungsoperation und ist Bezugsgröße für den Untergang der Steuerminderungspositionen (§ 3a Abs. 3 S. 2 EStG). Die so gewählte Höchstgrenze stellt damit den Untergang von Steuerminderungspositionen maximal in Höhe des Sanierungsgewinns sicher.²⁵ Ein Untergang in Höhe des Sanierungsertrags wäre vor dem Hintergrund des § 3c Abs. 4 EStG überschließend und damit nicht sachgerecht. Der Untergang von Steuerminderungspositionen vollzieht sich dann entsprechend der Reihenfolge des § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 1-13 EStG zunächst beim Steuerpflichtigen selbst (bei Zusammenveranlagung ist der Ehegatte mit einzubeziehen § 3a Abs. 3a EStG).²⁶ Verbleibt vom geminderten Sanierungsertrag noch ein Restbetrag, werden zum Wirtschaftsjahr der Übertragung bestehende Steuerminderungspotenziale bei einer nahestehenden Person ver-

22 Vgl. *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1903).

23 BT-Drs. 18/12128, S. 31.

24 BT-Drs. 18/12128, S. 31f.

25 *Desens*, FR 2017, 981 (986); *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 32.

26 Die Einbeziehung des Ehegatten als Verletzung des Subjektsteuerprinzips geißelnd *Kanzler*, NWB 2017, 2260 (2269).

braucht, wenn das Unternehmen innerhalb der letzten fünf Jahre von der nahestehenden Person auf den Steuerpflichtigen übertragen wurde (§ 3a Abs. 3 S. 3 EStG). Dabei handelt es sich um eine Anti-Missbrauchsklausel.²⁷ Sollte nach Anwendung dieser Regeln noch ein Restbetrag verbleiben, ist dieser sogenannte verbleibende Sanierungsertrag (§ 3a Abs. 3 S. 4 EStG) ohne weitere Kompensation endgültig steuerfrei. Wirtschaftlich betrachtet ist daher nur die Steuerbefreiung des verbleibenden Sanierungsertrags eine echte Steuerbefreiung.²⁸ Hinsichtlich der untergehenden Steuerminderungspotenzien besteht der wirtschaftliche Vorteil allenfalls in der vorgezogenen Geltendmachung, hat also nur temporäre Effekte. Diese können je nach Fallgestaltung für das begünstigte Unternehmen einen beträchtlichen wirtschaftlichen Wert haben.

Für eine nähere Betrachtung der einzelnen untergehenden Steuerminderungspotenziale bieten sich zwei Perspektiven an. Zunächst lassen sich die Minderungspotenziale nach ihrer steuerlichen Herkunft betrachten. Mit Ausnahme der ersten und letzten Position (Nr. 1, 13) sind alle Steuerminderungspotenzien Verluste oder Verlustvorträge. An erster Stelle (Nr. 1) steht ein bereits entstandener Aufwand. Alle abzuschreibenden Aufwendungen aus Verpflichtungs-/Erfüllungsübernahmen gem. § 4f EStG gehen unter mit Ausnahme der im Wirtschaftsjahr der Sanierung abgezogenen Beträge. Wirtschaftlich betrachtet werden bereits entstandene Aufwendungen vorgezogen, die eigentlich aufgrund des § 4f EStG nicht sofort, sondern über die folgenden 14 Jahre abgeschrieben werden. An letzter Stelle gehen Rechengrößen mit Bezug zur Zinsschrankenregelung unter.²⁹ Hinsichtlich des Verlustuntergangs lässt sich ein gewisses Schema feststellen. In den Nr. 2 bis Nr. 7 sind spezielle, schedulierte Verluste angesprochen. Es geht zunächst immer der Verlust des laufenden Jahres unter, bevor dann in der darauffolgenden Nummer der dazugehörige Verlustvortrag untergeht. Erst in den Nr. 8 bis Nr. 10 werden die allgemeinen Verlustpositionen angesprochen. Die zweite Perspektive ergibt sich aus der Frage, welche Verrechnungskreise des Steuerpflichtigen betroffen sind. Die Nr. 1 bis Nr. 8 stellen Steuerminderungspotenzien aus dem zu sanierenden Unternehmen dar.³⁰ Bei Nr. 9 und Nr. 11 ist ausgeschlossen, dass sie aus dem zu sanierenden Unternehmen

27 Desens, FR 2017, 981 (989); Sistermann/Beutel, DStR 2017, 1065 (1067); Kanzler, NWB 2017, 2260 (2271).

28 Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 34; Levedag, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 37.

29 Dazu unten Kapitel 2:A.I.2.e) ab S. 25.

30 Levedag, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 39; Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 32.

stammen.³¹ Sie können nur aus anderen Verrechnungskreisen (d. h. anderen Einkunftsarten/-quellen) des Steuerpflichtigen stammen. Die Nr. 10, 12, 13 können sich sowohl auf das zu sanierende Unternehmen als auch auf andere Verrechnungskreise beziehen.³²

- a) Verlust und Verlustvorträge bestimmter Einkünfte im Sinne des § 15 Abs. 4 EStG (§ 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 6, 7 EStG)

Die Verluste aus gewerblicher Tierzucht/-haltung, bestimmten Termingeschäften und Verlusten aus diversen Beteiligungssachverhalten sind jeweils nach § 15 Abs. 4 EStG nicht mit anderen Gewinnen verrechenbar. Soweit ein ausreichend hoher verminderter Sanierungsertrag entsteht, gehen diese Verluste zwecks Kompensation unter. Wie sich aus einer Zusammenschau mit § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 11 lit. c EStG ergibt, sind die Nr. 6 und 7 nur dann einschlägig, wenn der zu sanierende Betrieb die schedulierten Verluste erlitten hat.³³ Sind bei dem Steuerpflichtigen Verluste oder Vorträge gemäß § 15 Abs. 4 EStG aufgelaufen, die nicht im zu sanierenden Betrieb entstanden sind, dann gehen diese erst gemäß § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 11 lit. c EStG unter.

- b) Laufender Verlust des zu sanierenden Unternehmens (§ 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 8 EStG)

Erst an achter Stelle geht ein laufender Verlust des Sanierungsjahres unter. Dazu zählt auch ein Verlust aus der weiteren Rechtsfolge des § 3a Abs. 1 S. 2 EStG.³⁴ Verlust ist insoweit der steuerliche Verlust des Veranlagungszeitraums und nicht der bilanzielle Verlust.³⁵ Wird bei der bilanziellen Gewinnermittlung der Sanierungsgewinn mit dem laufenden Verlust verrechnet, sorgt die Steuerfreiheit des Sanierungsertrags für den außerbilanziellen

31 Kritisch *Desens*, FR 2017, 981 (986).

32 *Desens*, FR 2017, 981 (986), der für eine Beschränkung plädiert.

33 So iErg auch *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 39; *Bleschick*, in: BeckOK EStG, § 3a EStG [Stand 10.2020], Rn. 412, 418.

34 *Förster/Hechtner*, DB 2017, 1536 (1541); *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 43; *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 40. Siehe dazu auch unter Kapitel 2.A.I.3 ab S. 26.

35 So aber *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 37, die den Anwendungsbereich dieser Nummer in Frage stellt.

Abzug dieses Ertrags.³⁶ Der steuerliche Verlust ist daher um die Effekte der Sanierung bereinigt. Schreibt das Unternehmen ohne den Sanierungsertrag einen Verlust, wird dieser zur wirtschaftlichen Neutralisierung der Steuerbefreiung eingesetzt.

c) Ausgleichsfähige Verluste aus allen Einkunftsarten (§ 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 9 EStG)

Unmittelbar nach Untergang des laufenden Verlustes des zu sanierenden Unternehmens ordnet § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 9 EStG den Untergang aller laufenden Verluste an. Diese Regelung zielt auf den Steuerpflichtigen ab und nicht auf das zu sanierende Unternehmen.³⁷ Trotzdem umfasst der Bezug zum Steuerpflichtigen auch das zu sanierende Unternehmen.³⁸ Allein die Nachrangigkeit zu Nr. 8 schließt Verluste des sanierten Unternehmens aus, da diese bereits verbraucht sind. Es werden daher nur Verluste umfasst, die zu anderen Verrechnungskreisen gehören.³⁹ Auslegungszweifel bestehen hinsichtlich der vorrangigen Saldierung von Verlusten. Die Gesetzesbegründung geht von einer vorrangigen horizontalen Verrechnung von Verlusten aus.⁴⁰ Das bedeutet, innerhalb einer Einkunftsart können Gewinne und Verluste verrechnet werden. Fraglich ist aber, ob dies auch über die verschiedenen Einkunftsarten hinweg gilt (vertikaler Verlustausgleich). Befürworter wie Gegner stellen bei ihrem Auslegungsergebnis vornehmlich auf den Wortlaut ab. Gegen einen vertikalen Verlustausgleich wird die ausdrückliche Nennung von allen Einkunftsarten im Gesetzestext angeführt.⁴¹ Überwiegend wird aber eine vorrangige Saldierung der Verluste und Gewinne aus allen Einkunftsarten vertreten.⁴² Der im Singular genannte Verlust impliziere die Saldierung sämtlicher Einkunftsarten.⁴³ Außerdem

36 Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 40.

37 Förster/Hechtnér, DB 2017, 1536 (1541).

38 Desens, FR 2017, 981 (986).

39 Desens, FR 2017, 981 (986).

40 BT-Drs. 18/12128, S. 32.

41 Förster/Hechtnér, DB 2017, 1536 (1541).

42 Desens, FR 2017, 981 (987); Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 41; Krumm, in: Brandis/Heuermann, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 44; Hallerbach, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 37.

43 Ausführlich Desens, FR 2017, 981 (987); ihm folgend Krumm, in: Brandis/Heuermann, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 44; Hallerbach, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 37.

werde die vertikale Verrechnung auch dem objektiven Nettoprinzip stärker gerecht.⁴⁴

d) Verlustvortrag nach § 10d Abs. 2 EStG ungeachtet der Mindestbesteuerung (§ 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 10 EStG)

An zehnter Rangstelle der zu mindernden Positionen steht der nach § 10d Abs. 4 EStG festgestellte Verlustvortrag. Der Untergang des Vortrags erfolgt ohne Rücksicht auf die Mindestbesteuerung des § 10d Abs. 2 EStG; diese ist insoweit aufgehoben. Bemerkenswert ist die Abweichung von der sonst vorherrschenden Systematik, direkt an den Untergang des Verlustes des Wirtschaftsjahrs den Untergang des entsprechenden Verlustvortrages anzutragen. Wohl aus rechtspraktischen Gründen hat der Gesetzgeber darauf verzichtet, nach dem Untergang der laufenden Verluste des Unternehmens in Nr. 8, den auf das Unternehmen bezogenen Verlustvortrag an neunter Stelle untergehen zu lassen. Der allgemeine Verlustvortrag nach § 10d Abs. 4 EStG differenziert nicht nach der Verlustquelle, weshalb ein Herausgreifen des unternehmensbezogenen Verlustvortrags gar nicht oder nur mit erheblichem Aufwand möglich wäre. Daher korrespondiert der Verlustvortrag systematisch sowohl mit dem laufenden Verlust aus Nr. 8 als auch aus Nr. 9.

e) Minderung des Zins- und EBITDA-Vortrages (§ 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 13 EStG)

Vielfach kritisiert wird die Einbeziehung des Zins- (lit. a) und EBITDA-Vortrags (lit. b) in die untergehenden Steuerminderungspositionen.⁴⁵ Zins- und EBITDA-Vortrag sind Steuerminderungspositionen aus der Zins-schrankenregelung des § 4h EStG.⁴⁶ Sind Zinsaufwendungen wegen der Anwendung von § 4h EStG in einem Veranlagungszeitraum nicht abzugsfähig, werden sie vorgetragen (Zinsvortrag) und können unter bestimmten Voraussetzungen in nachfolgenden Veranlagungszeiträumen abgezogen werden. Der Gesetzgeber hat die Einbeziehung dieses Zinsvortrags in die

44 Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 41, der den Wortlaut für uneindeutig hält.

45 Desens, FR 2017, 981 (988); Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 51 f.; Hallerbach, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 41.

46 Kurzer Überblick bei Loschelder, in: Schmidt, § 4h EStG, Rn. 12 f.

untergehenden Steuerminderungspositionen des § 3a Abs. 3 EStG mit der Gleichstellung zu denjenigen Fällen begründet, in denen die Zinsaufwendungen im Falle ihrer Abzugsfähigkeit zu einem Verlustvortrag geführt hätten.⁴⁷ In der Literatur wird dem entgegengehalten, die gesetzgeberische Unterstellung, Zinsaufwendungen hätten bei ihrer Abzugsfähigkeit zu vortragsfähigen Verlusten geführt, sei nicht sachgerecht.⁴⁸ Dies entspreche nicht dem typischen Fall der Zinsschrankenregelung und sei überdies auch nicht von ihrer Zwecksetzung gedeckt.⁴⁹ Wenn der typische Fall so gelagert wäre, hätte der Gesetzgeber die Zinsschrankenregelung nicht einführen dürfen.⁵⁰ Eine teleologische Reduktion des § 3a Abs. 3 Nr. 13 EStG kann mit diesen Argumenten jedoch nicht gefordert werden.

3. Ausübung steuermindernder Wahlrechte

Wenn ein steuerfreier Sanierungsertrag im Sinne des § 3a Abs. 1 S. 1 EStG vorliegt, dann sieht § 3a Abs. 1 S. 2, 3 EStG eine Pflicht zur gewinnmindernden Ausübung steuerlicher Wahlrechte im Jahr der Sanierung und im darauffolgenden Jahr vor. Diese Rechtsfolge steht selbstständig neben der Steuerfreiheit und ist zwingend; ihre Nichtbefolgung stellt die Steuerfreiheit des Sanierungsertrags nicht infrage.⁵¹ Sie ist daher keine Option aus der Anwendung des § 3a EStG, sofern die Rechtsfolgen für den Steuerpflichtigen ungünstig oder unerwünscht sind.⁵² Zweck der Regelung ist die Schaffung eines größtmöglichen Verlustes, der eine doppelte Verlustnutzung und damit Überprivilegierung ausschließen soll.⁵³ Nur wenn der Steuerpflichtige alle Verluste aufdeckt und damit eine möglichst hohe Summe an Verlustverrechnungspotenzialen schafft, ist die Steuerfreiheit des Sanierungsertrags gerechtfertigt. Divergenzen zwischen Zwecksetzung und Wortlaut der Norm führen aber zu offenen Auslegungsfragen. Unsicherheiten bestehen bei der Frage, welche Wahlrechte von der Rechtsfolgenanordnung umfasst

47 BT-Drs. 18/12128, S. 32.

48 *Desens*, FR 2017, 981 (988); *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 52.

49 *Desens*, FR 2017, 981 (988); *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 41.

50 *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 41; *Desens*, FR 2017, 981 (988).

51 *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1902); *Möhlenbrock/Gragert*, FR 2017, 994 (996); aA *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 15.

52 *Förster/Hechtner*, DB 2017, 1536 (1542); dies verkennend *Skauradzun*, ZIP 2018, 1901 (1904).

53 BT-Drs. 18/12128, S. 31 f.; *Desens*, FR 2017, 981 (988 f.); *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 3.

sind. Ebenfalls zweifelhaft ist, ob hinsichtlich der zwangsweisen Ausübung von steuerlichen Wahlrechten eine teleologische Reduktion der Vorschrift angezeigt ist. Für eine am Regelungszweck orientierte Auslegung reicht es aus, wenn die Wahlrechte nur insoweit zwangsweise ausgeübt werden müssen, wie es der verminderte Sanierungsertrag (§ 3a Abs. 3 S. 1 EStG) abzüglich der vorrangig in § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 1-7 EStG untergehenden Steuerminderungspositionen erfordert. Die parallele Problematik ergibt sich für den Zwang zur gewinnmindernden Ausübung der steuerlichen Wahlrechte im nachfolgenden Jahr über § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 12 EStG. An zwölfter Position des § 3a Abs. 3 S. 2 EStG wird der Untergang von Verlusten des Folgejahres angeordnet. Eine gewinnmindernde Ausübung der Wahlrechte wäre ebenfalls nur zweckmäßig, wenn sie zu Verlusten führten, auf die es beim gestuften Untergang der Steuerminderungspositionen noch ankommt.

a) Umfasste Wahlrechte

Vom Wortlaut des § 3a Abs. 1 S. 2 EStG sind alle steuerlichen Wahlrechte umfasst.⁵⁴ Ausgeschlossen von der obligatorischen Wahlrechtsausübung sind damit handelsrechtliche Wahlrechte, selbst wenn sie wegen des Grundsatzes der Maßgeblichkeit steuermindernd wirken.⁵⁵ Steuerliche Wahlrechte sind alle Wahlrechte, die ohne Bindung an die Handelsbilanz ausgeübt werden können, egal ob sie bilanziell oder außerbilanziell wirken.⁵⁶ Nach überwiegender Ansicht sind von der Norm allerdings nur die gesetzlichen Wahlrechte umfasst und nicht solche, die durch Verwaltungsvorschrift gewahrt werden.⁵⁷

Ausdrücklich in § 3a Abs. 1 S. 3 EStG genannt – und damit von der Rechtsfolge umfasst – ist die Teilwertabschreibung. Allerdings wird diskutiert, ob wegen des klaren Wortlauts jede Teilwertabschreibung⁵⁸ erfasst ist oder vor dem Hintergrund von § 8b Abs. 3 S. 3 KStG bloß steuerwirksame

54 Beispielhafte Aufzählung bei *Bleschick*, in: BeckOK EStG, § 3a EStG [Stand 10.2020], Rn. 256.

55 *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 17.

56 *Levedag*, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 35.

