

# Von der Zerschlagung bis zur Sanierungsordnung

2025

ISBN 978-3-406-81690-1

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

chen.<sup>84</sup> In steuerrechtlich typischen, schwer lesbaren 16 Sätzen ist die Berechnungsmethode ausführlich geregelt und beinhaltet u. a. eine zu tolerierende Abweichung von zwei Prozentpunkten. Für diese Ausnahme ist in § 8a Abs. 3 KStG eine Rückausnahme bei schädlicher Gesellschafterfremdfinanzierung vorgesehen. Anders als bei der früheren Rechtslage ist keine Möglichkeit im Gesetz vorgesehen, einen Fremdvergleich anzustellen, um eine Entlastung, respektive das entgegengesetzte Ergebnis und somit den vollständigen Zinsabzug, zu erreichen.<sup>85</sup>

### c) Einbeziehung rückgriffsgesicherter Drittdarlehensgeber

Eine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung im Sinne des § 8a KStG kann nicht nur bei Darlehensgewährungen durch den Gesellschafter selbst vorliegen. Zum Kreis der „schädlichen“ Fremdkapitalgeber gehören auch fremde Dritte, wenn sie gegenüber einem Gesellschafter oder einer diesem nahestehenden Person zum Rückgriff berechtigt sind. Der Begriff des Rückgriffs ist dabei weit auszulegen.<sup>86</sup> Das ist bei der großen Mehrzahl mittelständischer Unternehmensfinanzierungen durch Banken in aller Regel der Fall, da gerade im Mittelstand Unternehmensfinanzierungen durch den Gesellschafter durch Bürgschaft, Grundschulden oder Besicherung anderer Vermögenswerte abgesichert werden.

Der persönliche Anwendungsbereich des § 8a Abs. 2, 3 KStG ist deshalb in der überwiegenden Mehrzahl mittelständischer Sanierungsfälle mit Bankenbeteiligung eröffnet und die Rückausnahme von der Ausnahme der Zinsschranke greift. In Abweichung zu § 8a Abs. 2 KStG muss sich bei § 8a Abs. 3 KStG, im Falle der Finanzierung durch einen Dritten, der Rückgriff gegen einen selbst nicht zum Konzern gehörenden Gesellschafter<sup>87</sup> richten, so dass konzerninterne Finanzierungen unschädlich sind.<sup>88</sup>

Der Gesetzgeber wollte Finanzierungsgestaltungen zwischen Körperschaft und Anteilseigner verhindern, in welchen der unabhängige Fremdkapitalgeber letztlich kein Risiko trägt.<sup>89</sup> Das betrifft vor allem die doppelstufige Kreditgewährung durch sog. „back-to-back-Finanzierungen“, bei denen ein Gesellschafter bspw. einer Bank Geldmittel überlässt, damit die Bank diese Mittel sodann in eigenem Namen als Darlehen der Gesellschaft überlässt.<sup>90</sup> Das war bereits zu § 8a KStG aF die Intention des Gesetzgebers. Weitere Anwendungsfälle des Rückgriffs sind die Garantierklärung, die Bürgschaft, aber auch dingliche Sicherheiten oder eine Patronatserklärung sowie das faktische Einstehen für eine Schuld.<sup>91</sup> Dass sogar faktische Rückgriffsmöglichkeiten von der Finanzverwaltung als Anwendungsfall erfasst werden, zeigt die pauschale Ablehnung gegen jegliche Gestaltung seitens der Verwaltung. Dieses weite<sup>92</sup> Verständnis führt zu einem weiteren Zielkonflikt mit dem Insolvenzrecht, wenn die Anwendung der Rückausnahme einer erfolgreichen Sanierung im Weg steht.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass ein Referentenentwurf des BMF v. 14.7.2023 vorsah, die Zinsschranke und somit § 4h EStG und § 8a KStG in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1164 (Anti-Tax-Avoidance-Directive – ATAD) zu modifizieren.<sup>93</sup>

<sup>84</sup> Brandis/Heuermann/Loewens, Ertragsteuerrecht, 166. EL Februar 2023, EStG § 4h Rn. 70 mit dem Vergleich zur „rauen See“ der Zinsschranke.

<sup>85</sup> Schmidt/Loschelder, EStG, 42. Aufl. 2023, § 4h Rn. 18.

<sup>86</sup> BT-Drs. 16/4841, 74f.

<sup>87</sup> Oder eine diesem nahe stehende Person.

<sup>88</sup> Schmidt/Loschelder, EStG, 42. Aufl. 2023, § 4h Rn. 21.

<sup>89</sup> BT-Drs. 16/4841, 75.

<sup>90</sup> Brandis/Heuermann/Loewens, Ertragsteuerrecht, 166. EL Februar 2023, § 8a KStG Rn. 25.

<sup>91</sup> BMF 4.7.2008, BStBl. I 2008, 718, Rn. 83.

<sup>92</sup> Sich ebenfalls gegen diese weite Auslegung aussprechend BeckOK EStG/Adrian, 15. Ed. 1.3.2023, § 4h Rn. 160.

<sup>93</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung von Wachstumschancen, Investitionen und Innovationen sowie Steuervereinfachung und Steuerfairness (Wachstumschancengesetz).

Danach wurde angestrebt, die Ausnahmetatbestände abzuschaffen und dafür in § 4h EStG statt der Freigrenze von 3 Mio. Euro einen Freibetrag von 3 Mio. Euro zu etablieren.<sup>94</sup> In der Folge wären auch die Rückausnahmen nach § 8a Abs. 2 und 3 KStG gegenstandslos geworden.<sup>95</sup> Es bedarf keiner Rückausnahmen, wenn die Ausnahmen abgeschafft werden. Der Kabinettsbeschluss der Bundesregierung im August beinhaltete diese gravierenden Änderungen nicht mehr. Auch der Gesetzesentwurf der Bundesregierung<sup>96</sup> vom 2.10.23 sah lediglich die Anpassungen im Detail zur Aufgabe der Konzernbezogenheit bei der Stand-alone- und der Escape-Klausel vor, so dass abzuwarten bleibt inwiefern etwaige Anpassungen Auswirkungen auf die Praxis haben werden.

### III. Maßnahmen zur Kapitalbeschaffung von außen

#### 1. Externe Kreditaufnahme und Besicherung durch Gesellschafter

Die Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 InsO kann auch durch die Aufnahme neuer Darlehen bei Banken und bei Lieferanten verhindert oder beseitigt werden. Die Darlehensgewährung, gerade in Krisenzeiten, ist aber regelmäßig von der Bestellung entsprechender Sicherheiten abhängig. Die Gesellschaft wird dazu mangels ausreichender oder unbelasteter Vermögensgegenstände und Mittel häufig nicht mehr in der Lage sein, weshalb die Besicherung in mittelständischen Finanzierungen häufig durch die Gesellschafter erfolgt.

Die insolvenzrechtliche Folge ist, dass sich der Darlehensgeber in der Insolvenz der Gesellschaft gemäß § 44a InsO zunächst an den Sicherungsgeber zu halten hat und nur anteilmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen kann, soweit er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit ausgefallen ist. Sind Sicherheiten sowohl durch die Gesellschaft als auch durch den Gesellschafter gestellt, steht es dem Darlehensgeber frei, auf welche Sicherheit er zuerst zugreift. Sofern allerdings der die Sicherheit gewährende Gesellschafter durch Rückzahlung des Darlehens oder Verwertung der Gesellschaftssicherheit von seiner Sicherheit frei geworden ist, hat er der Gesellschaft nach § 135 Abs. 2 InsO, § 143 Abs. 3 InsO den entsprechenden Betrag zu erstatten.<sup>97</sup> Der Vorrang der Gesellschafter- vor der Gesellschaftsinanspruchnahme des § 44a InsO wird so abgesichert.

Bei gesellschafterbesicherten Drittdarlehen erfolgt die steuerliche Würdigung nach § 8a Abs. 3 KStG.<sup>98</sup> Hat der Gesellschafter Sicherheiten aus dem Privatvermögen gestellt und wird er mit diesen Sicherheiten in Anspruch genommen, erhöht der Betrag des Vermögensabflusses aus dem Privatvermögen die nachträglichen Anschaffungskosten auf seine im Privatvermögen i. S. d. § 17 EStG steuerverstrickte Beteiligung an der Gesellschaft.

#### 2. Aufnahme neuer Gesellschafter und Begründung stiller Beteiligungen

##### a) Vereinfachte Kapitalherabsetzung mit anschließender Kapitalerhöhung

Sieht das Sanierungskonzept den Eintritt neuer Gesellschafter vor, kann sich für den Vollzug des Eintritts neuer Gesellschafter der Kapitalschnitt als probates Sanierungsmittel anbieten. Durch den Kapitalschnitt wird das Stammkapital zunächst im Rahmen einer vereinfachten Kapitalherabsetzung i. S. d. §§ 58a ff. GmbHG herabgesetzt, um es im selben Schritt sogleich wieder auf einen Betrag mindestens in Höhe der Mindeststammkapitalziffer zu

<sup>94</sup> S. 148f. des Referentenentwurfs zum Wachstumschancengesetz.

<sup>95</sup> S. 231 des Referentenentwurfs zum Wachstumschancengesetz.

<sup>96</sup> BT-Drs. 20/8628, 25, 130ff., 199.

<sup>97</sup> BGH NJW 2012, 156 Rn. 6ff.