57 *Desens*, FR 2017, 981 (989); *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 17; *Levedag*, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 35; aA *Förster/Hechtnar*, DB 2017, 1536 (1542).

58 So *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 34.

Teilwertabschreibungen⁵⁹ vorzunehmen seien. Der Normzweck, Doppelbegünstigungen durch Aufdeckung aller Verlustpotenziale zu vermeiden, lässt sich nur bei Steuerwirksamkeit des Wahlrechts erreichen.

Ein weiterer Streitpunkt ist die Anwendbarkeit auf steuerliche Sonder- und Subventionswahlrechte (§§ 6b, 6c, 7g EStG).⁶⁰ Dies ist eng verknüpft mit der Frage, ob über die Hebung stiller Lasten hinaus auch die Auflösung stiller Reserven verhindert werden soll.⁶¹ Eine zwingende Ausübung der Wahlrechte wird als zweckwidrig angesehen. Die vom Gesetzgeber befürchtete Doppelbegünstigung durch Steuerfreiheit des Sanierungsertrags und die Rettung von bestehenden Steuerminderungspotenzialen für spätere Veranlagungszeiträume könne gar nicht eintreten.⁶² Durch die Wahlrechte der §§ 6b, 7g EStG seien zukünftige Investitionen privilegiert, eine Rettung von Steuerminderungspotenzialen finde bei ihrer Nichtausübung mithin nicht statt.⁶³ Die Besteuerung der stillen Reserven werde durch die Subventionswahlrechte nur in spätere Veranlagungszeiträume verlagert, eine endgültige Steuerminderung gebe es hingegen nicht.⁶⁴ Gegen eine Anwendung spreche auch die Belastung mit Zins- und Zuschlagsfolgen bei späterer Nichtinvestition.⁶⁵

59 *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1902); *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 2.71 ff.; *Förster/Hechtnar*, DB 2017, 1536 (1543); *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 17; *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 17.

60 Dafür *Kanzler*, NWB 2017, 2260 (2265); *Desens*, FR 2017, 981 (989); *Bleschick*, in: BeckOK EStG, § 3a EStG [Stand 10.2020], Rn. 255; dagegen *Förster/Hechtnar*, DB 2017, 1536 (1542 f.); *Sistermann/Beutel*, DStR 2017, 1065 (1067); *Levedag*, in: *Schmidt*, § 3a EStG, Rn. 34; *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 18; *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1902); *Möhlenbrock/Gragert*, FR 2017, 994 (996); *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 17.

61 Dies ablehnend *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 34, der Steuerpflichtige sei so im Anschluss an die Veräußerung von Grundbesitz nicht verpflichtet, die Hebung der stillen Reserven durch die Möglichkeiten des § 6b EStG zu verhindern; *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 18.

62 *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 17.

63 *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1902); vgl. auch *Möhlenbrock/Gragert*, FR 2017, 994 (996).

64 *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1902).

65 *Förster/Hechtnar*, DB 2017, 1536 (1542 f.); *Levedag*, in: *Schmidt*, § 3a EStG, Rn. 34.

b) Beschränkung der obligatorischen Wahlrechtsausübung auf Höhe des Sanierungsgewinns

Durch die Steuerfreistellung des Sanierungsertrags ist eine Verrechnung mit anderen Erträgen und Aufwendungen nicht möglich. Er bleibt daher bei der Berechnung des steuerlichen Gewinns/Verlustes unberücksichtigt. Isoliert betrachtet kann die gewinnmindernde Ausübung steuerlicher Wahlrechte daher keine Wirkung im Rahmen des § 3a EStG haben. Erst wenn sie zu einem steuerlichen Verlust führt oder diesen vergrößert, wird durch § 3 Abs. 3 S. 2 Nr. 8 EStG dieser Verlust im Rahmen des Untergangs der Steuerminderungspositionen verwertet.⁶⁶ Ist der laufende Gewinn eines Jahres größer als der durch die Wahlrechtsausübung entstandene Verlust, dann führt dies bei den Steuerpflichtigen lediglich zu einer Verringerung der Bemessungsgrundlage der laufenden Steuer, bei Einkommensteuersubjekten kann es noch zu Progressionseffekten kommen.⁶⁷ Ist der durch die Ausübung steuerlicher Wahlrechte aufdeckbare Verlust größer als der Sanierungsertrag abzüglich der Sanierungskosten, kann der übersteigende Teil der Verluste denklogisch kein Steuerminderungspotenzial im Sinne von § 3a Abs. 3 S. 2 EStG haben. Es wird daher von einigen Vertretern eine teleologische Reduktion im Sinne einer betragsmäßigen Beschränkung der auszuübenden Wahlrechte gefordert. Die Pflicht soll maximal bis zur Höhe des geminderten Sanierungsertrags bestehen.⁶⁸ Weitergehend wird aber auch die Berücksichtigung des bereits nach § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 1-7 EStG erfolgten Untergangs von Steuerminderungspositionen vertreten und damit nur eine zwangsweise Ausübung der Wahlrechte, wenn sie sich über § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 8 EStG tatsächlich auswirken können.⁶⁹ Die Zwangsausübung wäre dann eine gedachte Annexrechtsfolge zu § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 8 EStG. Die Gegenansicht verneint eine solche Auslegung im Hinblick auf den klaren Wortlaut und die praktischen Probleme bei der Reihenfolge und Auswahl der dann selektiv auszuübenden Wahlrechte.⁷⁰ Solche Auswahlprobleme können dann entstehen, wenn die Höhe des geminderten

66 *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 17; *Bleschick*, in: BeckOK EStG, § 3a EStG [Stand 10.2020], Rn. 252.

67 *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 17.

68 *Möhlenbrock/Gragert*, FR 2017, 994 (996); *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 34; jetzt wohl auch *Levedag*, in: *Schmidt*, § 3a EStG, Rn. 32, der eine teleologische Reduktion hinsichtlich des geminderten Sanierungsertrags vertritt.

69 *Förster/Hechtner*, DB 2017, 1536 (1543); *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 16.

70 *Desens*, FR 2017, 981 (989); *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 17.

Sanierungsertrags eine Anwendung der Nr. 8 noch erfordert, allerdings nicht in voller Höhe.

II. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Sanierungsprivilegierung des § 3a EStG findet auf beschränkt und unbeschränkt steuerpflichtige Personen und über § 8 Abs.1 KStG auch auf Kapitalgesellschaften und andere körperschaftsteuerpflichtige Subjekte Anwendung.⁷¹

III. Sachlicher Anwendungsbereich

Sachliche Voraussetzungen für die Anwendung des § 3a EStG sind die Sanierungsbedürftigkeit und -fähigkeit des begünstigten Unternehmens, die Sanierungseignung des betrieblich begründeten Schuldenerlasses und die Sanierungsabsicht des Gläubigers. Damit entspricht der sachliche Anwendungsbereich des § 3a EStG im Wesentlichen dem Sanierungserlass⁷² und den Vorgängernormen des EStG (§ 3 Nr. 66 EStG a.F.) sowie des KStG (§ 11 Nr. 4 KStG a.F.).⁷³ Daher lassen sich die von der Rechtsprechung dazu entwickelten Auslegungsgrundsätze auf die neue Rechtslage übertragen.

1. Sanierungsbedürftigkeit

Sanierungsbedürftig ist ein Unternehmen, wenn es bei objektiver Betrachtung vom Zusammenbruch bedroht ist.⁷⁴ Eine solche Situation liegt dann vor, wenn ohne die Sanierung bei Abdeckung der bestehenden Verpflichtungen nicht genügend Betriebssubstanz erhalten werden kann, um eine

71 Levedag, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 9; Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 5.

72 Bundesministerium der Finanzen, 27.03.2003, IV A 6-S 2140-8/03, Ertragsteuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen; Steuerstundungen und Steuererlass aus sachlichen Billigkeitsgründen, BStBl I 2003, 240.

73 BT-Drs. 18/12128, S. 31; BFH, Urt. v. 12.12.2013 – X R 39/10, BFHE 244, 485 = BStBl II 2014, 572.

74 BFH, Urt. v. 20.02.1986 – IV R 172/84.

erfolgreiche Weiterführung des Betriebs zu gewährleisten.⁷⁵ Das ist spätestens dann der Fall, wenn das Unternehmen infolge einer Zahlungsunfähigkeit von der Insolvenz bedroht ist.⁷⁶ Überschuldung allein ist dagegen kein Grund, Sanierungsbedürftigkeit anzunehmen, wenn dies nicht die Verpflichtung zur Stellung eines Insolvenzantrags begründet.⁷⁷ Gleichwohl ist das Vorliegen von Insolvenzantragsgründen oder die Eröffnung des Insolvenzverfahrens kein selbstständiger Grund für die Annahme der Sanierungsbedürftigkeit.⁷⁸ Es ist eine eigenständige steuerrechtliche Prüfung erforderlich. Nach ständiger Rechtsprechung ist in Zweifelsfällen für die Frage der Sanierungsbedürftigkeit eine Prognoseentscheidung unter Einbeziehung der Ertragslage, der Höhe des Betriebsvermögens vor und nach der Sanierung, der Kapitalverzinsung durch die Erträge des Unternehmens, des Verhältnisses der flüssigen Mittel zur Höhe der Schuldenlast und der Gesamtleistungsfähigkeit des Unternehmens vorzunehmen.⁷⁹ Beurteilungszeitpunkt ist die Vornahme der Sanierungshandlung, spätere Umstände werden weder zugunsten noch zulasten des Steuerpflichtigen berücksichtigt.⁸⁰ Bei Einzelkaufleuten und Personengesellschaften ist zudem noch das Privatvermögen des unbeschränkt haftenden Gesellschafters zu berücksichtigen.⁸¹ Kann der erforderliche Finanzbedarf statt durch eine Sanierung auch aus dem Privatvermögen gedeckt werden, liegt keine Sanierungsbedürftigkeit vor.⁸² Auch umgekehrt ist die finanzielle Situation der persönlich haftenden Gesellschafter für die Stellung der Gesellschaft gegenüber Kreditgebern und anderen Geschäftspartnern entscheidend. Spitzt sich die

75 BFH, Urt. v. 10.04.2003 – IV R 63/01, BFHE 202, 452 = BStBL II 2004, 9; BFH, Urt. v. 16.05.2002 – IV R 11/01, BFHE 199, 278 = BStBl II 2002, 854.

76 BFH, Urt. v. 20.02.1986 – IV R 172/84; OFD Niedersachsen, 12.07.2017, S 2140-8-St-244, I.2.3.1.

77 BFH, Urt. v. 14.03.1990 – I R 64/85, BFHE 161, 28 = BStBl II 1990, 810.

78 *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 20, unter Verweis auf strategische Insolvenzen; *Bodden*, in: K/C/S/S, § 3a EStG, Rn. 47; *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 27.

79 BFH, Urt. v. 27.01.1998 – VIII R 64/96, BFHE 186, 12 = BStBl II 1998, 537; BFH, Urt. v. 14.03.1990 – I R 64/85, BFHE 161, 28 = BStBl II 1990, 810; BFH, Urt. v. 22.11.1983 – VIII R 14/81, BFHE 140, 521 = BStBl II 1984, 472; BFH, Urt. v. 19.03.1993 – III R 79/91; BFH, Urt. v. 03.12.1963 – I 375/60 U, BFHE 78, 327.

80 BFH, Urt. v. 20.02.1986 – IV R 172/84; BFH, Urt. v. 14.03.1990 – I R 64/85, BFHE 161, 28 = BStBl II 1990, 810; BFH, Urt. v. 19.03.1993 – III R 79/91.

81 BFH, Urt. v. 20.02.1986 – IV R 172/84; BFH, Urt. v. 10.04.2003 – IV R 63/01, BFHE 202, 452 = BStBL II 2004, 9.

82 BFH, Urt. v. 10.04.2003 – IV R 63/01, BFHE 202, 452 = BStBL II 2004, 9.

private finanzielle Situation bei diesen Gesellschaftern zu, kann sich auch daraus die Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft ergeben.⁸³

2. Sanierungsfähigkeit und Sanierungseignung

Sanierungsfähigkeit und -eignung sind logisch miteinander verknüpfte Tatbestandsmerkmale, die aufeinander aufbauen.⁸⁴ Sanierungsfähigkeit ist nur dann gegeben, wenn nach (bestmöglicher) Sanierung das Unternehmen wieder wettbewerbs- und damit auch ertragsfähig werden kann.⁸⁵ Sanierungseignung bezeichnet dann die nachfolgende Verengung der Perspektive auf die Geeignetheit des konkreten Schulderlasses. Es ist zu prüfen, ob der tatsächlich vorgenommene Erlass alleine oder zusammen mit anderen geplanten Sanierungsmaßnahmen das Überleben des Unternehmens sicherstellen kann.⁸⁶ Deshalb wird die Sanierungsfähigkeit von der Rechtsprechung implizit oder explizit im Zusammenhang mit der Sanierungseignung erklärt: Ist die konkrete Maßnahme geeignet, muss auch die Sanierungsfähigkeit gegeben sein.⁸⁷

Überleben meint nicht nur die Bewahrung vor dem Zusammenbruch, sondern setzt zwingend auch die Wiederherstellung der Ertragsfähigkeit voraus – ggf. nach einer Erholungsphase.⁸⁸ Die Bewahrung vor dem Zusammenbruch allein kann einen Steuerverzicht nicht rechtfertigen.⁸⁹ Das Unternehmen muss sich danach am Markt behaupten können, ansonsten verfehlt die Steuerbefreiung den Zweck, nur eine wirkliche Unternehmensgesundung zu fördern.⁹⁰ Beurteilungszeitpunkt ist der Abschluss der Sanie-

83 BFH, Urt. v. 12.12.2013 – X R 39/10, BFHE 244, 485 = BStBl II 2014, 572; BFH, Urt. v. 27.01.1998 – VIII R 64/96, BFHE 186, 12 = BStBl II 1998, 537; BFH, Urt. v. 22.04.1998 – XI R 48/95.

84 Krumm, in: Brandis/Heuermann, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 25; Hallerbach, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 28; Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 21, "systematische Vorfrage".

85 Eilers/Schwahn, Sanierungssteuerrecht, Rn. 2.52 f. ff.

86 BFH, Urt. v. 20.02.1986 – IV R 172/84; BFH, Urt. v. 17.11.2004 – I R 11/04; BFH, Urt. v. 19.03.1993 – III R 79/91; BFH, Urt. v. 12.12.2013 – X R 39/10, BFHE 244, 485 = BStBl II 2014, 572.

87 Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 21; vgl. nur BFH, Urt. v. 20.02.1986 – IV R 172/84.

88 BFH, Urt. v. 12.12.2013 – X R 39/10, BFHE 244, 485 = BStBl II 2014, 572; BFH, Urt. v. 22.01.1985 – VIII R 37/84, BFHE 143, 420 = BStBl II 1985, 501.

89 BFH, Urt. v. 22.01.1985 – VIII R 37/84, BFHE 143, 420 = BStBl II 1985, 501.

90 Vgl. BFH, Urt. v. 22.01.1985 – VIII R 37/84, BFHE 143, 420 = BStBl II 1985, 501.

rungsvereinbarung, weshalb eine Prognose über den Erfolg der Sanierung anzustellen ist.⁹¹ Sind unterschiedliche z.T. auch gestufte Maßnahmen geplant, dann können diese zusammen gewürdigt werden, wenn sie auf einem einheitlichen Willensentschluss beruhen.⁹² Für die Prognose sind alle Umstände heranzuziehen, die Einfluss auf die Ertragsaussichten haben können, insbesondere sind dies Höhe der Verschuldung, Höhe des Erlasses, Gründe für die wirtschaftliche Schieflage, im Marktfeld erzielbare Erträge.⁹³

3. Sanierungsabsicht

Sanierungsabsicht liegt immer dann vor, wenn der Gläubiger zum Zwecke der Sanierung des Schuldners Schulden erlässt.⁹⁴ Es kommt nur auf die Absicht an, den Zusammenbruch des Unternehmens zu verhindern und die finanzielle Gesundung des Schuldners herbeizuführen.⁹⁵ Trotzdem muss der Gläubiger nicht aus rein selbstlosen Motiven einen Erlass erklären.⁹⁶ In ständiger Rechtsprechung hat es der Bundesfinanzhof für ausreichend erklärt, wenn die Sanierungsabsicht neben die eigennützigen Motive des Gläubigers tritt.⁹⁷ Zu solchen eigennützigen Motiven zählen alle eigenbetrieblichen Interessen des Gläubigers, also Aufrechterhaltung der Liefer-/Geschäftsbeziehungen oder die Rettung zumindest eines Teils der Forderung(en).⁹⁸ Sprechen sämtliche oder zumindest mehrere Gläubiger einen (Teil-)Erlass aus und handeln damit im sogenannten Gläubigerakkord, wird die Sanierungsabsicht vermutet.⁹⁹ Tragende Erwägung für diese Ver-

91 BFH, Urt. v. 19.03.1993 – III R 79/91.

92 *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 2.54 ff.

93 Siehe Aufzählung bei OFD Niedersachsen, 12.07.2017, S 2140-8-St-244, I.2.3.2.

94 BFH, Urt. v. 27.01.1998 – VIII R 64/96, BFHE 186, 12 = BStBl II 1998, 537; BFH, Urt. v. 19.03.1993 – III R 79/91.

95 *Förster/Hechtnar*, DB 2017, 1536 (1538).

96 *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 27.