<sup>98</sup> Siehe oben zu den rückgriffsgesicherteren Darlehensgebern im Rahmen von §§ 4h Abs. 2 EStG und 8a Abs. 2, 3 KStG.

erhöhen. Dadurch wird der Wert, der infolge einer nachgeschalteten Kapitalerhöhung neu ausgegebenen Anteile nicht verwässert, künftige Gewinnausschüttungen werden erleichtert und bisher eingetretene Verluste werden den Altgesellchaftern zugewiesen. Nicht zuletzt kann durch den Kapitalschnitt eine Unterbilanz beseitigt werden.

In steuerrechtlicher Hinsicht hat die Kapitalherabsetzung auf Ebene der GmbH keine unmittelbaren Folgen. Sie führt zwar zu einem Buchgewinn. Dieser unterliegt nach § 8 Abs. 1 KStG i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 1 EStG allerdings nicht der Körperschaftsteuer. Auswirkungen ergeben sich nach § 28 Abs. 2 S. 1 KStG für das steuerliche Einlagekonto und die Höhe des ausschüttbaren Gewinns. Hält der Anteilseigner die Anteile in einem Betriebsvermögen, ist bei dauernder Wertminderung über eine Teilwertabschreibung nach § 6 Abs. 1 Nr. 2 EStG nachzudenken. Die Kapitalherabsetzung als solche reicht für die Annahme jedoch nicht.

## b) Begründung stiller Beteiligungen

### aa) Unterschiedliche vertragliche Ausgestaltung

Deutlich einfacher und deutlich schneller zu vollziehen als der Kapitalschnitt ist die Aufnahme stiller Gesellchafter, wodurch ebenfalls eine externe Kapitalzuführung erreicht werden kann. Die stille Gesellschaft zeichnet sich dadurch aus, dass zwischen der Gesellschaft und dem stillen Gesellchafter eine Innengesellschaft begründet wird und der stille Gesellchafter für seine Einlage eine Gewinnbeteiligung erhält.<sup>99</sup> Auf die Rechtsform des schuldenrischen Unternehmens kommt es nicht an.

Für die Begründung der stillen Gesellschaft gilt im Grundsatz das Primat der Vertragsfreiheit, weshalb sich mannigfaltige Ausgestaltungen entwickelt haben und die stille Gesellschaft sich zu einem probaten Mittel der Kapitalbeschaffung – nicht nur in Sanierungsfällen – entwickelt hat. Der weitere Vorteil einer solchen Gestaltung, insbesondere in Sanierungsfällen, liegt darin, dass der stille Gesellchafter nach außen nicht in Erscheinung tritt und die Begründung stiller Gesellschaften auch in steuerrechtlicher Hinsicht erhebliches Gestaltungspotential beinhaltet.<sup>100</sup> Unter den vielfältigen Gestaltungsoptionen ist für die grundsätzliche Qualifikation der stillen Beteiligung und ihre rechtliche Würdigung im Wesentlichen zwischen drei Grundtypen zu differenzieren, nämlich der typisch und der atypisch stillen Gesellschaft sowie der GmbH & Still.

Eine *typisch stille Beteiligung* liegt vor, wenn die Rechte des stillen Gesellchafters nicht nennenswert über das in §§ 230 ff. HGB beschriebene Maß hinausgehen. Wird der stille Gesellchafter über die Beteiligung am Gewinn auch am Unternehmensvermögen, d. h. den stillen Reserven und einem Firmenwert beteiligt und erhält er die Möglichkeit, wie ein Kommanditist Einfluss zu nehmen, so liegt eine gesellchafterähnliche bzw. steuerrechtlich eine mitunternehmerische Stellung und damit eine *atypisch stille Beteiligung* vor.<sup>101</sup> Die Besonderheit der GmbH & Still besteht darin, dass ähnlich wie bei der GmbH & Co. KG das Trennungsprinzip für die Besteuerung der Körperschaft dadurch umgangen wird, dass der GmbH-Gesellchafter sich zugleich als stiller Gesellchafter an seiner Gesellschaft beteiligt.<sup>102</sup>

Insolvenzrechtlich hat die typisch stille Beteiligung den Vorteil, dass der Stille, soweit er in Ansehung seiner Beteiligung keinen Rangrücktritt<sup>103</sup> vereinbart hat (was allerdings häufig erfolgt), im Falle der Insolvenz der Gesellschaft als einfacher Insolvenzgläubiger im Range

<sup>99</sup> BeckOK HGB/*Hoffmann-Theinert*, 39. Ed. 15.10.2022, § 230 Rn. 7.

<sup>100</sup> Buth/*Hermanns/Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 5. Aufl. 2022, § 21 Rn. 15.

<sup>101</sup> Buth/*Hermanns/Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 5. Aufl. 2022, § 21 Rn. 20.

<sup>102</sup> Die Optionsbesteuerung nach § 1 a KStG bleibt unberührt.