97 BFH, Urt. v. 19.03.1993 – III R 79/91; BFH, Urt. v. 12.10.2005 – X R 20/03; BFH, Urt. v. 16.05.2002 – IV R 11/01, BFHE 199, 278 = BStBl II 2002, 854; BFH, Urt. v. 10.04.2003 – IV R 63/01, BFHE 202, 452 = BStBL II 2004, 9; BFH, Urt. v. 15.10.1997 – I R 103/93; BFH, Urt. v. 27.01.1998 – VIII R 64/96, BFHE 186, 12 = BStBl II 1998, 537; BFH, Urt. v. 17.11.2004 – I R 11/04; BFH, Urt. v. 26.02.1988 – III R 257/84.

98 BFH, Urt. v. 17.11.2004 – I R 11/04; BFH, Urt. v. 27.01.1998 – VIII R 64/96, BFHE 186, 12 = BStBl II 1998, 537.

99 BFH, Urt. v. 28.02.1989 – VIII R 303/84, BFHE 157, 51 = BStBl II 1989, 711; BFH, Urt. v. 17.11.2004 – I R 11/04; BFH, Urt. v. 10.04.2003 – IV R 63/01, BFHE 202, 452 = BStBL

mutung ist die geringere Wahrscheinlichkeit allein egoistischer Interessenverfolgung bei gleichgerichtetem Vorgehen mehrerer Gläubiger.¹⁰⁰ Genauer geprüft wird die Sanierungsabsicht hingegen, wenn nur ein oder einzelne Gläubiger Schulden erlassen.¹⁰¹ Auch hier sind an die Sanierungsabsicht keine hohen Anforderungen zu stellen.¹⁰² Es müssen dann alle Indizien, die gegen eine Sanierungsabsicht sprechen könnten, zur Beurteilung herangezogen werden.¹⁰³ Gegen die Sanierungsabsicht spricht beispielsweise, wenn die Fortführung der Geschäftsbeziehung gerade für den erlassenden Gläubiger von entscheidender Bedeutung ist.¹⁰⁴

4. Betrieblich begründeter Schuldenerlass

Wurde vor Geltung des § 3a EStG unter dem Gesichtspunkt der Sanierungsabsicht der tatbestandsmäßige Ausschluss gesellschaftsrechtlich veranlasster Erlasse diskutiert, hat sich dies mit der Aufnahme des betrieblich begründeten Forderungserlasses in den Tatbestand erledigt.¹⁰⁵ Nur betrieblich begründete Schuldenerlasse sind tatbestandsmäßig und können von der Sanierungsbegünstigung des § 3a EStG umfasst sein. Damit werden privat oder gesellschaftsrechtlich veranlasste Erlasse aus dem Anwendungsbereich ausgegrenzt.¹⁰⁶ Aus privaten Gründen motivierte Schuldenerlasse weisen eine gewisse Nähe zu freigebigen Zuwendungen auf und dürften nur bei privaten Näheverhältnissen in Betracht kommen.¹⁰⁷ Relevant wird das

II 2004, 9; BFH, Urt. v. 16.05.2002 – IV R 11/01, BFHE 199, 278 = BStBl II 2002, 854; BFH, Urt. v. 12.10.2005 – X R 20/03; BFH, Urt. v. 19.03.1993 – III R 79/91.

100 BFH, Urt. v. 12.10.2005 – X R 20/03; BFH, Urt. v. 16.05.2002 – IV R 11/01, BFHE 199, 278 = BStBl II 2002, 854; BFH, Urt. v. 10.04.2003 – IV R 63/01, BFHE 202, 452 = BStBL II 2004, 9.

101 BFH, Urt. v. 28.02.1989 – VIII R 303/84, BFHE 157, 51 = BStBl II 1989, 711; BFH, Urt. v. 15.10.1997 – I R 103/93; BFH, Urt. v. 10.04.2003 – IV R 63/01, BFHE 202, 452 = BStBL II 2004, 9.

102 BFH, Urt. v. 12.10.2005 – X R 20/03; BFH, Urt. v. 16.05.2002 – IV R 11/01, BFHE 199, 278 = BStBl II 2002, 854.

103 BFH, Urt. v. 12.10.2005 – X R 20/03; BFH, Urt. v. 10.04.2003 – IV R 63/01, BFHE 202, 452 = BStBL II 2004, 9; BFH, Urt. v. 15.10.1997 – I R 103/93.

104 BFH, Urt. v. 28.02.1989 – VIII R 303/84, BFHE 157, 51 = BStBl II 1989, 711.

105 *Desens*, FR 2017, 981 (983), unter Hinweis auf die berechtigte Kritik an der früheren Vorgehensweise.

106 *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 24; *Krumm*, in: Brandis/Heuermann, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 27.

107 Vgl. *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 25.

Tatbestandsmerkmal vor allem bei gesellschaftsrechtlich beteiligten Gläubigern. Ist der erlassende Gläubiger zugleich auch Gesellschafter der zu sanierenden Gesellschaft, muss die gesellschaftsrechtliche von der betrieblichen Veranlassung abgegrenzt werden. Der Bundesfinanzhof stellt dafür auf die allgemeinen Grundsätze für die Abgrenzung von Zuwendungen des Gesellschafters an eine mit ihm verbundene Gesellschaft ab.¹⁰⁸ Eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung liegt dann vor, wenn ein Nichtgesellschafter bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns der Gesellschaft den Vermögensvorteil nicht eingeräumt hätte.¹⁰⁹ Für einen betrieblich begründeten Erlass muss der Gesellschafter eigenbetriebliche Gründe nachweisen.¹¹⁰ Letztlich läuft dieser Nachweis auf einen Fremdvergleich hinaus.¹¹¹ Entspricht der Sanierungsbeitrag der Gesellschafter dem, was auch Drittgläubiger im Rahmen eines Gläubigerakkords zur Sanierung leisten, dann wird von einer betrieblichen Veranlassung auszugehen sein.¹¹² Beteiligen sich keine Fremdgläubiger am Schuldenerlass, wird er regelmäßig durch das Gesellschafterverhältnis veranlasst sein.¹¹³ Die Beurteilung des Schulderlasses erfolgt einheitlich und kann nicht in einen betrieblich und einen gesellschaftsrechtlich veranlassten Teil aufgeteilt werden.¹¹⁴ Probleme entstehen deshalb insbesondere aufgrund der zum Teil auch gesetzlich angeordneten Nachrangigkeit von Gesellschafterforderungen (§ 39 InsO). Strittig ist, ob die dadurch entstehenden übermäßigen Sanierungs-

108 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652.

109 Speziell im Kontext der Sanierung BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; allgemein zur verdeckten Einlage BFH, Urt. v. 15.10.1997 – I R 80/96; BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40; BFH, Urt. v. 18.12.1990 – VIII R 158/86.

110 *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 2.44 ff.; *Desens*, FR 2017, 981 (983); *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 24, es müsse ein objektiv wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Schuldenerlass und Betrieb bestehen.

111 So ausdrücklich BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40; *Levedag*, in: *Schmidt*, § 3a EStG, Rn. 25, "Drittvergleich".

112 *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 27; *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 24.

113 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; BR-Drs. 59/17(B), S. 15; *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 24.

114 Finanzministerium Schleswig-Holstein, 25.01.2013, VI 3011 - S2741 - 108; *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 29; *Desens*, FR 2017, 981 (983); *Kahler/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1900 f.); aA. *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.53 ff.; *Ott*, DStZ 2018, 179 (183); *Förster/Hechtner*, DB 2017, 1536 (1539); *Ott*, DStZ 2010, 623 (628); missverständlich BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652, die Aussage der Forderungsverzicht könne nur in Höhe des werthaltigen Teils durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sein, bezieht sich nur auf die Berechnung der Höhe der verdeckten Einlage.

beiträge von Gesellschaftergläubigern ihren gesamten Sanierungsbeitrag gesellschaftsrechtlich prägen.¹¹⁵

5. Schuldenerlass im Sinne des § 3a EStG

Welche Anforderungen an einen Erlass im Sinne von § 3a EStG zu stellen sind, ist nicht bis ins Detail zweifelsfrei geklärt. Die Rechtsprechung bewegt sich mehr oder weniger stringent zwischen zivilrechtlicher und wirtschaftlicher Betrachtung. Im Ausgangspunkt stellt die Rechtsprechung auf den zivilrechtlichen Erlassvertrag und das gleichgestellte negative Schuldanerkenntnis (§ 397 Abs. 1, 2 BGB) ab.¹¹⁶ Damit wird insbesondere die Ausgrenzung von Verzichten auf zukünftig entstehende Forderungen, die die Passivseite noch nicht belasten, und von ertragswirksamen Zuschusszahlungen („Ertragszuschüsse“) begründet.¹¹⁷ Somit fallen Zinssenkungen für die Zukunft und die begünstigende Aufhebung oder Änderung von Vertragsvereinbarungen nicht in den Anwendungsbereich von § 3a EStG.¹¹⁸ Der Ausschluss der vorgenannten Sanierungsoperation ist insoweit unstrittig.¹¹⁹ Die Gesetzesbegründung nennt in ihrer – nicht abschließenden – beispielhaften Aufzählung neben dem zivilrechtlichen Erlass auch den Forderungsverzicht im Rahmen des Insolvenzplans als begünstigte Sanierungsoperation.¹²⁰ Eine rein zivilrechtsakzessorische Auslegung des Erlassbegriffs kann daher nicht Intention des Gesetzgebers gewesen sein. Der Forderungsverzicht im Rahmen des Insolvenzplans ist kein Verzicht im technischen Sinn, sondern eine Umwandlung der Forderung in eine nicht

115 Dafür *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 24; *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 29; dagegen *Krumm*, in: Brandis/Heuermann, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 27; differenzierend *Levedag*, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 26.

116 BFH, Urt. v. 19.03.1991 – VIII R 214/85, BFHE 164, 70 = BStBl II 1991, 633; BFH, Urt. v. 27.01.1998 – VIII R 64/96, BFHE 186, 12 = BStBl II 1998, 537.

117 BFH, Urt. v. 19.03.1991 – VIII R 214/85, BFHE 164, 70 = BStBl II 1991, 633; BFH, Urt. v. 28.02.1989 – VIII R 303/84, BFHE 157, 51 = BStBl II 1989, 711; BFH, Urt. v. 31.01.1985 – IV R 149/82, BFHE 143, 267 = BStBl II 1985, 365.

118 BFH, Urt. v. 19.03.1991 – VIII R 214/85, BFHE 164, 70 = BStBl II 1991, 633; BFH, Urt. v. 28.02.1989 – VIII R 303/84, BFHE 157, 51 = BStBl II 1989, 711; BFH, Urt. v. 31.01.1985 – IV R 149/82, BFHE 143, 267 = BStBl II 1985, 365.

119 Zur Literatur siehe nur *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 30; *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 13.

120 BT-Drs. 18/12128, S. 31; BR-Drs. 59/17(B), S. 15.

durchsetzbare Naturalobligation.¹²¹ Auch der Bundesfinanzhof steht einer wirtschaftlichen Betrachtung nicht völlig ablehnend gegenüber: In Fällen, in denen der Verzicht mit einer Gegenleistung des Schuldners einhergeht, wird diese Gegenleistung berücksichtigt und ein Erlass nur in Höhe der Differenz zwischen Verzichtssumme und Gegenleistung angenommen.¹²² Eine solche Würdigung ließe sich bei rein zivilrechtlicher Betrachtung nicht vornehmen. Ein Erlass ist als Verfügung mit der Gegenleistung des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts nicht verbunden.¹²³

Umstritten ist allerdings, wie weit ein Gewinn, der durch die Vereinigung von Schuldner und Gläubiger in einer Person (Konfusionsgewinn), als Erlass im Sinne von § 3a EStG aufgefasst werden kann. Der Bundesfinanzhof hat dies in einer Entscheidung unter Verweis auf die zivilrechtlichen Differenzen zwischen Verzicht und Konfusion verneint.¹²⁴ In der Literatur wird insoweit überwiegend eine abweichende wirtschaftliche Betrachtung vorgenommen.¹²⁵ Wenn schon der Forderungsverzicht im Rahmen des Insolvenzplans von § 3a EStG erfasst werde, dann müsse dies für jeden bilanzwirksamen Verzicht gelten.¹²⁶ Schließlich sei der Verzicht im Rahmen des Insolvenzplans zivilrechtlich nur eine Schuldumwandlung.¹²⁷ Die technische Umsetzung einer Sanierungsmaßnahme dürfe nicht die steuerliche Behandlung bestimmen, es komme auf den wirtschaftlichen Gehalt an.¹²⁸

121 Siehe nur *Huber/Madaus*, in: MüKo InsO, § 254 InsO, Rn. 21.

122 BFH, Urt. v. 26.11.1980 – I R 52/77, BFHE 132, 72 = BStBl II 1981, 181; BFH, Urt. v. 19.03.1991 – VIII R 214/85, BFHE 164, 70 = BStBl II 1991, 633; missverständlich BFH, Urt. v. 31.07.1991 – VIII R 23/89, BFHE 165, 398 = BStBl II 1992, 375.

123 Zur zivilrechtlichen Einordnung des Erlasses siehe nur *Rieble*, in: Staudinger, § 397 BGB, Rn. 29 ff.

124 BFH, Urt. v. 14.10.1987 – I R 381/83.

125 *Krumm*, in: Brandis/Heuermann, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 20; *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 29; *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 13; *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1899 f.); *Sistermann/Beutel*, DStR 2017, 1065 (1066); *Kanzler*, NWB 2017, 2260 (2264).

126 *Krumm*, in: Brandis/Heuermann, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 20; *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 29.

127 *Krumm*, in: Brandis/Heuermann, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 20; *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 29.

128 *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1899 f.); *Levedag*, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 16; *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 29.

IV. Erfasste Sanierungsoperationen

Wesentlich für die Bestimmung der von § 3a EStG erfassten Sanierungsoperationen ist die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Erlass“. § 3a EStG erfasst unstreitig den Forderungsverzicht, den Forderungsverzicht gegen Besserungsschein¹²⁹ und den Forderungsverzicht im Rahmen des Insolvenzplanverfahrens. Der Debt-Equity-Swap ist – sofern er zivilrechtlich als Erlass mit Gegenleistung in Form von Anteilen strukturiert wird – auch im Rahmen des engen Erlassverständnisses der Rechtsprechung begünstigt.¹³⁰ Auch Rangrücktritte, die wegen § 5 Abs. 2a EStG gewinnwirksam werden, werden überwiegend als umfasst angesehen.¹³¹

Dem wirtschaftlichen Erlassverständnis folgend müssten auch Konfusionsgewinne als Erlass im Sinne von § 3a EStG gelten; dann wird der Debt-Equity-Swap ohne Rücksicht auf seine technische Umsetzung erfasst, ebenso der Debt-Buy-Back.¹³²

Nicht erfasst sind demgegenüber Stundung, Aufrechnung, Änderung von laufenden Verträgen für die Zukunft und der nicht erfolgswirksame Rangrücktritt; gleiches gilt für Bar-/Ertragszuschüsse.¹³³

B. Forderungsverzicht

Einen einseitigen Verzicht des Gläubigers auf eine Forderung kennt das deutsche Zivilrecht nicht.¹³⁴ Erforderlich ist eine vertragliche Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner, entweder als Erlassvertrag (§ 397 Abs. 1 BGB) oder als negatives Schuldnerkenntnis (§ 397 Abs. 2 BGB).¹³⁵ Regelmäßig wird an die Annahmeerklärung des Schuldners für das in der Ver-

129 *Levedag*, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 13, arg e contrario § 3c Abs. 4 S. 1.

130 Vgl. *Levedag*, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 16.

131 *Desens*, FR 2017, 981 (983); *Levedag*, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 15; *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 30.

132 *Desens*, FR 2017, 981 (983); *Sistermann/Beutel*, DStR 2017, 1065 (1066); *Kanzler*, NWB 2017, 2260 (2264); *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 3a EStG [Stand 12.2018], Rn. 20; *Skauradszun*, ZIP 2018, 1901 (1902).

133 *Förster/Hechtnar*, DB 2017, 1536 (1538); *Levedag*, in: Schmidt, § 3a EStG, Rn. 14; *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 30; *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 13.

134 BGH, Urt. v. 04.12.2015 – V ZR 142/14.

135 Ausdruck des Vertragsprinzips § 311 Abs. 1 BGB, siehe dazu *Dennhardt*, in: BeckOK BGB, § 397 BGB, Rn. 1.

zichtserklärung zu sehende Angebot zum Abschluss eines Erlassvertrags keine hohen Anforderungen gestellt. Handelt der Schuldner entsprechend, ist darin seine Annahme zu sehen. Die Erklärung der Annahme gegenüber dem Gläubiger ist gem. § 151 S. 1 BGB entbehrlich.¹³⁶

I. Durch gesellschaftsrechtlich unverbundenen Dritten

1. Steuerfolge bei saniert Kapitalgesellschaft

Erlässt der Gläubiger eine Forderung, entsteht durch den Wegfall der Verbindlichkeit ein bilanzieller Ertrag beim Schuldner.¹³⁷ Steht der Gläubiger in keiner gesellschaftsrechtlichen oder anderweitigen Nähebeziehung zum Schuldner, ist der durch Ausbuchung der Verbindlichkeit entstehende außerordentliche Ertrag aufseiten des Schuldners erfolgswirksam und grundsätzlich steuerpflichtig.¹³⁸ An diesen Gewinn knüpft die Steuerbefreiung des § 3a Abs. 1 S. 1 EStG an. Sofern dessen weitere Voraussetzungen erfüllt sind¹³⁹, wird der Ertrag aus dem Forderungsverzicht steuerbefreit. Der sanierungsbedürftige Schuldner wird vor einem Liquiditätsabfluss geschützt. Dafür wird die Steuerfreiheit durch einen Untergang von Steuerminderungspotenzialen begleitet, sofern solche vorhanden sind. Liegen die Voraussetzungen des § 3a EStG nicht vor, kann der Ertrag aus dem Forderungsverzicht mit Verlustvorträgen (§ 10d Abs. 4 EStG) verrechnet werden. Zu beachten bleibt dann allerdings die sog. Mindestbesteuerung (§ 10d Abs. 2 S. 1 EStG): Verlustvorträge können nur bis zur Höhe von einer Million Euro unbeschränkt mit Gewinnen verrechnet werden, darüber hinaus sind die Verluste nur mit 60 % des eine Million Euro übersteigenden Gesamtbetrags der Einkünfte verrechenbar.