<sup>103</sup> So auch BeckOK HGB/*Hoffmann-Theinert*, 39. Ed. 15.10.2022, § 236 Rn. 17.

des § 38 InsO zu qualifizieren ist und somit gem. § 236 Abs. 1 HGB mit seiner Forderung auf Rückzahlung der geleisteten Einlage jedem anderen Darlehensgeber gleichsteht.

Ist die stille Gesellschaft als atypisch stille Gesellschaft ausgestaltet, unterliegt der stille Gesellschafter mit seiner Forderung unmittelbar dem Anwendungsbereich des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO, so dass der atypisch stille Gesellschafter in der Insolvenz der Gesellschaft sein Kapital regelmäßig verliert.<sup>104</sup>

Da die Bindung des Kapitals stiller Gesellschafter in besonderer Weise dem Risiko einer Bevorzugung des stillen Gesellschafters gegenüber sonstigen Gläubigern ausgesetzt ist, hat der Gesetzgeber für die Rückzahlung von Einlagen an stille Gesellschafter mit § 136 InsO einen eigenen Anfechtungstatbestand geschaffen, was bei der sanierungsrechtlichen Gestaltung selbstverständlich nicht außer Acht gelassen werden darf.

#### *bb) Besteuerung bei typisch stiller Beteiligung*

Die stille Beteiligung wird steuerrechtlich grundsätzlich wie Fremdkapital behandelt. In der Bilanz einer GmbH wird die Einlage als Verbindlichkeit, beim Gesellschafter als Forderung verbucht. Eine gesonderte Gewinnfeststellung nach § 180 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) AO findet nicht statt. Die Gewinnanteile sind beim Unternehmen Betriebsausgaben und damit bei der Gewinnermittlung in Abzug zu bringen. Für Zwecke der Gewerbesteuer erfolgt jedoch eine Hinzurechnung nach § 8 Nr. 1 lit. c) GewStG. Beim Gesellschafter sind im Privatvermögen Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG gegeben.

Bis zur Höhe seiner Einlage kann der typisch stille Gesellschafter eine Verlustbeteiligung als Werbungskosten bei den Einnahmen aus Kapitalvermögen geltend machen. Eine über die Einlage hinausgehende Verlustbeteiligung ist gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG i. V. m. § 15a EStG als verrechenbarer Verlust gesondert festzustellen. Verluste fließen im Privatvermögen aber erst ab, wenn der Anteil berechnet und der Jahresabschluss festgestellt wird.<sup>105</sup> Über die Einlage hinausgehende Verluste können daher nur Gewinne in späteren Wirtschaftsjahren ausgleichen.<sup>106</sup> Diese Folgen sind zu berücksichtigen und deren Verträglichkeit mit den üblichen steuerlichen Verhältnissen des sanierenden stillen Gesellschafters zu würdigen.

#### *cc) Besteuerung bei atypisch stiller Beteiligung*

Die atypisch stille Gesellschaft ist demgegenüber auch für steuerliche Zwecke gesellschaftsrechtlich zu beurteilen, weshalb die atypisch stille Beteiligung ein selbstständiges Subjekt der Gewinnerzielung, Gewinnermittlung und Einkünfte-Qualifikation ist<sup>107</sup>, wohingegen die Gesellschafter (als natürliche Personen) selbst Steuerrechtssubjekt bleiben. Betreibt die atypisch stille Gesellschaft ein gewerbliches Unternehmen, werden durch sie auch gewerbliche Einkünfte vermittelt. Ist das Unternehmen allerdings nicht originär gewerblich tätig, so schlägt § 8 Abs. 2 KStG nicht auf die Ebene der stillen Gesellschaft durch.

Ob Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorliegen, ist anhand des § 15 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 EStG zu bestimmen. Unter Anwendung dieser Normen wird eine atypisch stille Gesellschaft in der Regel zur Begründung einer Mitunternehmerschaft führen, so dass in Höhe des Gewinnanteils des atypisch stillen Gesellschafters kein Betriebsausgabenabzug, sondern eine unmittelbare Gewinnzurechnung stattfindet.

Der atypisch stille Gesellschafter ist als Mitunternehmer steuerlich wie ein Kommanditist zu behandeln. Bis zur Höhe seiner Einlage kann er Verluste abziehen und verrechnen. Für

<sup>104</sup> Buth/Hermanns/Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 5. Aufl. 2022, § 21 Rn. 20.

<sup>105</sup> BFH DStR 2008, 35.

<sup>106</sup> Grundlegend zu der Anerkennung über die Einlage hinausgehender Verluste bei entsprechender Vereinbarung BFH FR 2002, 1363, dazu Kuck DStR 2003, 235.

<sup>107</sup> BFH DB 2002, 983.