136 Zum Ganzen BGH, Urt. v. 04.12.2015 – V ZR 142/14.

137 Vgl. BFH, Urt. v. 03.07.1997 – IV R 31/96, BStBl II 1997, 690 = BFHE 183, 509; *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.48 ff.; *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 5 EStG [Stand 03.2020], Rn. 953; *Richter*, in: *H/H/R*, § 5 EStG [Stand 01.2019], Rn. 1912.

138 *Krumbholz*, in: *Thierhoff/Müller*, Unternehmenssanierung, Rn. 72.

139 Dazu ausführlich oben Kapitel 2:A ab S. 19.

2. Steuerfolge bei sanierendem Gläubiger (Forderung im Betriebsvermögen)

Für unverbundene Gläubiger, die auf eine Forderung verzichten und damit einen Vermögensverlust erleiden, ist dieser Aufwand steuerwirksam.¹⁴⁰ Regelmäßig ist ein Teil des Verlustes bereits durch eine vorhergehende Teilwertabschreibung auf die Forderung steuermindernd realisiert worden.¹⁴¹

II. Durch Gesellschafter

1. Steuerfolge bei zu sanierender Kapitalgesellschaft

Auch der Verzicht eines Gesellschafters führt wie der Verzicht eines unverbundenen Dritten zum Wegfall einer Verbindlichkeit und damit zu einer Betriebsvermögensmehrung.¹⁴² Neben aus betrieblichen Gründen ausgesprochenen Forderungsverzichten ist eine im Gesellschaftsverhältnis begründete Veranlassung möglich. Dadurch verkompliziert sich die steuerliche Beurteilung. Nur Erträge aus betrieblich veranlassten Forderungsverzichten sind voll steuerpflichtig und unter den Voraussetzungen des § 3a EStG steuerfrei. Sind die Verzichte durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst, muss nach der Werthaltigkeit der Forderung differenziert werden.¹⁴³ In Höhe des werthaltigen Teils der Forderung liegt eine verdeckte Einlage vor, die den bilanziellen Gewinn insoweit neutralisiert.¹⁴⁴ In Höhe des nicht werthaltigen Teils liegt ein steuerpflichtiger Ertrag vor.¹⁴⁵ Da gesellschaftsrechtlich veranlasste Forderungsverzichte nach umstrittener Ansicht nicht von § 3a EStG umfasst werden, ist ein solcher Gewinn damit selbst in

140 Vgl. BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; BFH, Urt. v. 16.01.1975 – IV R 180/71, BFHE 115, 202 = BStBl II 1975, 526.

141 Bleschick, in: BeckOK EStG, § 3a EStG [Stand 10.2020], Rn. 46.2.

142 BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS 1/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197; Thiel, GmbHR 1992, 20 (23).

143 Vgl. BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS 1/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197; Ott, DStZ 2018, 179 (182).

144 BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS 1/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197; BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; Eilers/Schwahn, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.51 ff.; Krumbholz, in: Thierhoff/Müller, Unternehmenssanierung, Rn. 76.

145 BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS 1/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197; Ott, DStZ 2018, 179 (182).

Sanierungsfällen nicht privilegiert.¹⁴⁶ Dann bleibt nur die Verrechnung mit gegebenenfalls bestehenden Verlustvorträgen, allerdings sind die Grenzen der Mindestbesteuerung zu beachten.¹⁴⁷

a) Abgrenzung zwischen betrieblicher und gesellschaftsrechtlicher Veranlassung

Zur Abgrenzung der gesellschaftsrechtlichen von der betrieblichen Veranlassung wird in Deutschland ein Fremdvergleich durchgeführt. Damit konkretisiert sich das Tatbestandsmerkmal „betrieblich“ aufgrund der Auslegung negativ: Alles was fremdüblich ist, ist betrieblich veranlasst. Der positiven Definition der betrieblichen Veranlassung – dem eigenwirtschaftlichen Interesse – kommt damit für die Auslegung kaum eine Bedeutung zu. Weitgehend ungeklärt ist in Deutschland die Behandlung des Forderungsverzichts zur Rettung des eigenen guten Rufs. Ein solcher Forderungsverzicht steht an der Grenze zwischen eigenem wirtschaftlichen Interesse und Interesse an der Beteiligung.

Zur Abgrenzung der gesellschaftsrechtlichen und der betrieblichen Veranlassung stellt die Rechtsprechung auf die allgemeinen Grundsätze ab, nach denen Zuwendungen des Gesellschafters an die Gesellschaft steuerlich beurteilt werden.¹⁴⁸ Das Gesellschaftsverhältnis ist dann ursächlich, wenn ein Nichtgesellschafter bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns der Gesellschaft den Vermögensvorteil nicht eingeräumt bzw. die Schuld nicht erlassen hätte.¹⁴⁹ Ob die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns angewandt wurde, ist anhand eines Fremdvergleichs zu messen.¹⁵⁰ In Sanierungssachverhalten ist das Verhalten der anderen Gläubiger,

146 Kritisch Seer, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 25; Ott, DStZ 2018, 179 (183). Ausführlicher Kapitel 2:A.III.5 ab S. 36.

147 Siehe dazu oben Kapitel 2:B.I.1 ab S. 39.

148 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; BFH, Urt. v. 15.10.1997 – I R 80/96; BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40; partiell aA wohl Kohlhaas, GmbHR 2009, 531 (534), der in Höhe einer bestehenden Überschuldung der Tochterkapitalgesellschaft zwingend eine betriebliche Veranlassung annimmt.

149 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; BFH, Urt. v. 31.07.1991 – VIII R 23/89, BFHE 165, 398 = BStBl II 1992, 375; BFH, Urt. v. 15.10.1997 – I R 103/93; BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11; BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40; BFH, Urt. v. 18.12.1990 – VIII R 158/86.

150 BFH, Urt. v. 15.10.1997 – I R 80/96; BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11; BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40.

insbesondere von wesentlichen Drittgläubigern ein wichtiges Beweisanzeichen.¹⁵¹ Verzichten sie nicht in ähnlichem Maße auf ihre Forderungen (sog. Gläubigerakkord), wird eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung des Forderungsverzichts durch den Gesellschafter vermutet.¹⁵² Das Verhalten anderer Drittgläubiger kann aber nur ein Indiz sein. Der richtige Fremdvergleich ist nicht aus der Perspektive eines gedachten oder tatsächlich vorhandenen Dritten zu führen, sondern es kommt richtigerweise auf einen Dritten in der konkreten Situation des Gesellschafters an – nur ohne gesellschaftsrechtliche Beziehungen.¹⁵³ Gerade in den Fällen, in denen neben der gesellschaftsrechtlichen Bindung auch eine aus betrieblichen Gründen bestehende Vertragsbeziehung existiert (z.B. Lieferantenbeziehung), können sich daraus andere Geschichtspunkte im Hinblick auf die Veranlassung des Forderungsverzichts ergeben.¹⁵⁴ Der gelegentliche Hinweis von Rechtsprechung¹⁵⁵ und Literatur¹⁵⁶ auf ein eigenbetriebliches Interesse als positive Umschreibung der betrieblichen Veranlassung geschieht allenfalls als untergeordneter Zusatzgesichtspunkt.

Zwischen eigenbetrieblicher und gesellschaftsrechtlicher Veranlassung stehen die Fälle, in denen der Forderungsverzicht gegenüber einer Tochtergesellschaft dem guten Ruf dient. Die zu dieser Frage ergangenen gegenteiligen BFH-Entscheidungen¹⁵⁷ betrachten dieses Problem aus unterschiedlicher Perspektive. Das Urteil vom 31. Juli 1991¹⁵⁸ betont das Interesse der Gesellschafter, den guten Ruf der Beteiligung und damit ihren Wert wiederherzustellen. Daraus ergebe sich die hauptsächlich im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Motivation. Das Interesse, durch die finanzielle Rettung der Beteiligung die eigene Solvenz und Zuverlässigkeit herauszustellen und damit auch den eigenen Ruf zu stärken, trete demgegenüber in den Hintergrund. In seinem Urteil vom 19. Oktober 2005¹⁵⁹ stellt der Bundesfinanz-

151 Vgl. BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652.

152 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; BFH, Urt. v. 31.07.1991 – VIII R 23/89, BFHE 165, 398 = BStBl II 1992, 375; kritisch dazu *Meilicke/Pohl*, FR 1995, 877 (888).

153 BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11; BFH, Urt. v. 15.10.1997 – I R 80/96.

154 Vgl. BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11; BFH, Urt. v. 15.10.1997 – I R 80/96.

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

156 *Ott*, DStZ 2010, 623 (629).

157 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.

158 BFH, Urt. v. 31.07.1991 – VIII R 23/89, BFHE 165, 398 = BStBl II 1992, 375.

159 BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40.

hof dagegen auf den Nutzen der Beteiligung für den Geschäftsbetrieb des Gläubigers ab. Ein guter Ruf der Tochtergesellschaft gehöre mittelbar auch zum Geschäftswert des Gesellschafters und könne daher gerade auch seine geschäftlichen Aktivitäten fördern.¹⁶⁰

b) Bewertung der verdeckten Einlage zum Teilwert, nicht zum Nennwert

Die steuerlichen Folgen des gesellschaftsrechtlichen Forderungsverzichts bei der erlassbegünstigten Kapitalgesellschaft hängt entscheidend von der Bewertung der verdeckten Einlage ab. Der Große Senat des Bundesfinanzhofs hat diese Rechtsfrage 1997 für die Rechtspraxis beantwortet.¹⁶¹ Die Einlage durch den Gesellschafter ist mit ihrem Teilwert zu bewerten (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG), der dem noch werthaltigen Teil der Forderung des verzichtenden Gesellschafters entspricht.¹⁶² Lange Ausführungen zur Begründung sind der Entscheidung nicht zu entnehmen.¹⁶³ Sie war seinerzeit kontrovers, weil im steuerrechtlichen Schrifttum die gegenteilige Position vorherrschend war.¹⁶⁴ Die Richtigkeit der Entscheidung wird bis heute in Frage gestellt.¹⁶⁵ Wesentliche Streitpunkte der divergierenden Auffassungen sind die Gleichbehandlung eines Forderungsverzichts mit der Forderungseinlage in das Vermögen der schuldenden Kapitalgesellschaft, das richtige Verständnis der verdeckten Einlage und die damit verbundene Bestimmung des Teilwerts.

Als Grundsatzkritik wird von den Kritikern der Rechtsprechungsdogmatik in den Raum geworfen, der große Senat hätte einen rein fiktiven Fall beurteilt, indem er den Forderungsverzicht wie eine Forderungsabtretung

160 BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40.

161 BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS 1/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197.

162 BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS 1/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197.

163 Als "apodiktisch" kritisierend Hoffmann, DB 1998, 1983 (1983); anders der mutmaßliche Berichterstatter des Großen Senats Groh, BB 1997, 2523 (2523) "lapidar, aber umfassend".

164 Siehe nur Knobbe-Keuk, StuW 1991, 306 (307 f.); Thiel, GmbHR 1992, 20 (23); Meilicke/Pohl, FR 1995, 877 (878); Clemm, in: FG Haas, S. 67 (70); Herlinghaus, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 65.

165 Schulze-Osterloh, NZG 2017, 641 (644 f.); Roser, Ubg 2011, 113 (114-117); kurz nach der Entscheidung Hoffmann, DB 1998, 1983.

mit anschließender Konfusion beurteilt habe.¹⁶⁶ Ein Verzicht und damit die Beseitigung der mit dem Nennwert auf der Bilanz lastenden Verbindlichkeit sei nicht mit einer Einlage vergleichbar.¹⁶⁷ Die Vermögensmehrung trete durch die Befreiung von der Verbindlichkeit ein und nicht aufgrund der Einlage eines Aktivums.¹⁶⁸ Die Einlage einer Forderung gegen die eigene Kapitalgesellschaft sei auch wirtschaftlich nicht mit dem Forderungsverzicht vergleichbar.¹⁶⁹ Im für den Einzelunternehmer konzipierten § 4 Abs. 1 EStG sei die Einlage einer Forderung, die im Privatvermögen gegen das Betriebsvermögen gehalten wird, wegen der Personenidentität des Steuer-subjekts logisch nicht möglich.¹⁷⁰ Wenn es bei direkter Anwendung der Vorschrift keinen Anwendungsfall geben könne, verbiete es sich, bei analoger Anwendung der Vorschrift über § 8 Abs. 1 KStG die Forderungseinlage zum wirtschaftlichen Maßstab des Verzichts zu machen.¹⁷¹ Durch den Verzicht erhöhe sich das Vermögen der erlassbegünstigten Kapitalgesellschaft um die Höhe der passivierten Verbindlichkeit und damit um den Nennwert der zugunsten des Gesellschafters bestehenden Forderung.¹⁷² Mit dem Nennwert der Verbindlichkeit sei daher auch die Einlage zu bewerten. Die herrschende Gegenauflistung erkennt den Unterschied zwischen der für einen Steuerpflichtigen konzipierten Einlagevorschrift und der Vermögensübertragung zwischen zwei Steuerpflichtigen (Gesellschafter zu Kapitalgesellschaft) an.¹⁷³ Gleichwohl werden die Einlagevorschriften unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Kapitalgesellschaft angewandt.¹⁷⁴ Der Erlass einer Verbindlichkeit könne ebenso gut durch die Einbringung einer Forderung in die Schuldnergesellschaft und die dann folgende Konfusion

166 *Schulze-Osterloh*, NZG 2017, 641 (644); *Roser*, Ubg 2011, 113 (115); *Hoffmann*, DB 1998, 1983 (1984).

167 *Clemm*, in: FG Haas, S. 67 (71 f.); *Hoffmann*, DB 1998, 1983 (1984 f.).

168 *Clemm*, in: FG Haas, S. 67 (71).

169 *Hoffmann*, DB 1998, 1983 (1984).

170 *Hoffmann*, DB 1998, 1983 (1984); *Hoffmann*, DStR 1995, 77 (78).

171 *Hoffmann*, DB 1998, 1983 (1984 f.); *Hoffmann*, DStR 1995, 77 (78).

172 *Schulze-Osterloh*, NZG 2017, 641 (645); *Thiel*, GmbHR 1992, 20 (23).

173 *Kulosa*, in: *Schmidt*, § 6 EStG, S. 605; *Groh*, BB 1997, 2523 (2523); *Weber-Grellet*, DB 1998, 1532 (1535).

174 So ausdrücklich BFH, Beschl. v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl II 1988, 348 = BFHE 151, 523; BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS 1/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197; vgl. *Groh*, BB 1997, 2523 (2523 f.).

erfolgen.¹⁷⁵ Wenn beide Varianten zum wirtschaftlich gleichen Ergebnis führten, müsste auch die steuerliche Behandlung gleich sein.¹⁷⁶

Für andere Kritiker der Rechtsprechungsthese ist weniger die fehlende Vergleichbarkeit zwischen Einlage und Verzicht Ansatzpunkt ihrer Kritik. Sie setzen am richtigen Verständnis der verdeckten Einlage an.¹⁷⁷ Die Rechtsfigur der verdeckten Einlage sei vom Reichsfinanzhof entwickelt worden, um alle Betriebsvermögensmehrungen von der Besteuerung auszunehmen, die ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis haben und nicht in der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gesellschaft.¹⁷⁸ Insofern könne es auch nicht auf die Werthaltigkeit der Forderung ankommen, denn die Betriebsvermögensmehrung der Kapitalgesellschaft trete in Höhe des Nennwerts ein und müsste als gesellschaftsrechtlich veranlasste Vermögensmehrung steuerneutral bleiben.¹⁷⁹ Sähe man dies anders, käme man zu dem paradoxen Ergebnis eines Gewinns, weil ein Vermögenswert (der nicht werthaltige Teil) nicht zugeführt worden sei.¹⁸⁰ Gerade an die Nichtzuführung eines Vermögensvorteils knüpft die Gegenansicht an: Verdeckte Einlage dürfe nur das sein, was der Gesellschafter der Gesellschaft zuführen könne, also auch in seinem Vermögen vorhanden sei.¹⁸¹ Mangels Werttransfers könne dies der nicht werthaltige Teil der Forderung gerade nicht sein.¹⁸² Damit steht diese Ansicht für eine gewisse Konsistenz zwischen verdeckter und offener Einlage. Was wegen des Grundsatzes der effektiven Kapitalaufbringung nicht im Rahmen einer Kapitalerhöhung eingebracht werden kann,

175 *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).

176 BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS 1/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197; *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).

177 *Knobbe-Keuk*, StuW 1991, 306 (308); *Herlinghaus*, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 49 ff., 65.

178 *Knobbe-Keuk*, StuW 1991, 306 (308); *Herlinghaus*, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 49; *Hoffmann*, DStR 1995, 77 (78).

179 *Herlinghaus*, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 49; *Meilicke/Pohl*, FR 1995, 877 (877).

180 *Knobbe-Keuk*, StuW 1991, 306 (308).

181 Vgl. BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS 1/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197; *Wassermeyer*, DB 1990, 2288 (2288); *Kulosa*, in: Schmidt, § 6 EStG, S. 880; *Groh*, BB 1997, 2523 (2524), versteht die verdeckte Einlage so, dass "vom Gesellschafter übertragenes Vermögen bei der Gesellschaft nicht als Gewinn in Erscheinung tritt. Vermögen aber, das beim Gesellschafter nicht mehr vorhanden ist, kann nicht auf die Gesellschaft übertragen werden".