über die Einlage hinausgehende Verluste, die ein negatives Kapitalkonto entstehen lassen oder erhöhen, gilt wiederum § 15a EStG in unmittelbarer Anwendung.<sup>108</sup>

Nach der Sonderregelung gem. § 15 Abs. 4 Sätze 6 bis 8 EStG sind Verluste aus atypisch stillen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nicht abziehbar und nur mit Gewinnen aus dem unmittelbar vorangegangenen oder folgenden Wirtschaftsjahr aus der gleichen Beteiligung nach Maßgabe des § 10d EStG verrechenbar. Diese Beschränkung gilt nur, wenn stiller Gesellschafter ebenfalls eine Kapitalgesellschaft ist oder soweit einer Kapitalgesellschaft durch eine „still beteiligte“ Personengesellschaft Gewinnanteile vermittelt werden.

#### dd) GmbH & Still

Durch diese Konstellation können steuerrechtliche Vorteile der Personengesellschaft mit gesellschaftsrechtlichen Vorteilen der Körperschaft verbunden werden.<sup>109</sup> In steuerlicher Hinsicht ist es für einen Gesellschafter der zu sanierenden GmbH vorteilhaft, sich als stiller Gesellschafter an „seiner“ GmbH zu beteiligen.<sup>110</sup> Durch die Neufassung des § 8a KStG ist für Sanierungen unter Inanspruchnahme des Instruments der „GmbH & Still“ allerdings wichtiges Gestaltungs- und damit auch Sanierungspotential verloren gegangen, da die stille Beteiligung immer eine gewinnabhängige Vergütung zum Gegenstand hat und die GmbH & Still damit stets den Restriktionen des § 8a KStG unterliegt.<sup>111</sup>

### IV. Forderungsverzicht durch Dritte und Gesellschafter

#### 1. Ertragsteuerliche Wirkung des Forderungsverzichts durch Dritte

Neben der internen oder externen Kapitalbeschaffung zur Stärkung der Liquidität erfordern Sanierungen in aller Regel auch eine jedenfalls anteilige Entschuldung der Gesellschaft. Kaum eine Sanierung kommt daher ohne das Verlangen gegenüber beteiligten Kreditgebern nach einem Forderungsverzicht aus.

Der Forderungsverzicht entlastet die Bilanz und führt damit zunächst zu einem Ertrag. Die steuerrechtliche Behandlung von Sanierungserträgen infolge des Forderungsverzichts hat sich seit Inkrafttreten der InsO mehrfach verändert.<sup>112</sup> Gesetzliche Grundlage für die Behandlung von Sanierungserträgen war bis zum Inkrafttreten der InsO § 3 Nr. 66 EStG aF, der mit Wirkung zum 1. 1. 1998 abgeschafft wurde.<sup>113</sup> In der Folgezeit waren Sanierungsgewinne aus der Erhöhung des Betriebsvermögens infolge eines Forderungsverzichts grundsätzlich steuerpflichtig. Mit dem BMF-Schreiben vom 27. 3. 2003<sup>114</sup> wurde die Wirkung des § 3 Nr. 66 EStG aF durch die Finanzverwaltung zumindest teilweise wiederhergestellt. Die Anwendung dieser Verwaltungsvorschrift führte zur Steuerfreiheit der in Rede stehenden Erträge. An einer gesetzlichen Regelung fehlte es jedoch.

Dies war auch der Grund dafür, weshalb der X. Senat des BFH<sup>115</sup> im Frühjahr 2015 dem Großen Senat des BFH die Rechtsfrage vorlegte, ob der Sanierungserlass des BMF gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verstoße. Mit Beschluss vom

<sup>108</sup> Auf eine detaillierte Darstellung der Anwendung von § 15a EStG wird aus Platzgründen in diesem Zusammenhang verzichtet.

<sup>109</sup> Buth/Hermanns/*Buth/Hermanns*, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 5. Aufl. 2022, § 21 Rn. 21.

<sup>110</sup> Ausführlich *Schulze zur Wiesche* BB 2004, 1363.

<sup>111</sup> Siehe oben zu den Restriktionen.

<sup>112</sup> Vgl. zur Historie ausführlich *Hölzle* ZIP 2020, 301.

<sup>113</sup> Ausführlich zum Streitstand seinerzeit *Maus* ZIP 2002, 589.

<sup>114</sup> BMF 27.3.2003 BStBl. I 2003, 240, „Sanierungserlass“ mit Anmerkung *Kanzler* FR 2003, 480.

<sup>115</sup> BFH ZIP 2015, 1352.