182 So ausdrücklich *Kulosa*, in: Schmidt, § 6 EStG, S. 880; *Wassermeyer*, DB 1990, 2288 (2288).

soll nicht Gegenstand der verdeckten Einlage sein können.¹⁸³ Letztlich erklärt dieses gegensätzliche Verständnis die Kontroverse um die Bestimmung des richtigen Teilwerts. § 6 Abs. 1 Nr. 5 S. 1 EStG bestimmt zwar die Anwendung des Teilwerts für Einlagen, gibt aber nicht vor, was Gegenstand der Einlage und aus wessen Perspektive sie zu bewerten ist.¹⁸⁴ Für das Einkommensteuerrecht sind diese Kriterien obsolet, weil es nur einen Steuerpflichtigen gibt.¹⁸⁵ Für die Kritiker der Entscheidung des Großen Senats kommt die Teilwertbestimmung der Einlage nur aus Sicht der erlassbegünstigten Kapitalgesellschaft infrage und ist mit dem Wert zu bewerten, der ihrer bilanziellen Vermögensmehrung entspricht. Da der Entscheidung des Großen Senats keine Aussagen zu diesen dogmatischen Streitfragen zu entnehmen sind¹⁸⁶, sondern nur das Ergebnis, sind zwei Begründungsansätze denkbar: Zum einen die Bewertung der eingebrachten Forderung aus Sicht der einlegenden Person – weil nur insoweit ein Werttransfer stattgefunden hat. Zum anderen kann auf die Perspektive der empfangenden Kapitalgesellschaft abgestellt und bei der Bewertung der wegfallenden Verbindlichkeit angesetzt werden.¹⁸⁷ Die durch den Verzicht entstehende Betriebsvermögensmehrung entspreche nicht dem wirtschaftlichen Wert der Verbindlichkeit.¹⁸⁸ Die Gesellschaft könne von einem vernünftigen Gläubiger – zumindest theoretisch – die Verbindlichkeit mit einem Angebot in Höhe des Wertes der Gläubigerforderung ablösen.¹⁸⁹ Deshalb beruhe nur der auf diesen Ablösebetrag entfallende Anteil der Betriebsvermögensmehrung auf

183 Die Gegenansicht sieht das Verbot bei der Kapitalerhöhung jedoch genauso kritisch, siehe nur Müller, in: FS Hoffmann-Becking, S. 835 (843 f.).

184 So zutreffend die Problemskizze von Meilicke/Pohl, FR 1995, 877 (892).

185 Meilicke/Pohl, FR 1995, 877 (892); siehe auch schon oben.

186 Vgl. BFH, Beschl. v. 09.06.1997 – GrS I/94, BStBl II 1998, 307 = BFHE 183, 197.

187 Weber-Grellet, DB 1998, 1532 (1535), der darin eine Aufwandskorrektur sieht, weil durch den Verzicht feststehe, dass die ursprünglich ausgewiesene Verbindlichkeit zu hoch war; so auch Groh, BB 1997, 2523 (2524) mit einer gewissen Widersprüchlichkeit zu seinem Verständnis der verdeckten Einlage: Der Gesellschaft könne vom Gesellschafter nichts übertragen werden, was dieser selbst nicht mehr habe.

188 Groh, BB 1997, 2523 (2524).

189 Groh, BB 1997, 2523 (2524); kritisch Meilicke/Pohl, FR 1995, 877 (891), die vor allem die fehlende praktische Umsetzbarkeit kritisieren.

einer verdeckten Einlage, der Rest sei steuerlicher Gewinn.¹⁹⁰ Bei diesem letzten Ansatz ist umstritten, ob er gegen das Imparitätsprinzip verstößt.¹⁹¹

Unter Bezugnahme auf ein Urteil des Bundesfinanzhofs¹⁹² vom 15.04.2015 wird eine beginnende Absetzbewegung in der Rechtsprechung vermutet.¹⁹³ Wenn ein gemäß § 5 Abs. 2a EStG gewinnwirksamer Rangrücktritt durch die Annahme einer verdeckten Einlage (zumindest teilweise) neutralisierbar sei, dann nehme das Urteil damit zutreffend nicht betrieblich veranlasste Mehrungen des Betriebsvermögens von der Besteuerung aus.¹⁹⁴ Da die Forderung bei einem Rangrücktritt weiter fortbestehe, könne sie gerade nicht Gegenstand der Einlage sein, und damit sei das Abstellen auf den Wert dieses nicht zugeführten Wirtschaftsgutes bei der Bewertung der Einlage nicht stringent.¹⁹⁵ Bei einem solchen dogmatischen Verständnis der Einlage durch den Bundesfinanzhof wäre es daher konsequent, wenn der Wegfall der Verbindlichkeit unabhängig von der Werthaltigkeit der Forderung mit ihrem Nennwert bewertet werden würde.¹⁹⁶ Diese Konsequenz zieht das gegenständliche Urteil hingegen nicht.¹⁹⁷

c) Veranlassung des Verzichts entscheidend

Die steuerlichen Folgen des Forderungsverzichts bestimmen sich allein nach der Veranlassung der Verzichtsentscheidung selbst.¹⁹⁸ Für die Anwendbarkeit des § 3a EStG ergibt sich dies bereits aus dessen Wortlaut. Gleicher gilt auch für die Beurteilung der verdeckten Einlage.¹⁹⁹ Von der

190 *Groh*, BB 1997, 2523 (2524); aA *Hoffmann*, DB 1998, 1983 (1985-1987), eine solche Auslegung würde faktisch auf einen Bilanzierungszusammenhang zwischen Gesellschafter und Gesellschaft hinauslaufen.

191 Dafür *Herlinghaus*, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, S. 50; *Roser*, Ubg 2011, II13 (II15-II17); *Hoffmann*, DB 1998, 1983 (1987); dagegen *Weber-Grellet*, BB 1995, 243 (246), das Imparitätsprinzip brauche im Verzichtsfall gerade nicht mehr beachtet werden.

192 BFH, Urt. v. 15.04.2015 – I R 44/14, BStBl II 2015, 769 = BFHE 249, 493.

193 *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2015, II121.

194 *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2015, II121 (II122 f.).

195 *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2015, II121 (II123).

196 *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2015, II121 (II123).

197 Vgl. BFH, Urt. v. 15.04.2015 – I R 44/14, BStBl II 2015, 769 = BFHE 249, 493.

198 Finanzministerium Schleswig-Holstein, 25.01.2013, VI 3011 - S2741 - 108; *Meilicke/Pohl*, FR 1995, 877 (888), die allerdings auch bei fehlender Werthaltigkeit die Bewertung mit dem Nennwert der Verbindlichkeit vertreten.

199 *Groh*, in: StbJb 1997/98, S. 7 (II).

Veranlassung des Verzichts abzugrenzen sind die Veranlassung der Darlehensgewährung und die Veranlassung eines etwaigen Wertverlustes der Forderung.²⁰⁰ Auf welche Art von Forderung verzichtet wird, ob diese Forderung noch werthaltig ist oder aus welchen Gründen ein etwaiger Wertverlust hingenommen wurde, ist für die Beurteilung des Verzichts selbst nicht entscheidend.

- d) Keine Teilung der Veranlassung in gesellschaftsrechtlich veranlassten werthaltigen und betrieblich veranlassten nicht werthaltigen Teil

Eine Aufteilung der Veranlassung des Forderungsverzichts kommt für die wohl herrschende Auffassung nicht in Betracht.²⁰¹ Begründungsansatz ist die Einheitlichkeit des Wirtschaftsguts „Forderung“ und die deshalb nur einheitlich bestimmbare Veranlassung des Verzichts.²⁰² Die Vertreter der Gegenauffassung²⁰³ haben das steuerliche Problem des gesellschaftsrechtlich veranlassten Forderungsverzichts vor Augen: Forderungsverzichte von Gesellschaftern, die bei gesellschaftsrechtlicher Veranlassung nur in Höhe ihres werthaltigen Teils steuerneutral sind, haben bei erheblich wertgeminderten Forderungen für die erlassbegünstigte Kapitalgesellschaft enorme steuerliche Auswirkungen. Da § 3a EStG nur betrieblich veranlasste Schuldenerlasse erfasst, kommt eine Anwendung auf einen einheitlich durch das Gesellschaftsverhältnis veranlassten Forderungsverzicht nicht in Betracht. Um den liquiditätsbelastenden Besteuerungszugriff auf die erlassbegünstigte Kapitalgesellschaft zu verhindern, wird eine Spaltung der Veranlassung vorgeschlagen.²⁰⁴ In Höhe des werthaltigen Teils der Forderung verzichtet der Gesellschafter-Gläubiger mit gesellschaftsrechtlicher Veranlassung. In Höhe des nicht werthaltigen Teils soll dagegen ein betrieblich veranlasster

200 Vgl. Finanzministerium Schleswig-Holstein, 25.01.2013, VI 3011 - S2741 - 108; *Meilicke/Pohl*, FR 1995, 877 (888-890); *Weber-Grellet*, BB 1995, 243 (245).

201 Finanzministerium Schleswig-Holstein, 25.01.2013, VI 3011 - S2741 - 108; *Desens*, FR 2017, 981 (983); *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1900 f.); *Hallerbach*, in: H/H/R, § 3a EStG [Stand 08.2019], Rn. 29; *Levedag*, in: *Schmidt*, § 3a EStG, Rn. 26; *Bleschick*, in: *BeckOK EStG*, § 3a EStG [Stand 10.2020], Rn. 302.

202 Ausdrücklich *Pung*, in: D/P/M, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 244.

203 *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.53 ff.; *Ott*, DStZ 2018, 179 (183); *Förster/Hechtnar*, DB 2017, 1536 (1539).

204 *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.53 ff.; *Ott*, DStZ 2018, 179 (183); *Förster/Hechtnar*, DB 2017, 1536 (1539).

Verzicht vorliegen. Zur Begründung beruft sich diese Ansicht zum Teil auf ein Urteil des Bundesfinanzhofs vom 29.07.1997²⁰⁵, in dem dieser eine Einlage nur in Höhe des werthaltigen Teils angenommen und für den restlichen Teil des Verzichts eine Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis ausgeschlossen hat.²⁰⁶ Die zitierte Rechtsprechung hat aber nicht die Anwendbarkeit des § 3a EStG auf den nicht werthaltigen Teil zum Gegenstand, sondern nimmt zur eben dargestellten Diskussion um die Bewertung der Einlage Stellung. In der Literatur wird dazu unter anderem vertreten, nur der Verzicht auf den noch werthaltigen Teil der Forderung sei gesellschaftsrechtlich veranlasst, weil rationale Drittgläubiger ohne Weiteres auf den nicht werthaltigen Teil verzichten würden.²⁰⁷ Der Bundesfinanzhof könnte daher auch eine missverständliche Begründung für die Einlagebewertung gewählt haben, statt über die Teilbarkeit der Veranlassung zu entscheiden.²⁰⁸ Ein anderer Begründungsansatz ist der Verweis auf die Gesetzesbegründung²⁰⁹ zu § 3a EStG.²¹⁰ Der Gesetzgeber verweist für die Fälle, in denen auf Ebene des sanierenden Gesellschafters das steuerliche Abzugsverbot des § 8b Abs. 3 S. 4 KStG²¹¹ gilt, auf die Voraussetzungen des Sanierungserlasses²¹². Sinn ergebe dies nur unter der Annahme einer in Höhe des nicht werthaltigen Teils bestehenden betrieblichen Veranlassung, denn diese sei für den Sanierungserlass Voraussetzung.²¹³

2. Steuerfolge bei sanierendem Gläubiger

a) Gewerbliche Einkünfte

Hält der Gläubiger seine Anteile an der erlassbegünstigten Kapitalgesellschaft im Betriebsvermögen und erzielt mit ihnen Einkünfte aus Gewer-

205 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652.

206 So bei *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.53 ff.; ohne Bezugnahme auf die Entscheidung *Ott*, DStZ 2010, 623 (628).

207 So *Groh*, BB 1997, 2523 (2524).

208 So im Erg. auch *Pung*, in: D/P/M, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 244.

209 BT-Drs. 18/12128.

210 *Ott*, DStZ 2010, 623 (628).

211 Ausführlich zu § 8b Abs. 3 S. 4 EStG unten Kapitel 2:B.II.2.b)bb) ab S. 62.

212 Bundesministerium der Finanzen, 27.03.2003, IV A 6-S 2140-8/03, Ertragsteuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen; Steuerstundungen und Steuererlass aus sachlichen Billigkeitsgründen, BStBl I 2003, 240.

213 Vgl. *Ott*, DStZ 2010, 623 (628).

bebetrieb gemäß § 15 EStG, ist die steuerliche Berücksichtigung der verzichtsbedingten Betriebsvermögensminderung von der Veranlassung des Verzichts abhängig.²¹⁴ Bei betrieblicher Veranlassung ist der Verlust – vorbehaltlich der Beschränkung des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG – abzugsfähig.²¹⁵ Liegt eine gesellschaftsrechtliche Veranlassung vor, kommt es korrespondierend zur Ebene der Kapitalgesellschaft auf die Werthaltigkeit der Forderung an.²¹⁶ In Höhe des werthaltigen Teils führt der Verzicht zu einer verdeckten Einlage, bei der kein steuerlicher Verlust, sondern nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung entstehen.²¹⁷ Nur in Höhe des nicht werthaltigen Teils der verzichteten Forderung liegt ein Verlust vor. Steuerlich kann dieser Verlust unter den weiteren Voraussetzungen des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG nur zu 60 % berücksichtigungsfähig sein.

Die grundsätzliche Abzugsfähigkeit des betrieblich veranlassten Forderungsverzichts ist nicht weiter erörterungsbedürftig, der Gesellschafter wird hier wie ein fremder Dritter behandelt.²¹⁸ Gleiches gilt im Wesentlichen für den nicht werthaltigen Teil der Forderung bei Veranlassung durch das Gesellschaftsverhältnis.²¹⁹ Da nur in Höhe des werthaltigen Teils eine Einlage vorliegen kann, ist der nicht werthaltige Teil endgültig verloren und damit grundsätzlich abzugsfähig.²²⁰ Weniger intuitiv ist die Begründung von nachträglichen Anschaffungskosten in Höhe des werthaltigen Teils. Auch die Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG mit ihrer Durchbrechung der Unabhängigkeit der Fremdkapitalfinanzierung vom Teileinkünfteverfahren verlangt nach näherer Betrachtung.

214 Zur Abgrenzung von betrieblich zu gesellschaftsrechtlichen siehe oben Kapitel 2:B.II.1.a) ab S. 41.

215 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.57 ff.

216 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652.

217 BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11; BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652.

218 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; vgl. auch BFH, Urt. v. 16.01.1975 – IV R 180/71, BFHE 115, 202 = BStBl II 1975, 526; *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.57 ff.

219 BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652.

220 Vgl. BFH, Urt. v. 18.04.2012 – X R 7/10, BStBl II 2013, 791 = BFHE 237, 119; BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652; *Knobbe-Keuk*, StuW 1991, 306 (307).

aa) Gesellschaftsrechtlich veranlasst und nicht werthaltig: Nachträgliche Anschaffungskosten auch ohne Wertsteigerung

Unabhängig von einer tatsächlichen Wertsteigerung der Anteile an der erlassbegünstigten Kapitalgesellschaft ist der werthaltige Teil des als Sacheinlage anzusehenden Forderungsverzichts als nachträgliche Anschaffungskosten zu qualifizieren.²²¹ Dies ergibt sich aus § 6 Abs. 6 S. 2 EStG. Entscheidender Gesichtspunkt ist damit die rein abstrakte Eignung von Sacheinlagen, den Wert der Beteiligung zu erhöhen.²²² Für den werthaltigen Teil der Forderung ist dies immer gegeben.²²³ Handelsbilanziell dürfen nachträgliche Anschaffungskosten nur bis zur Höhe des tatsächlichen Wertes der Beteiligung aktiviert werden.²²⁴ Insoweit wird der Maßgeblichkeitsgrundsatz von § 6 Abs. 6 S. 2 EStG durchbrochen. Fallen tatsächlicher Wert und steuerbilanzieller Wert der Beteiligung auseinander, entsteht Potenzial für eine Teilwertabschreibung gem. § 6 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 EStG.²²⁵ Die Rechtsprechung schränkt die Möglichkeit der Teilwertabschreibung in Sanierungsfällen hingegen ein und bedient sich dazu einer als Fiktion zu bezeichnenden Vermutung.²²⁶ Werden Finanzmittel mit dem Ziel der Wiederherstellung von Ertragsfähigkeit zugeführt und nicht nur zur Abwendung einer Insolvenz, dann gilt die allgemeine Vermutung der Entsprechung von Teilwert und nachträglichen Anschaffungskosten.²²⁷ Ansatzpunkt für einen gedach-

221 BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11; BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40; BFH, Urt. v. 28.04.2004 – I R 20/03 mit dem Zugeständnis der begrifflichen Unschärfe des Begriffs der "nachträglichen Anschaffungskosten" an die Kritiker; BFH, Urt. v. 18.12.1990 – VIII R 158/86 mwN zur Rechtsprechung des BFH; kritisch *Hoffmann*, DStR 2002, 1233 (1233), der schon mangels Finalzusammenhangs zwischen der Aufwendung und des Anschaffungsvorgangs keine "nachträglichen Anschaffungskosten" erkennen kann; auch schon *Hoffmann*, DStR 1995, 77 (80); ebenso *L. Schmidt/Hageböke*, DStR 2002 (1203), die zudem noch die Eigenständigkeit der Wirtschaftsgüter Forderung und Beteiligung hervorheben.