28.11.2016<sup>116</sup> entschied der Große Senat, dass der Sanierungserlass rechtswidrig sei, weil der Gesetzgeber die ausdrückliche Regelung zur Steuerbefreiung gem. § 3 Nr. 66 EStG aF abgeschafft habe. Es müsse der Finanzverwaltung daher verwehrt bleiben, eine Steuerbefreiung im Rahmen eines BMF-Erlasses erneut zu gewähren. Die Sanierungspraxis wurde durch diese Entscheidung in eine Schockstarre versetzt.<sup>117</sup>

Der Gesetzgeber hat hierauf jedoch in bemerkenswerter Schnelligkeit reagiert. Mit Rückwirkung zum 1.1.2017<sup>118</sup> hat der Gesetzgeber für die Behandlung von Sanierungsgewinnen § 3a EStG und damit erneut eine gesetzliche Grundlage für die Behandlung von Sanierungsgewinnen geschaffen.<sup>119</sup> Für die Anwendung und Auslegung der Norm kann in weiten Teilen auf die zu § 3 Nr. 66 EStG aF entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden.<sup>120</sup> Sanierungserträge infolge eines (anteiligen) Forderungsverzichts bleiben danach auch künftig grundsätzlich steuerfrei. Der Wille des Gesetzgebers<sup>121</sup>, die Unternehmen nicht durch die Besteuerung von Sanierungsgewinnen erneut finanziell zu belasten, ist zu begrüßen und als Ratio bei der Anwendung und Auslegung der Vorschrift im Blick zu behalten.<sup>122</sup>

Anwendbar ist § 3a EStG allerdings nur auf eine *unternehmensbezogene* Sanierung iSd § 3a Abs. 2 EStG, deren Definition vollständig mit der Definition nach dem vormaligen Sanierungserlass übereinstimmt. Eine durch Forderungsverzicht der Gläubiger entstehende Betriebsvermögensmehrung ist im übrigen nur dann *unternehmensbezogen*, wenn das Unternehmen *sanierungsbedürftig* und *sanierungsfähig* ist, der Verzicht *zur Sanierung geeignet* war, der verzichtende Gläubiger mit *Sanierungsabsicht* handelte und der Steuerpflichtige über das Vorliegen dieser Voraussetzungen den entsprechenden Nachweis führt. Für Letzteres kann die Vorlage eines Sanierungsplans oder eines Insolvenzplans dienen.<sup>123</sup> Gem. § 3a Abs. 3 S. 4 EStG erfolgt die Freistellung des verbleibenden Sanierungsertrags, dies allerdings um den Preis, dass nach § 3a Abs. 3 S. 5 EStG bestehende verrechenbare Verluste untergehen.

Aufwendungen, die mit der Sanierung im Zusammenhang stehen, unterliegen dem Abzugsverbot gem. § 3c Abs. 4 EStG. Sie erlangen bei der Berechnung des verbleibenden Sanierungsertrages gem. § 3a Abs. 3 S. 1 und 2 EStG Bedeutung. Erhöhen Sanierungsaufwendungen den Verlust i. S. d. § 3a Abs. 3 EStG, greift nach § 3c Abs. 4 S. 2 EStG das Abzugsverbot des § 3c Abs. 4 S. 1 EStG nicht. Davon betroffen sind die in § 3a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 bis 13 EStG genannten Verlustverrechnungsmöglichkeiten, so dass die in Rede stehenden Aufwendungen den Sanierungsertrag mindern.<sup>124</sup>

Schließlich ist auf § 7b Abs. 1 GewStG hinzuweisen, der die §§ 3a und 3c Abs. 4 EStG für entsprechend anwendbar erklärt. Das führt dazu, dass auch für Zwecke der Gewerbesteuer vorrangig bestehende Verluste zu verrechnen sind und auch im Gewerbesteuerrecht eine Privilegierung durch eine Steuerbefreiung besteht.

<sup>116</sup> BFH ZIP 2017, 338.

<sup>117</sup> Vgl. nochmals ausführlich Hölzle ZIP 2020, 301 ff.

<sup>118</sup> Zum zeitlichen Anwendungsbereich siehe im Detail BeckOK EStG/Bleschick, 15. Ed. 1.3.2023, § 3a Rn. 35.

<sup>119</sup> Nachdem der BFH DStR 2017, 305 im Sanierungserlass einen Verstoß gegen Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sah. Siehe zum Verhältnis von Bundesfinanzhof und Finanzverwaltung auch Hölzle ZIP 2020, 301, 303.

<sup>120</sup> BFH NZI 2021, 591 zum Tatbestandsmerkmal der unternehmensbezogenen Sanierung.

<sup>121</sup> BT-Drs. 18/12128, 31.

<sup>122</sup> Dabei wird zunächst auf die rechtliche Behandlung von Körperschaften abgestellt. Auf die Besonderheiten bei Personengesellschaften wird gesondert eingegangen.

<sup>123</sup> BeckOK EStG/Bleschick, 15. Ed. 1.3.2023, § 3a Rn. 316 mwN.

<sup>124</sup> BeckOK EStG/Bleschick, 15. Ed. 1.3.2023, § 3a Rn. 338.