222 BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11; BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40; BFH, Urt. v. 28.04.2004 – I R 20/03.

223 *Helm/Krinner*, DB 2005, 1989 (1991).

224 *Helm/Krinner*, DB 2005, 1989 (1990).

225 BFH, Urt. v. 19.10.2005 – I R 40/40; BFH, Urt. v. 29.07.1997 – VIII R 57/94, BFHE 184, 63 = BStBl II 1998, 652, "Vermutung, daß (sic!) sich der Teilwert eines Wirtschaftsguts im Zeitpunkt seiner Anschaffung oder Herstellung mit den tatsächlichen Anschaffungs- oder Herstellungskosten deckt, gilt nicht ohne weiteres auch für zusätzliche Anschaffungskosten in Gestalt verdeckter Einlagen".

226 Vgl. insbesondere BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11.

227 BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11; BFH, Urt. v. 28.04.2004 – I R 20/03; BFH, Urt. v. 18.12.1990 – VIII R 158/86; zustimmend *Weber-Grellet*, DB 1998, 1532 (1534).

ten Erwerber sei nicht die Substanzbewertung der Beteiligung, sondern die zukünftig aufgrund der Sanierung bestehenden Ertragsaussichten.²²⁸ Diese strikte Vermutung gilt jedoch nur im Jahr der Sanierung. In folgenden Jahren ist unter Heranziehung der allgemeinen Bewertungsgrundsätze zu prüfen, ob der Teilwert den aktivierten Anschaffungskosten noch entspricht.²²⁹ Für Teilwertabschreibungen und ebenso für Veräußerungen des Anteils gilt § 3c Abs. 2 S. 1 EStG. Eine Berücksichtigung der nachträglichen Anschaffungskosten findet nur zu 60 % statt. Entweder weil die Teilwertabschreibung nur zu 60 % abzugsfähig ist oder weil bei der Veräußerungsgewinnberechnung nur 60 % der Anschaffungskosten berücksichtigt werden.

bb) Abzugsbeschränkung für Darlehensverluste (§ 3c Abs. 2 S. 2 ff. EStG)

Der Forderungsverzicht des Gesellschafters führt bei betrieblicher Veranlassung in voller Höhe und bei gesellschaftsrechtlicher Veranlassung in Höhe des nicht werthaltigen Teils der aktivierten Forderung zu einem Verlust. Die steuerliche Berücksichtigung dieses Verlustes unterliegt der Einschränkung des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG. Rechtsfolge der Abzugsbeschränkung ist die Gleichstellung von Verlusten aus der nicht fremdüblichen Gesellschafterfremdfinanzierung mit Substanzverlusten der Beteiligung selbst.²³⁰ Damit ist eine partielle Durchbrechung der Trennung von Fremd- und Eigenkapitalfinanzierung verbunden.²³¹ Verluste können nur zu 60 % geltend gemacht werden.²³² Zweck ist die typisierte Missbrauchsabwehr: Der Gesellschafter soll durch die gesellschaftsrechtlich veranlasste Fremdkapitalfinanzierung im Verlustfall den Beschränkungen des Teileinkünfteverfahrens unterliegen. Nachgebildet ist die Vorschrift dem schon länger existierenden § 8b Abs. 3 S. 4 KStG zum Parallelproblem bei körperschaftsteuerpflichti-

228 BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11; BFH, Urt. v. 18.12.1990 – VIII R 158/86.

229 BFH, Urt. v. 07.05.2014 – X R 19/11.

230 So die Begründung des Gesetzgebers BT-Drs. 18/3017, S. 38; *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 66 spricht von einer "Spezialregelung zur Bestimmung des wirtschaftlichen Zusammenhangs iSd. Abs. 2 Satz 1".

231 So noch die Argumentation vor Einführung des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG n. F. BFH, Urt. v. 18.04.2012 – X R 7/10, BStBl II 2013, 791 = BFHE 237, II9; dazu *Levedag*, GmbHR 2016, 261 (262).

232 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 74; *Levedag*, GmbHR 2016, 261 (261).

gen Gesellschafter-Gläubigern.²³³ Die nachteiligen Rechtsfolgen auf Gesellschafterebene müssen nicht nur bei Verzichten auf Darlehensforderungen beachtet werden, vielmehr ordnet § 3c Abs. 2 S. 4 EStG die Erfassung auch wirtschaftlich vergleichbarer Rechtshandlungen an – eine ebenso erhebliche wie undurchsichtige Erweiterung auf andere Forderungen. Voraussetzung ist stets eine qualifizierte Beteiligung an der Schuldnergesellschaft. Den Ausweg aus der Anwendung bietet ein in der Praxis äußerst schwierig zu führender Fremdvergleich. Dieser knüpft, anders als bei der Abgrenzung von betrieblicher und gesellschaftsrechtlicher Veranlassung, nicht am Verzicht selbst an, sondern an der Gewährung oder Weitergewährung des Darlehens (§ 3c Abs. 2 S. 3 EStG) bzw. der Begründung oder unterlassenen Beendigung von wirtschaftlich vergleichbaren Schuldverhältnissen (§ 3c Abs. 2 S. 4, 3 EStG).

(1) Darlehen und wirtschaftlich vergleichbare Rechtshandlungen

Die Prüfung der Anwendbarkeit von § 3c Abs. 2 S. 2 EStG bei Verzichten auf Forderungen aus Gesellschafterdarlehen ist naheliegend und hängt im Wesentlichen von den weiteren Voraussetzungen ab. Verzichtet der Gesellschafter auf Forderungen aus anderen Leistungsbeziehungen, sollte eine vorschnelle Verneinung des § 3c Abs. 2 EStG unterbleiben. Sicherheit hat der Gesellschafter in diesen Fällen nur bei fremdüblichen Gestaltungen.

In Satz 4 des § 3c Abs. 2 EStG wird der Anwendungsbereich auf „Forderungen aus Rechtshandlungen, die einer Darlehensgewährung wirtschaftlich vergleichbar sind“ erstreckt. Damit sollen laut Gesetzesbegründung zur parallel lautenden Norm des Körperschaftsteuerrechts (§ 8b Abs. 3 S. 4 KStG) beispielsweise Forderungen aus Lieferung und Leistung sowie Mietforderungen umfasst sein.²³⁴ Die abstrakt zugrunde liegende Geschäftsbeziehung allein ist allerdings kein ausreichendes Kriterium zur Feststellung, ob die Forderung der Abzugsbeschränkung des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG unterliegt. Erforderlich ist vielmehr eine umfassende Einzelfallprüfung, wobei die Anforderung im Einzelnen umstritten und unklar sind. Vereinzelt wird in Anlehnung an das mittlerweile abgeschaffte Eigenkapitalersatzrecht (§§ 32a ff. GmbHG a. F.) ein kapitalersetzendes Rechtsverhältnis gefordert,

233 Ott, DStZ 2018, 179 (185); Desens, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 67.

234 BT-Drs. 16/6290, S. 73.

um die Vergleichbarkeit zu bejahen.²³⁵ Weniger eng ist die Auslegung durch die Rechtsprechung²³⁶ und in der Literatur²³⁷. Relevante Tatbestandsmerkmale sind „Rechtshandlung“ und „Vergleichbarkeit mit einer Darlehensgewährung“.

Die Rechtshandlung wird zum entscheidenden Tatbestandsmerkmal in solchen Fällen, in denen der Gesellschafter-Gläubiger die Durchsetzung seiner Forderung nicht rechtswirksam beschränkt, sondern nur auf eine Geltendmachung verzichtet. Zweifelhaft ist dann, ob allein das Stehenlassen der Forderung den Anforderungen an eine Rechtshandlung im Sinne des § 3c Abs. 2 S. 4 EStG genügt. Faktische Handlungen ohne rechtsverbindlichen Charakter sollen danach gerade nicht ausreichen.²³⁸ Daran scheint das Finanzgericht Münster keinen Anstoß zu nehmen, wenn es auf die Kenntnis des Gesellschafters von der (schlechten) wirtschaftlichen Lage bei Lieferungen abstellt.²³⁹ Darin liegt allenfalls eine tatsächliche Beschränkung der Durchsetzbarkeit der Forderung, nicht aber eine rechtliche. Für das Finanzgericht Berlin-Brandenburg ist das Stehenlassen der Forderung ein Anzeichen für eine jedenfalls konkordante rechtsgeschäftliche Abrede, die Einziehung der Forderung zu unterlassen.²⁴⁰ Auf diese Weise wären auch die Anforderungen an eine Rechtshandlung erfüllt. Der Bundesfinanzhof musste auf diese Frage nicht eingehen, da in dem von ihm zu entschei-

235 Häusleman, BB 2007, 1533 (1533); Winhard, FR 2010, 686 (688); Schwedhelm/Olbing/Binnewies, GmbHR 2018, 1233 (1247).

236 Vgl. BFH, Beschl. v. 15.05.2018 – I B 114/17; FG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.09.2020 – 3 K 1486/19; FG Münster, Urt. v. 19.12.2017 – 10 K 3556/13 K, EFG 2018, 673; FG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.08.2017 – II V 11184/17, EFG 2017, 1692; FG Münster, Urt. v. 17.08.2016 – 10 K 2301/13, EFG 2016, 1810; FG Hamburg, Urt. v. 09.02.2017 – 5 K 9/15, EFG 2017, 763, aus anderen Gründen aufgehoben durch BFH.

237 Vgl. Desens, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 69; Levedag, GmbHR 2016, 261 (262); ausdrücklich zur Parallelnorm des KStG Pung, in: D/P/M, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 234.

238 Zur Parallelnorm des KStG Pohl, in: BeckOK KStG, § 8b KStG [Stand 12.2020], Rn. 692; so auch Gosch, in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 278f, der gleichwohl jegliche stehen gelassene Forderung als erfasst ansieht.

239 Zur Parallelnorm des KStG FG Münster, Urt. v. 17.08.2016 – 10 K 2301/13, EFG 2016, 1810; ähnlich FG Münster, Urt. v. 19.12.2017 – 10 K 3556/13 K, EFG 2018, 673, Verzicht auf Betreibungsmaßnahmen als ein Kriterium (von mehreren) im entschiedenen Fall; zustimmend Pung, in: D/P/M, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 234.

240 FG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 29.08.2017 – II V 11184/17, EFG 2017, 1692; kritisch zu dieser Argumentation Engelen/Erb, ISR 2018, 149 (150).

denden Fall die unterlassene Geltendmachung zur Verjährung führte und damit eine rechtlich erhebliche Einrede entstanden ist.²⁴¹

Wichtiger und noch umstrittener sind die Anforderungen an die Vergleichbarkeit mit der Darlehensgewährung. Einige lehnen diese für Forderungen aus Lieferung und Leistung bereits generell ab.²⁴² Andere sehen Forderungen aus Nutzungsüberlassungen (Miet- und Pachtforderungen) aufgrund der fehlenden Funktions- und Zweckparallelität zu Gelddarlehen als untauglich an.²⁴³ Abgesehen von solch grundsätzlichen Bedenken muss die gegenständliche Forderung unter Berücksichtigung der Eigenarten ihrer Eintreibung wirtschaftlich vergleichbar mit einem Darlehen sein.²⁴⁴ Darüber hinaus wird für eine Vergleichbarkeit zur Darlehensgewährung der Charakter eines Dauerschuldverhältnisses mit Mindestlaufzeit gefordert.²⁴⁵ Jedenfalls wird die Vergleichbarkeit regelmäßig nicht schon bei der Begründung von marktüblich fälligen Forderungen gegeben sein.²⁴⁶ Starre Fristenlösungen, die in Anlehnung an § 499 BGB einen mindestens dreimonatigen Zahlungsaufschub fordern²⁴⁷, werden überwiegend abgelehnt.²⁴⁸ Aus dem Finanzierungscharakter wird gefolgert, die Forderungen müssten zumindest über einen nach Art der Forderung marktunüblichen Zeitraum

241 Vgl. BFH, Beschl. v. 15.05.2018 – I B 114/17.

242 *Ditz/Quilitzsch*, DStR 2015, 545 (548); kritisch auch *Gocke/Hötzel*, in: FS Herzig, S. 89 (96).

243 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 69; *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 353, "ist zweifelhaft"; *Gosch*, in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 278f; enger *Frotscher*, in: Frotscher/Drüen, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 441, nur die Nutzungsverhältnisse selbst, weil mangels Eigentumsübertragung regelmäßig keine Substanzverluste an den überlassenen Gegenständen eintreten können.

244 Zur Parallelnorm des KStG BFH, Beschl. v. 15.05.2018 – I B 114/17.

245 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 69, "Finanzierungscharakter"; zur Parallelnorm des KStG FG Baden-Württemberg, Urt. v. 24.09.2020 – 3 K 1486/19; *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 352; *Gosch*, in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 278f; *Kosner/Kaiser*, DStR 2012, 925 (929).

246 So ausdrücklich zur Parallelnorm des KStG FG Münster, Urt. v. 17.08.2016 – 10 K 2301/13, EFG 2016, 1810; *Frotscher*, in: Frotscher/Drüen, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 437, 439; möglicherweise aa *Levedag*, GmbHR 2016, 261 (262), insbesondere in Betriebsaufspaltungsfällen.

247 *Fuhrmann/Strahl*, DStR 2008, 125 (127).

248 *Engelen/Erb*, ISR 2018, 149 (151); *Gosch*, in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 278f, "zweifelhaft"; *Pung*, in: D/P/M, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 234.

stehen gelassen bzw. gestundet worden oder nicht fällig geworden sein.²⁴⁹ Noch weitergehend sieht das Finanzgericht Münster auch solche Forderungen als erfasst an, bei denen schon zum Begründungszeitpunkt die Wahrscheinlichkeit einer zeitnahen Begleichung mangels Zahlungsfähigkeit äußerst gering ist.²⁵⁰

(2) Qualifizierte Beteiligung des Darlehensgebers

Der Gesellschafter-Gläubiger muss für die Anwendung des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG zumindest mittelbar zu mehr als 25 % am Grund- bzw. Stammkapital der Schuldner-Kapitalgesellschaft beteiligt sein. Zugerechnet werden ihm alle über Personen- oder Tochterkapitalgesellschaften gehaltenen Beteiligungen. Wegen der transparenten Besteuerung von Personengesellschaften muss in einigen Fällen zudem die Darlehensgewährung der rechtlich eigenständigen Personengesellschaft an die zu sanierende Kapitalgesellschaft dem steuerpflichtigen Gesellschafter zugerechnet werden.²⁵¹ Es reicht aus, wenn zu irgendeinem Zeitpunkt während der Darlehenslaufzeit die Beteiligung qualifiziert im vorstehenden Sinne war.²⁵²

§ 3c Abs. 2 S. 2 EStG erfordert keine Gesellschafterstellung, sondern lässt auch ausschließlich mittelbare Beteiligungen des Darlehensgebers ausreichen.²⁵³ Das betrifft Fälle, in denen der Steuerpflichtige über zwischengeschaltete Kapitalgesellschaften beteiligt ist.²⁵⁴ Eine mittelbare Beteiligung des Steuerpflichtigen liegt auch dann vor, wenn die Beteiligung an der Tochterkapitalgesellschaft im Betriebsvermögen (nicht Sonderbetriebsvermögen) einer mitunternehmerischen Personengesellschaft gehalten wird.²⁵⁵ Steuerpflichtiger im Sinne des Einkommensteuerrechts ist der Gesellschafter der Personengesellschaft, Gesellschafter der zu sanierenden Kapitalge-

249 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 69; zur Parallelnorm des KStG BFH, Beschl. v. 15.05.2018 – I B 114/17; *Rengers*, in: Brandis/Heuermann, § 8b KStG [Stand 07.2022], Rn. 296.

250 FG Münster, Urt. v. 19.12.2017 – 10 K 3556/13 K, EFG 2018, 673; FG Münster, Urt. v. 17.08.2016 – 10 K 2301/13, EFG 2016, 1810.

251 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 68.

252 BFH, Urt. v. 12.03.2014 – I R 87/12, BStBl II 2014, 859 = BFHE 244, 567.

253 Vgl. *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 71; *Levedag*, GmbHR 2016, 261 (263).

254 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 71.

255 *Levedag*, GmbHR 2016, 261 (262 f.); *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 71.

sellschaft ist aber die zivilrechtlich rechtsfähige Personengesellschaft selbst. Bei mittelbarer Beteiligung wird zur Bestimmung der Beteiligungshöhe nach Anteilen innerhalb der Beteiligungskette durchgerechnet.²⁵⁶ Das gilt auch für Beteiligungen über gewerbliche Personengesellschaften. Das heißt, die Anteile der Personengesellschaft an der Kapitalgesellschaft werden mit dem Faktor zugerechnet, mit dem der Steuerpflichtige seinerseits an der Personengesellschaft beteiligt ist.²⁵⁷

Bei gewerblichen Mitunternehmerschaften kann es notwendig werden, deren Darlehensgewährung gegenüber der zu sanierenden Kapitalgesellschaft dem Steuerpflichtigen (also dem Gesellschafter) zuzurechnen. Der Wortlaut des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG erfordert die Darlehensgewährung vom Steuerpflichtigen. Dies ist bei von Personengesellschaften selbst gewährten Darlehen wegen ihrer zivilrechtlichen Eigenständigkeit nicht der Fall. Weil aber eine erhebliche Lücke bei der Anwendung des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG entstünde, wenn man diese Fälle nicht erfasste, wird eine anteilige Zurechnung auch der Darlehensgewährung an den Mitunternehmer vertreten.²⁵⁸

Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs zur Anwendung der Parallelnorm im KStG muss die qualifizierte Beteiligung wegen des weiten Wortlauts „beteiligt war oder ist“ nur zu irgendeinem Zeitpunkt der Darlehenslaufzeit erfüllt sein.²⁵⁹ Zwar habe die Norm damit eine – gemessen an ihrem Zweck – überschießende Tendenz, dies sei aber wegen des klaren Wortlauts hinzunehmen.²⁶⁰ Einige Literaturstimmen fordern einschränkend zumindest eine Beteiligung (unmittelbar oder mittelbar) zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung; diese müsse allerdings nicht qualifiziert sein.²⁶¹ Weitergehende Vorschläge, die Norm im Hinblick auf ihren Telos einschränkend auszulegen, dürften aber wenig Aussicht auf Umsetzung in der Rechtspraak

256 Ott, DStZ 2016, 14 (22).

257 Dazu und weitergehend mit Fallbeispielen *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 71.

258 Ausführlich *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 68; Ott, DStZ 2016, 14 (24), der in Abwehrberatungsfällen eine strenge Wortlautbetrachtung empfiehlt; *Paetsch*, in: BeckOK EStG, § 3c EStG [Stand 10.2020], Rn. 150.

259 BFH, Urt. v. 12.03.2014 – I R 87/12, BStBl II 2014, 859 = BFHE 244, 567.

260 BFH, Urt. v. 12.03.2014 – I R 87/12, BStBl II 2014, 859 = BFHE 244, 567; *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279; *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 331; *Rengers*, in: Brandis/Heuermann, § 8b KStG [Stand 07.2022], Rn. 307. Die Literaturmeinungen jedoch jeweils mit Verweis auf die Fremdüblichkeit als Korrektiv für allzu überbordende Normanwendungen.

261 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 71; *Paetsch*, in: BeckOK EStG, § 3c EStG [Stand 10.2020], Rn. 154; *Kosner/Kaiser*, DStR 2012, 925 (926).

xis haben. Sie fordern eine qualifizierte Beteiligung an zumindest einem der drei folgenden Zeitpunkte: Gewährung des Darlehens, unterlassene Beendigung der Darlehensbeziehung bei Krisenbeginn oder Eintritt der Wertminderung.²⁶²

(3) Escape durch Fremdvergleich

Sind die vorstehenden Voraussetzungen erfüllt, vermutet der Gesetzgeber die gesellschaftsrechtliche Veranlassung der Darlehens(-weiter-)gewährung und will deshalb die damit zusammenhängenden Verluste des Gesellschafters nur anteilig berücksichtigen.²⁶³ Dem betroffenen Gesellschafter steht jedoch die Möglichkeit offen, durch einen erfolgreichen Drittvergleich die Anwendung abzuwenden (§ 3c Abs. 2 S. 3 EStG). Er trägt insoweit die objektive Feststellungslast²⁶⁴ und sieht sich mit einem in praxi kaum zu führenden Nachweis konfrontiert.²⁶⁵ Der Steuerpflichtige muss nachweisen, dass auch fremde Dritte bei sonst gleichen Umständen das Darlehen gewährt oder trotz bestehender Möglichkeit nicht vorzeitig gekündigt hätten.²⁶⁶ Erschwerend dürfen nur eigene Sicherungsmittel der Körperschaft berücksichtigt werden (§ 3c Abs. 2 S. 3 Hs. 2 EStG). Die in der Gesetzesbegründung²⁶⁷ (zur Parallelvorschrift des KStG) genannten und auch vorher bereits von der Finanzverwaltung²⁶⁸ vertretenen Fälle der Fremdunüblichkeit – unverzinst, unangemessen verzinst, unbesichert – erweisen sich dabei als nicht unumstritten.²⁶⁹

Die Finanzverwaltung stellt zur Bestimmung der Fremdunüblichkeit weitestgehend auf die bereits vor Geltung des § 3c Abs. 2 S. 3 EStG entwickelten

262 *Winhard*, FR 2010, 686 (687); *Gocke/Hötzel*, in: FS Herzig, S. 89 (94 f.), auch mit Wortlautargumenten; *Frotscher*, in: *Frotscher/Drüen*, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 396.

263 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 73.

264 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 73.

265 *Baumgartner/Geiling*, DB 2015, 2476 (2477); *Winhard*, FR 2010, 686 (689); *Ott*, DStZ 2010, 623 (628).

266 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 73.

267 BT-Drs. 16/6290, S. 74.

268 Bundesministerium der Finanzen, 08.11.2010, IV C 6-S 2128/07/10001 unter 2.

269 Vgl. *Herlinghaus*, in: *Rödder/Herlinghaus/Neumann*, § 8b KStG, Rn. 344 f.; *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279d; *Pung*, in: *D/P/M*, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 231; *Winhard*, FR 2010, 686 (689), "Fehlkonzeption".

Kriterien ab.²⁷⁰ Sie sieht insbesondere durch nicht fremdvergleichskonforme Darlehenskonditionen den wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen der Darlehensgewährung und den Einkünften aus der Beteiligung hergestellt. Wer ein Darlehen (zumindest zum Teil) ohne angemessene Gegenleistung gewähre, wolle damit nicht Einnahmen aus dem grundsätzlich selbstständigen Wirtschaftsgut Darlehensforderung erzielen, sondern die Einnahmen aus dem Wirtschaftsgut Beteiligung fördern.²⁷¹ Vor dem Hintergrund dieser Argumentation wird klar, warum jegliche fremdunübliche Kondition dem Teilabzugsverbot unterfallen soll: Wenn das Darlehen der Erzielung von Beteiligungseinkünften dient, dann muss der Substanzverlust eines solchen Darlehens aus Sicht der Finanzverwaltung ebenso wie ein Substanzverlust der Beteiligung selbst behandelt werden. Unverzinsliche oder unbesicherte Darlehen werden in der Literatur zwar als Indizien anerkannt, aber nur im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Finanzierungsumstände.²⁷² Der Wortlaut des § 3c Abs. 2 S. 3 EStG stellt nicht auf fremdübliche Darlehenskonditionen ab, sondern erfordert den Nachweis, dass ein fremder Dritter das Darlehen bei sonst gleichen Umständen gewährt bzw. nicht zurückgefordert hätte. Es komme daher darauf an, ob die Unüblichkeit einer Darlehensbedingung wie z. B. die Verzinsung auf die Gewährung des Darlehens insgesamt durchschlägt.²⁷³ Ein Risikodarlehensgeber vergäbe beispielsweise auch ein unbesichertes Darlehen, wenn das Risiko durch einen Zinszuschlag kompensiert werde.²⁷⁴ Die Fremdlichkeit von Leistungsentgelt oder Besicherung sei nicht allein entscheidend, wenn es um die Substanz der Darlehensforderung gehe.²⁷⁵ Weiter sei auch die sonstige Geschäftsbeziehung zwischen Gesellschafter-Gläubiger und

270 Bundesministerium der Finanzen, 08.11.2010, IV C 6-S 2128/07/10001 unter 2.

271 Bundesministerium der Finanzen, 08.11.2010, IV C 6-S 2128/07/10001 unter 2.

272 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 73; *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 341 ff.; *Rengers*, in: Brandis/Heuermann, § 8b KStG [Stand 07.2022], 311; *Watermeyer*, in: H/H/R, § 8b KStG [Stand 06.2014], Rn. 116; *Kosner/Kaiser*, DStR 2012, 925 (927).

273 *Gosch*, in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 279d, Niedrigverzinsung müsse Ausdruck dessen sein, "dass unter Fremden das Darlehen insgesamt nicht gewährt worden wäre."; *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 344 f.; *Rengers*, in: Brandis/Heuermann, § 8b KStG [Stand 07.2022], Rn. 311.

274 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 73.

275 *Frotscher*, in: Frotscher/Drüen, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 426; *Watermeyer*, in: H/H/R, § 8b KStG [Stand 06.2014], Rn. 116; sehr kritisch zur Inbezugnahme von Darlehenskonditionen für die Beurteilung der Substanzverluste *Ditz/Quilitzsch*, DStR 2015, 545 (546 f.).

Schuldner-Kapitalgesellschaft zu beachten. Die Gefahr des Verlusts einer „fruchtbringende[n] Geschäftsbeziehung“²⁷⁶ verleite auch fremde Dritte zu risikoreichen oder unverzinsten Darlehensgewährungen. Für den Fremdvergleich müsse schließlich allein die (qualifizierte) Beteiligung weggedacht werden, sich also ein fremder Dritter vorgestellt werden, der in der sonst gleichen Verbindung zum Schuldner stehe.²⁷⁷

Eine verengte Perspektive erlangt der Fremdvergleich durch die sogenannte „stand-alone-Klausel“. Es werden nur die Sicherheiten des Schuldners selbst betrachtet und Sicherheiten, die von Gesellschaftern stammen, außer Acht gelassen. Damit fingiert der Gesetzgeber eine für den Nachweis der Fremdüblichkeit nachteilige Realität.²⁷⁸ Sicherheiten von außen werden berücksichtigt, wenn sie von der Gesellschaft mit eigenen Mitteln finanziert wurden.²⁷⁹

Die maßgeblichen Zeitpunkte, an denen der Fremdvergleich aus Sicht des Steuerpflichtigen gelingen muss, sind die Gewährung des Darlehens und die Weitergewährung bei Kriseneintritt. Es muss daher ein fortlaufender Fremdvergleich geführt werden.²⁸⁰ Die unterlassene Zurückforderung des Darlehens setzt die rechtliche Möglichkeit zur Kündigung des Darlehens bei Kriseneintritt voraus. Bei Risikofinanzierungen (insb. Krisendarlehen), dürfte es aber an einer solchen Vertragsklausel fehlen, was im Hinblick auf den Darlehenszweck keine Bedenken hinsichtlich der fremdüblichen Gewährung hervorruft.²⁸¹ Insolvenzrechtliche Vorschriften, die einer Rückzahlung von bei Kriseneintritt gekündigten Darlehen entgegenstehen können, entbinden den Gesellschafter-Gläubiger nicht von der Kündigungspflicht.²⁸² Kommt es aber aus Rücksicht auf die Vorschriften nicht mehr zu einer Rückgewähr, ist dies für die Beurteilung der Fremdüblichkeit unwesentlich.²⁸³ Verpasst der Gläubiger die erste Möglichkeit zur

276 *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 342.

277 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 73.

278 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 73; kritisch *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279d.

279 *Levedag*, GmbHR 2016, 261 (263); *Frotscher*, in: *Frotscher/Drüen*, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 423; *Paetsch*, in: *BeckOK EStG*, § 3c EStG [Stand 10.2020], Rn. 161.

280 *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279b; *Frotscher*, in: *Frotscher/Drüen*, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 431, die keine kontinuierliche, sondern eine jährliche und anlassbezogenen Prüfobliegenheit vertritt, um den Steuerpflichtigen nicht zu überlasten.

281 *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279b.

282 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 73.

283 *Desens*, in: H/H/R, § 3c EStG [Stand 06.2019], Rn. 73.

Kündigung des Darlehens, unterliegt der gesamte Wertverlust der Abzugsbeschränkung.²⁸⁴ Wegen des klaren Wortlauts kommt eine Aufteilung des Wertverlusts in einen unbeschränkt abzugsfähigen Teil, der bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit entstanden ist und einen abzugsbeschränkten Teil nicht in Betracht.²⁸⁵

Die objektive Feststellungslast für die Fremdüblichkeit trifft den darlehensgewährenden Gesellschafter. Taugliche Beweismittel können vergleichsweise eingeholte Kreditangebote, anderweitig bestehende Fremddarlehen oder Ratings sowie andere Kreditwürdigkeitsanalysen sein.²⁸⁶ Aus später eintretenden Wertminderungen kann kein Rückschluss auf die fehlende Fremdüblichkeit erfolgen, da sich Bonitätsrisiken regelmäßig auch bei fremdüblichen Darlehen verwirklichen.²⁸⁷ Eine Vermutung für die Fremdüblichkeit soll in den Fällen gelten, in denen der Gesellschafter zu den maßgeblichen Zeitpunkten – Gewährung und unterlassene Kündigung bei Krisenbeginn – kein qualifizierter Gesellschafter war.²⁸⁸ Diese Auslegung dient der Abmilderung der zu weit geratenen zeitlichen Ausdehnung bei der Bestimmung der qualifizierten Beteiligung.²⁸⁹

b) Körperschaftsteuer

Ist der sanierende Gesellschafter Körperschaftsteuersubjekt, gleicht die steuerliche Behandlung im Wesentlichen der Behandlung bei Einkommensteuersubjekten mit der Beteiligung im Betriebsvermögen.²⁹⁰ Wesentlicher Unterschied ist die vollständige steuerliche Nichtberücksichtigung von

284 *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 347; *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279c; aA *Watermeyer*, in: H/H/R, § 8b KStG [Stand 06.2014], Rn. 117.

285 *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 347; *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279c; aA *Frotscher*, in: *Frotscher/Drüen*, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 411.

286 *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279e; *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 348.

287 *Pung*, in: D/P/M, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 231; aA *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279e.

288 *Gosch*, in: *Gosch*, § 8b KStG, Rn. 279e; für eine Beschränkung auf Fälle in denen die gesellschaftsrechtliche Verbindung noch gar nicht oder nicht mehr besteht *Rengers*, in: *Brandis/Heuermann*, § 8b KStG [Stand 07.2022], Rn. 313; so wohl auch *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 348.

289 Vgl. *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 331.

290 Siehe dazu oben Kapitel 2:B.II.2.a) ab S. 49.

nachträglichen Anschaffungskosten und regelmäßig auch von Darlehensverlusten.

aa) Nachträgliche Anschaffungskosten bleiben steuerlich unberücksichtigt

Kommt es aufgrund eines gesellschaftsrechtlich veranlassten Darlehensverzichts zu nachträglichen Anschaffungskosten eines körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschafter-Gläubigers, sind diese wegen des § 8b Abs. 2 KStG steuerlich unbeachtlich. Veräußerungsgewinne oder -verluste einer Kapitalgesellschaftsbeteiligung wirken sich bei körperschaftsteuerpflichtigen Gesellschaftern nicht aus. Damit sind auch die Anschaffungskosten jener Beteiligungen für die Besteuerung irrelevant.

bb) Abzugsbeschränkung für Darlehensverluste (§ 8b Abs. 3 S. 4 ff. KStG)

§ 8b Abs. 3 S. 4 KStG stellt als Parallelnorm zu § 3c Abs. 2 S. 2 EStG ebenfalls eine Abzugsbeschränkung dar, die an den steuerlich relevanten Verlust aus einem Forderungsverzicht (betrieblich oder gesellschaftsrechtlich veranlasst) anknüpfen kann. Wesentlicher Unterschied ist die Höhe der Abzugsbeschränkung: Gemäß § 3c Abs. 2 EStG sind außerbilanziell 40 % des Verlustes hinzuzurechnen, während § 8b Abs. 3 S. 4 KStG die Hinzurechnung des kompletten Verlustes erfordert und somit eine steuerliche Berücksichtigung ausschließt.

Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 8b Abs. 3 S. 4 KStG decken sich weitestgehend mit denen des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG. Es ist eine Darlehengewährung oder eine vergleichbare Rechtshandlung notwendig und der Gesellschafter muss qualifiziert beteiligt sein. Bei der Bestimmung der qualifizierten Beteiligung ergeben sich durch den Bezug auf den Gesellschafter und die Einbeziehung von nahestehenden Personen (§ 8b Abs. 3 S. 5 KStG) einige Auslegungsfragen. Der Steuerpflichtige ist in den Fällen der vorgenannten Voraussetzungen mit dem Nachweis der Fremdüblichkeit belastet, um die Anwendung der steuerlichen Hinzurechnung abzuwenden.

Anders als bei der Parallelnorm des EStG erfasst die Vorschrift des § 8b Abs. 3 S. 4 KStG unmittelbar oder mittelbar beteiligte *Gesellschafter*. Überwiegend wird auch die rein mittelbare Beteiligung als von der Norm

erfasst angesehen.²⁹¹ Im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs „Gesellschafter“ wird vereinzelt vertreten, es müsse eine unmittelbare Beteiligung bestehen, da der nur mittelbar Beteiligte kein Gesellschafter des Kreditnehmers sein könne.²⁹² Die vom Gesetzgeber alternativ genannte mittelbare Beteiligung habe in den Fällen der unmittelbaren Beteiligung die Funktion, die Beteiligungsquote zutreffend zu ermitteln.²⁹³ Gegen dieses zivilrechtliche Verständnis des Gesellschafterbegriffs wird aber gerade die Nennung des mittelbaren Gesellschafters im Gesetzeswortlaut angeführt.²⁹⁴

Die Bestimmung der Beteiligungsquote bestimmt sich nach durchgerechneten Quoten, das heißt in einer Beteiligungskette wird der nächsthöheren Gesellschaft die Beteiligung nur in Höhe ihres Anteils an der vermittelnden Gesellschaft zugerechnet.²⁹⁵ Bestehen verschiedene mittelbare Beteiligungen, werden diese zusammengerechnet.²⁹⁶ Gleiches gilt auch für unmittelbare und mittelbare Beteiligungen.²⁹⁷

Wird bei durchgerechneter Beteiligungsquote die Wesentlichkeitsschwelle von mehr als 25 % nicht erreicht, kann das Abzugsverbot über § 8b Abs. 3 S. 5 KStG einschlägig sein.²⁹⁸ Muttergesellschaften können zugleich nahestehende Person der die Beteiligung vermittelnden Tochtergesellschaft darstellen.²⁹⁹ Ist die Tochtergesellschaft zu mehr als 25 % (mittel- oder unmittelbar) an der zu sanierenden Kapitalgesellschaft beteiligt und die darlehensgewährende Muttergesellschaft nahestehende Person im Sinne von § 1 Abs. 2 AStG, wird diese Konstellation von § 8b Abs. 3 S. 5 KStG erfasst.³⁰⁰ Ebenfalls über die Figur der nahestehenden Person löst die Min-

291 *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 326; *Gosch*, in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 279.1; *Pohl*, in: BeckOK KStG, § 8b KStG [Stand 12.2020], Rn. 636; *Frotscher*, in: Frotscher/Drüen, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 382.