## 2. Ertragsteuerliche Würdigung des Forderungsverzichts durch Gesellschafter

Handelt es sich um einen Forderungsverzicht des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, ist § 3a EStG allerdings nur mit Einschränkungen anwendbar. Dies ist konsequenterweise darauf zurückzuführen, dass Gesellschafter ihre Entscheidungen nicht nur – wie alle übrigen Gläubiger – aus schuldrechtlicher Veranlassung, sondern ggf. auch oder überwiegend aus gesellschaftsrechtlicher Veranlassung treffen. Die ertragsteuerliche Wirkung des Forderungsverzichts durch Dritte kann daher nur insoweit auf Gesellschafter übertragen werden, wie deren Entscheidung nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist.

### a) Gesellschaftsebene

#### aa) Unterscheidung zwischen betrieblicher und gesellschaftsrechtlicher Veranlassung

Verzichtet ein Gesellschafter auf eine Forderung gegenüber der Gesellschaft, gelten die allgemeinen Rechtsfolgen des § 3a Abs. 1 EStG für den Forderungsverzicht nur dann, wenn der Verzicht nicht durch das Gesellschaftsverhältnis, sondern (ausnahmsweise) betrieblich veranlasst ist.<sup>125</sup> Die naturgemäß schwierige Abgrenzung zwischen betrieblicher und gesellschaftsrechtlicher Veranlassung ist für die steuerliche Behandlung des Forderungsverzichts des Gesellschafters von erheblicher Bedeutung.

Liegt die Veranlassung für den Forderungsverzicht nämlich im Beteiligungsverhältnis, wird der Gesellschaft wegen des Wegfalls der Verbindlichkeit in der Regel ein Vermögensvorteil zugewandt, den ein Dritter gerade nicht gewährt haben würde. In der Konsequenz wäre es unbillig, dieselbe Privilegierung dem Gesellschafter ebenfalls zu gewähren, obgleich der Verzicht einem Fremdvergleich nicht standhält. Ein solcher Fremdvergleich erfolgt mit (hypothetischen) Gläubigern, um die Veranlassung des Verzichts zu bestimmen.

Eine fehlende Beteiligung der wesentlichen Gläubiger an der Sanierung zum Beispiel führt zu der Vermutung einer überwiegend gesellschaftsrechtlichen Veranlassung.<sup>126</sup> Schließt sich der Gesellschafter im Rahmen einer außergerichtlichen Sanierung dem durch eine nennenswerte Zahl von Gläubigern erklärten (teilweisen) Forderungsverzicht an, so ist demgegenüber davon auszugehen, dass der Forderungsverzicht nicht durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist.<sup>127</sup>

Leistet ein Gesellschafter hingegen einen höheren Beitrag als fremde Dritte, indem er etwa auf einen größeren Forderungsteil verzichtet, so ist der überschießende Teil wiederum durch die Beteiligung veranlasst.<sup>128</sup> Während die gesellschaftsrechtliche Veranlassung eines vom Gesellschafter erklärten Rangrücktritts auch beim Forderungsverzicht fortwirkt,<sup>129</sup> hat ein gesetzlicher Nachrang (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO) diese Wirkung gerade nicht und begründet für sich allein keine gesellschaftsrechtliche Veranlassung.<sup>130</sup> Auch wenn es an gleichlautenden Verzichten von Drittgläubigern fehlt, kann jedoch bei einem Gesellschafterverzicht von einer betrieblichen Veranlassung zum Beispiel dann auszugehen sein, wenn ein ausreichend besichertes Kreditinstitut die Prolongation eines Kreditengagements unter die Bedingung stellt, dass der Gesellschafter auf ein Darlehen verzichtet.<sup>131</sup> Ferner kann die fehlende Beteiligung von Gläubigern der betrieblichen Veranlassung nicht entgegenstehen, wenn der Gesellschafter die Rolle des einzigen wesentlichen Gläubigers einnimmt.

<sup>125</sup> Kahlert DStR 2017, 1897, 1901.

<sup>126</sup> BFH FR 1992, 16 und Förster DStR 2023, 1041, 1043 mwN.

<sup>127</sup> Brandis/Heuermann/Krumm, Ertragsteuerrecht, 166. EL Februar 2023, EStG § 3a Rn. 27.

<sup>128</sup> Schmidt/Levedag, EStG, 42. Aufl. 2023, § 3a Rn. 25.

<sup>129</sup> Brandis/Heuermann/Krumm, Ertragsteuerrecht, 166. EL Februar 2023, EStG § 3a Rn. 28.

<sup>130</sup> Schmidt/Levedag, EStG, 42. Aufl. 2023, § 3a Rn. 25; aA Herrmann/Heuer/Raupach/Hallerbach, EStG/KStG, 318. Lfg. 5/2023, § 3a EStG Rn. 29 aE.

<sup>131</sup> Buth/Hermanns/Buth/Hermanns, Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz, 5. Aufl. 2022, § 46 Rn. 121.