292 *Watermeyer*, in: H/H/R, § 8b KStG [Stand 06.2014], Rn. 112.

293 *Watermeyer*, in: H/H/R, § 8b KStG [Stand 06.2014], Rn. 112; aA *Frotscher*, in: Frotscher/Drüen, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 382a, die eine Zusammenrechnung von mittelbaren und unmittelbaren Beteiligungen wegen des Wortlauts "oder" verneint.

294 *Pohl*, in: BeckOK KStG, § 8b KStG [Stand 12.2020], Rn. 614.

295 *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 330.

296 *Frotscher*, in: Frotscher/Drüen, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 382a.

297 *Rengers*, in: Brandis/Heuermann, § 8b KStG [Stand 07.2022], Rn. 306; aA *Frotscher*, in: Frotscher/Drüen, § 8b KStG [Stand 01.2020], Rn. 382a.

298 *Pung*, in: D/P/M, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 229.

299 Dazu näher *Pohl*, in: BeckOK KStG, § 8b KStG [Stand 12.2020], Rn. 664 ff. mwN.

300 Vgl. *Gosch*, in: Gosch, § 8b KStG, Rn. 279.1; *Herlinghaus*, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 330, jeweils für Fälle zwischengeschalteter Personengesellschaften.

dermeinung die Fälle allein mittelbarer Beteiligung, wenn sie wegen des strengen Gesellschafterverständnisses für die direkte Anwendung von § 8b Abs. 3 S. 4 KStG zumindest auch eine unmittelbare Beteiligung fordert.³⁰¹ Fälle, in denen eine qualifizierte Beteiligung am Grund- oder Stammkapital nicht vorliegt, aber ein beherrschender Einfluss, können die Anwendung des Abzugsverbots über § 8b Abs. 3 S. 5 KStG begründen.³⁰²

C. *Debt-Equity-Swap*

Der *Debt-Equity-Swap*, also die Einbringung von Forderungen in das Eigenkapital des Schuldners, ist in Deutschland nur als Sacheinlage möglich.³⁰³ Die Gesellschaft muss einen entsprechenden Kapitalerhöhungsbeschluss fassen, woraufhin der anteilserwerbende Gläubiger den Einlageanspruch entweder durch Abtretung seiner Forderung an die Gesellschaft oder durch Abschluss eines Erlassvertrags gem. § 397 Abs. 1 BGB erfüllt.³⁰⁴ Unabhängig von der rechtstechnischen Ausgestaltung ist eine Einbringung nur zum objektiven Marktwert der Forderung möglich.³⁰⁵ Grund dafür ist das gesellschaftsrechtliche Prinzip der effektiven Kapitalaufbringung.³⁰⁶ Dieses Prinzip steht auch einer Aufrechnung des Gesellschafters gegen den Einlageanspruch der Kapitalgesellschaft entgegen (§ 66 Abs. 1 S. 2 AktG, § 56 Abs. 2 i. V. m. § 19 Abs. 2 S. 2 GmbHG).³⁰⁷ Es ist daher nicht möglich, einen *Debt-Equity-Swap* als Bareinlage und so zwingend zum Nennwert der Forderung zu strukturieren. Regelmäßig wird der Kapitalerhöhung durch den *Debt-Equity-Swap* eine Kapitalherabsetzung vorangehen, um

301 Watermeyer, in: H/H/R, § 8b KStG [Stand 06.2014], Rn. 112.

302 Herlinghaus, in: Rödder/Herlinghaus/Neumann, § 8b KStG, Rn. 325.

303 Eilers, GWR 2009, 3 (3); Koch, in: Hüffer/Koch, § 27 AktG, Rn. 17; Priester/Tebben, in: Scholz, § 56 GmbHG, Rn. 13; Schmidt, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Rn. 2.380.

304 Lieder, in: MüKo GmbHG, § 56 GmbHG, Rn. 19b.

305 Lieder, in: MüKo GmbHG, § 56 GmbHG, Rn. 19; Koch, in: Hüffer/Koch, § 27 AktG, Rn. 17; Schmidt, in: Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Rn. 2.390; kritisch aber i. Erg. zustimmend Beyer, DStR 2012, 2199 (2200 f.); kritisch Scholz, in: MüHa GesR Bd. 4, § 57, Rn. 86, mit weiteren Nachweisen zur Gegenauuffassung.; ausführlich zur Gegenauuffassung Müller, in: FS Hoffmann-Becking, S. 835 (843 f.); Clemm, in: FG Haas, S. 67 (70 f.).

306 Lieder, in: MüKo GmbHG, § 56 GmbHG, Rn. 19a; Priester/Tebben, in: Scholz, § 56 GmbHG, Rn. 13a.

307 Koch, in: Hüffer/Koch, § 66 AktG, Rn. 5; Priester/Tebben, in: Scholz, § 56 GmbHG, Rn. 47 f.

ein angemessenes Beteiligungsverhältnis zwischen Alt- und Neu-Gesellschaftern zu erreichen.³⁰⁸

Diese gesellschaftsrechtlichen Grundsätze des Debt-Equity-Swaps werden weder durch das mit dem ESUG³⁰⁹ weiterentwickelte Insolvenzplanverfahren noch durch das in Umsetzung der EU-Restrukturierungsrichtlinie³¹⁰ neu geschaffene Restrukturierungsverfahren nach dem StaRUG infrage gestellt. Vielmehr bestätigen die Regelungen des § 254 Abs. 4 InsO und § 67 Abs. 5 StaRUG das Prinzip der effektiven Kapitalaufbringung, indem sie in ihrem Anwendungsbereich lediglich die daraus folgende Differenzhaftung des Inferenten ausschließen.³¹¹ Die wesentlichen Erleichterungen des Insolvenz- bzw. Restrukturierungsverfahren bestehen darin, dass ein Debt-Equity-Swap im jeweiligen Plan vorgesehen werden kann, jedoch nicht gegen den Willen der betroffenen Gläubiger (§ 225a Abs. 2 InsO, § 7 Abs. 4 StaRUG).

I. Steuerfolge bei sanierter Kapitalgesellschaft.

Steuerrechtlich handelt es sich bei dem Debt-Equity-Swap um eine mit dem gemeinen Wert (§ 6 Abs. 6 S. 1 EStG) zu bewertende offene Einlage, unabhängig ob die Forderungen durch Erlass oder Abtretung eingebracht werden.³¹² Der auszubuchenden Verbindlichkeit der zu sanierenden Kapitalgesellschaft steht eine Erhöhung des gezeichneten Kapitals gegenüber.³¹³ Soweit die Forderungen werthaltig sind, kommt es zu einem erfolgsneutralen Passivtausch.³¹⁴ Sind die Forderungen in einer Sanierungssituation bereits wertgemindert, entsteht in Höhe des wertgeminderten Teils ein

308 *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.84 ff.

309 Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7.12.2011 (BGBl. I, S. 2582).

310 RL (EU) 2019/1023.

311 Zum Ganzen *Lieder*, in: MüKo GmbHG, § 56 GmbHG, Rn. 25 f.

312 *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.89 ff.; fälschlicherweise auf den Teilwert abstellend *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 5 EStG [Stand 03.2020], Rn. 957f; *Born*, BB 2009, 1730 (1732), auch wenn der Unterscheidung in der Rechtspraxis wohl nur akademische Bedeutung zukommt.

313 *Buth/Hermanns*, in: *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, § 35, Rn. 129.

314 *Crezelius*, in: *Schmidt/Uhlenbrück*, Die GmbH in Krise, Rn. 2.581; fälschlicherweise auf eine bereits vorher bestehende Gesellschafterstellung abstellend *Born*, BB 2009, 1730 (1732).

grundsätzlich steuerpflichtiger Gewinn.³¹⁵ Wird die Einbringung über die Erlassvariante (§ 397 Abs. 1 BGB) strukturiert, soll ein Erlass im Sinne des § 3a Abs. 1 EStG vorliegen und unter den weiteren Voraussetzungen eine Steuerbefreiung möglich sein.³¹⁶ Werden die Forderungen durch Abtretung eingebbracht und gehen infolgedessen durch Konfusion unter, ist strittig, ob ein privilegierungsfähiger Erlass angenommen werden kann.³¹⁷ Folgt man der ablehnenden Auffassung oder liegen die weiteren Voraussetzungen des § 3a EStG nicht vor, kann nur eine Verrechnung mit Verlustvorträgen unter Beachtung der Mindestbesteuerung in Betracht kommen.³¹⁸ Bei disquotalen Kapitalerhöhungen können diese Verlustvorträge aber bereits gemäß § 8c KStG untergegangen sein. Dann folgt aus dem Debt-Equity-Swap-Gewinn eine liquiditätsbelastende Steuerbelastung.

Ändern sich durch den Debt-Equity-Swap die Beteiligungsquoten der Gesellschafter, kann es zur Anwendung des § 8c KStG kommen (§ 8c Abs. 1 S. 3 KStG).³¹⁹ Erwirbt der Sanierer einen (zusätzlichen) Beteiligungsanteil von mehr als 50 % an der zu sanierenden Kapitalgesellschaft, gehen die bislang nicht genutzten Verluste unter.³²⁰ Zwar existiert mit § 8c Abs. 1a KStG eine Sanierungsklausel, die diese nachteilige Rechtsfolge verhindert, sie ist aber an einige Voraussetzungen gebunden.³²¹ Der Sanierungsbegriff des § 8c Abs. 1a S. 2 KStG stimmt dabei nicht mit dem des § 3a EStG überein.³²² Für die Erhaltung der wesentlichen Betriebsstrukturen durch eine finanzwirtschaftliche Betriebssanierung wird gem. § 8c Abs. 1a S. 3 Nr. 3 S. 4 KStG nur der werthaltige Teil der erlassenen Verbindlichkeiten als Betriebsvermögenszuführung angesehen. Insgesamt muss eine solche Zuführung

315 *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.91 ff.; *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 5 EStG [Stand 03.2020], Rn. 957f; *Buth/Hermanns*, in: *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, § 35, Rn. 129; *Carli/Rieder/Mückl*, ZIP 2010, 1737 (1741); *Herzig/Liekenbrock*, Ubg 2011, 313 (322).

316 *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.92 ff.

317 Ablehnend BFH, Urt. v. 14.10.1987 – I R 381/83; BR-DRs. 59/17(B), S. 15; dafür *Dessens*, FR 2017, 981 (983); *Kahlert/Schmidt*, DStR 2017, 1897 (1900); *Seer*, in: *Kirchhof*, § 3a EStG, Rn. 29; *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.94 ff.; *Skauradzun*, ZIP 2018, 1901 (1902).

318 Dazu bereits Kapitel 2:B.I.1 ab S. 39.

319 Auf diese Gefahr hinweisend *Hierstetter*, DStR 2010, 882 (884f.); *Carli/Rieder/Mückl*, ZIP 2010, 1737 (1742); *Born*, BB 2009, 1730 (1733).

320 Zur Verfassungswidrigkeit von § 8c Abs. 1 S. 1 KStG a.F. für Anteilsübertragungen von >25 % bis 50 % siehe BVerfG, Beschl. v. 29.03.2017 – 2 BvL 6/II, BVerfGE 145, 106.

321 Näher dazu *Roser*, in: *Gosch*, § 8c KStG, Rn. 183 ff.

322 Vgl. *Roser*, in: *Gosch*, § 8c KStG, Rn. 186d.

mindestens 25 % des in der Steuerbilanz zum Schluss des vorangegangenen Wirtschaftsjahres enthaltenen Aktivvermögens ausmachen (§ 8c Abs. 1a S. 3 Nr. 3 S. 2 KStG). Erst dann kann – von den anderen Varianten abgesehen – ein Erhalt der Verlustvorträge trotz veränderter Beteiligungsquoten in Betracht kommen.

II. Steuerfolge beim sanierenden Gläubiger

Hält der Gläubiger die Forderungen im Betriebsvermögen, entspricht der gemeine Wert der eingebrachten Forderungen den Anschaffungskosten an der neu erworbenen Beteiligung.³²³ Waren die Forderungen voll werthaltig und zum Nennwert beim Gläubiger aktiviert, kommt es zu einem erfolgsneutralen Aktivtausch.³²⁴ Bei nicht mehr voll werthaltigen Forderungen entsteht in Höhe der Differenz zwischen werthaltigem Teil und aktivierte Forderungsbetrag ein Verlust.³²⁵

Für entsprechende Verluste stellt sich dann weitergehend die Frage, ob sie im Hinblick auf die steuerlichen Abzugsbeschränkungen des § 3c Abs. 2 S. 2 ff. EStG für Einkommensteuersubjekte und § 8b Abs. 3 S. 4 ff. KStG für Körperschaften gelten. Ist derforderungseinbringende Gläubiger bereits vor dem Debt-Equity-Swap Gesellschafter, hängt es entscheidend von den Voraussetzungen der Normen ab, insbesondere von der Beteiligungsquote und dem Fremdvergleich.³²⁶ Für diejenigen Gläubiger, die erst durch den Debt-Equity-Swap zum Gesellschafter werden, dürften die Abzugsbeschränkungen dagegen nicht gelten.³²⁷

323 *Mückl*, FR 2009, 497 (502 f.); *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.96 ff.; *Buth/Hermanns*, in: *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, § 35, Rn. 128, 130; *Crezelius*, in: *Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Rn. 2.582 f.

324 *Crezelius*, in: *Schmidt/Uhlenbruck*, Die GmbH in Krise, Rn. 2.582.

325 *Buth/Hermanns*, in: *Buth/Hermanns*, Restrukturierung, § 35, Rn. 130; *Krumm*, in: *Brandis/Heuermann*, § 5 EStG [Stand 03.2020], Rn. 957f; *Mückl*, FR 2009, 497 (503).

326 Dazu bereits Kapitel 2:B.II.2.a)bb) ab S. 52 und für körperschaftsteuerpflichtige Sanierer Kapitel 2:B.II.2.b)bb) ab S. 62.

327 *Pung*, in: *D/P/M*, § 8b KStG [Stand 06.2020], Rn. 227a; *Hierstetter*, DStR 2010, 882 (887).

D. Debt-Buy-Back

Im Rahmen eines Debt-Buy-Back kauft das Schuldnerunternehmen eine gegen sich bestehende Forderung vom Gläubiger. Zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag wird diese Forderung vom Gläubiger an den Schuldner abgetreten (§ 397 ff. BGB). Dadurch vereinigen sich Forderung und Schuld in einer Person, woraufhin grundsätzlich das Schuldverhältnis erlischt.³²⁸ Bei sanierungsbedürftigen Gläubigern sind zudem insolvenzrechtliche Risiken zu beachten, insbesondere die Insolvenzanfechtung (§§ 129 ff. InsO).

I. Steuerfolge bei zu sanierender Kapitalgesellschaft

Kauft ein sanierungsbedürftiges Unternehmen Verbindlichkeiten unter ihrem Nennwert zurück, geht die Verbindlichkeit bei Abtretung (§ 397 ff. BGB) der Gläubigerforderung an den Schuldner unter.³²⁹ Durch die Konfusion entsteht ein steuerlicher Gewinn zwischen Kaufpreis und Nennwert der untergegangenen Forderung.³³⁰ Für diesen Konfusionsgewinn ist streitig, ob er als Schulderlass im Sinne des § 3a EStG angesehen werden und damit bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen privilegierungsfähig sein kann.³³¹ Ansonsten bleibt nur eine Verrechnung mit laufenden Verlusten oder Verlustvorträgen im Rahmen der Mindestbesteuerung, um eine steuerbedingte Liquiditätsbelastung zu verhindern.

328 *Fetzer*, in: MüKo BGB, Vor § 362 BGB, Rn. 4.

329 *Rödding/Bühring*, DStR 2009, 1933 (1936).

330 *Beutel/Sistermann*, in: Lüdicke/Sistermann, § 18, Rn. 75; *Maschlanka*, in: Heyd/Kautenburger-Behr/Wind, Rn. 866; *Herzig/Liekenbrock*, Ubg 2011, 313 (320); *Ilberg/Tschesche*, BB 2010, 259 (260 f.); *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 1193 (1194).

331 Ablehnend BFH, Urt. v. 14.10.1987 – I R 381/83; BR-Drs. 59/17(B), S. 15; *Eilers/Schwahn*, Sanierungssteuerrecht, Rn. 3.123 ff.; dafür *Desens*, FR 2017, 981 (983); *Sistermann/Beutel*, DStR 2017, 1065 (1066); *Förster/Hechtnar*, DB 2017, 1536 (1536); *Kanzler*, NWB 2017, 2260 (2264); *Seer*, in: Kirchhof, § 3a EStG, Rn. 29; *Skauradszun*, ZIP 2018, 1901 (1902).

II. Steuerfolge beim Gläubiger

Der Kreditgeber realisiert beim Debt-Buy-Back einen Verlust in Höhe der Differenz zwischen dem vereinnahmten Kaufpreis und dem Nennwert, soweit die Forderung nicht bereits wertberichtigt wurde.³³² Bei Gesellschafter-Gläubigern sind die Verlustabzugsbeschränkungen des § 3c Abs. 2 S. 2 EStG und § 8b Abs. 3 S. 4 KStG zu beachten.³³³

332 *Ilberg/Tchesche*, BB 2010, 259 (261).

333 Ausführlich dazu Kapitel 2:B.II.2.a)bb) ab S. 52 und Kapitel 2:B.II.2.b)bb) ab S. 62.