Die steuerliche Behandlung eines Gesellschafterverzichts wurde durch die Entscheidung des Großen Senats des BFH vom 9.6.1997<sup>132</sup> grundlegend geregelt; diese Entscheidung beansprucht Geltung bis heute. Danach ist bei festgestellter gesellschaftsrechtlicher Veranlassung eine verdeckte Einlage in Höhe des im Zeitpunkt des Verzichts werthaltigen Teils der Forderung gegeben. Die in dieser Weise erfolgte Erhöhung des Eigenkapitals ist steuerneutral, so dass es auf die Anwendung von § 3a EStG nicht ankommt. In der Differenz zum Nennwert der etwaigen Forderung (also in Höhe des nicht werthaltigen Anteils) ergibt sich eine erfolgswirksame Betriebsvermögensmehrung, die wegen der gesellschaftsrechtlichen (Mit-)Veranlassung der Freistellung durch § 3a EStG nicht zugänglich ist.

#### *bb) Kritik und Stellungnahme zu der Unterscheidung des BFH*

Die Differenzierung nach einem gesellschaftsrechtlich und einem betrieblich veranlassten Verzicht und die sich daran anknüpfenden Rechtsfolgen sind nicht frei von Kritik. So soll nach *Pöschke* auch der nicht werthaltige Teil wegen der gesellschaftsrechtlichen Motivation des Verzichts eine verdeckte Einlage darstellen, so dass insgesamt ein Ertrag nicht entsteht.<sup>133</sup> *Pöschke* setzt damit auf Ebene der Bewertung der verdeckten Einlage an, weshalb der Anwendungsbereich des § 3a EStG überhaupt nicht eröffnet wäre. Dabei setzt er allerdings voraus, dass eine einheitliche gesellschaftsrechtliche Veranlassung bestehe.

Dagegen wird eingewandt, dass die einheitliche Bestimmung der Veranlassung nicht zielführend sei, sondern vielmehr der nicht werthaltige Teil der vom Gesellschafter erlassenen Forderung stets als betrieblich veranlasst anzusehen sei.<sup>134</sup> Für diesen Teil der Forderung sei dann § 3a EStG anwendbar. Gemeinsam ist beiden Ansichten das Ergebnis, dass nämlich der nicht werthaltige Anteil der Forderung gerade nicht der Besteuerung unterworfen werden soll, um die mit § 3a EStG verfolgten Ziele der Erleichterung der Sanierung von Unternehmen nicht zu konterkarieren. Zuzustimmen ist der Auffassung von *Förster*<sup>135</sup>, wonach eine Aufteilung der Forderung erfolgen muss: der werthaltige Teil der erlassenen Schuld stellt eine gesellschaftsrechtlich begründete Vermögensmehrung dar und bleibt wegen des Charakters als Einlage außer Ansatz, während der nicht werthaltige Teil eine betrieblich begründete Vermögensmehrung i. S. d. § 3a EStG ist.

Die fehlende Werthaltigkeit überlagert dabei die ursprüngliche gesellschaftsrechtliche Mitveranlassung. Diese sanierungsfreundliche Auffassung steht auch mit der Vorstellung des Gesetzgebers zur Ratio des § 3a EStG im Einklang. Die Rechtfertigung für die differenzierte Betrachtung und differenzierte Anwendung der Rechtsfolgen auf eine einheitliche Forderung liegt in dem differenzierten Motiv des Gesellschafters und einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise.<sup>136</sup> Für die Entscheidung, ob ein Verzicht erklärt wird, ist es durchaus relevant, ob und inwieweit der Gesellschafter noch mit Befriedigung seiner Forderung rechnen kann.<sup>137</sup> Der nicht werthaltige Teil hat für den Gesellschafter keine über das betriebliche Interesse hinausgehende gesellschaftsrechtliche Bedeutung, so dass auch fremde Dritte darauf verzichten hätten. Ein betrieblich begründeter Schuldenerlass i. S. d. § 3a Abs. 2 EStG liegt somit in dieser Höhe vor und führt bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zu einer Steuerbefreiung.

---

<sup>132</sup> DStR 1997, 1282.

<sup>133</sup> *Pöschke* NZG 2017, 1408, 1414.

<sup>134</sup> *Förster* DStR 2023, 1041, 1043.

<sup>135</sup> DStR 2023, 1041, 1044 auch zum Verhältnis eines gesellschaftsrechtlich veranlassten Darlehens i. S. d. § 17 Abs. 2a S. 3 Nr. 2 EStG und einem später möglichen betrieblich veranlassten Schuldenerlass.

<sup>136</sup> AA *Kahlert/Schmidt* DStR 2017, 1897, 1900.

<sup>137</sup> So auch *Förster* DStR 2023, 1041, 1044 mit dem Verweis auf die Möglichkeit der betragsmäßigen Aufteilung einer Forderung.