

Chancen in der Krise

2009

CHANCEN IN DER KRISE

Der vorliegende Tagungsband fasst die Vorträge und Diskussionen des **9. P+P-Private-Equity-Wochenendes im Kloster Seon** für interessierte Mandanten, Kollegen und Freunde zusammen. Das P+P-Private-Equity-Wochenende fand dieses Jahr am 31. Januar und 1. Februar 2009 statt und stand ganz unter dem Thema „*Chancen in der Krise*“. In Ergänzung zur laufenden internen Ausbildung dient dieses jährlich stattfindende Private-Equity-Wochenende dem fachlichen Austausch sowohl im Kreise der P+P-Anwälte als auch mit P+P freundschaftlich verbundenen Hochschullehrern, Doktoranden, Referendaren und anderen Gästen. Den Beiträgen der Mitarbeiter von P+P vorangestellt ist die Abschrift einer Begrüßungsrede von Prof. Dr. Reinhard Pöllath anlässlich des Abendempfangs in unserem Berliner Büro vom 3. Februar 2009 im Rahmen der SuperReturn International 2009 Conference. Für Fragen, Anmerkungen und Diskussionen stehen alle Autoren gerne zur Verfügung.

P+P Pöllath + Partners gilt als „die“ auf Private Equity spezialisierte Rechts- und Steuerberatungs-Praxis in Deutschland. P+P war von Anfang an dabei: sowohl bereits in den 80er Jahren mit der Gründung der ersten deutschen und auf Deutschland gerichteten Private Equity-Fonds (PE-Fonds) für Buy-Outs und Venture Capital als auch mit der Betreuung der ersten großen deutschen Private Equity-Anleger, aber auch heute noch täglich mit Beratung, Gestaltung und Durchführung von Transaktionen für Käufer und Verkäufer. P+P betreibt darüber hinaus zum einen aktiv **Ausbildung** für Private Equity (z.B. mit **MUPET/Munich Private Equity Training**, welche im Juni 2009 zum 9. Mal stattfindet oder mit den **Postgraduierten-Studiengängen** (LL.M./MBA) M&A/Mergers & Acquisitions, Steuerwissenschaften, Real Estate und Private Wealth Management an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster). Zum anderen fördert P+P die **Aufklärung** über Private-Equity (z.B. mit der gemeinnützigen Stiftung DVCI/Dt. VC-Institut oder mit Gutachten und Symposien zur Versachlichung der Diskussion zum Private-Equity; beispielsweise für Bundes- und Länderfinanzminister).

Zu Private Equity berät P+P rechtlich und steuerlich („integriert“) auf allen Ebenen:

- bei der Strukturierung von **PE-Fonds** durch Initiatoren,
- bei der **Prüfung und Auswahl** von PE-Fonds durch institutionelle und private **Anleger**,
- bei kleinen und großen **Transaktionen** (Kauf, Verkauf, Umstrukturierung) für und gegen PE-Fonds und andere Marktteilnehmer,
- bei Spezial- und Größt-Transaktionen und -Strukturierungen, z. B. Wohnungs- und andere Immobilien-Bestände und

- bei **Management**-Beteiligungsprogrammen für Management und für Verkäufer, Käufer oder Fonds.

Charakteristisch für P+P ist die Verbindung von **Recht und Steuern** und von **Unternehmenskauf (M&A) und Private Equity (Fonds und Manager)**.

Im jüngsten Ranking z. B. von Who's Who Legal 2008 hat P+P mit insgesamt zehn die meisten Nominierungen von herausragenden Anwälten aller Kanzleien in diesen drei Bereichen in Deutschland und wird als eine von nur zwei Firmen in allen diesen Bereichen als führend eingestuft. Zudem ist P+P in diesem Top-Segment die kleinste Firma mit einem besonders hohen Anteil persönlicher Beratung.

Hinweise zu aktuellen Entwicklungen im Bereich Private Equity finden Sie auch auf unserer Homepage www.pplaw.com unter der Rubrik „News“.

Berlin / Frankfurt / München, im Juni 2009

Die Herausgeber

**Steuerliche Probleme der Schulden-Restrukturierung
am Beispiel ausländischer Kapitalgesellschaften
mit inländischen Immobilien**

Dr. Gerhard Specker*

* P+P Berlin; Kontaktdaten am Ende des Textes

A. Schulden-Restrukturierung und steuerliche Probleme

In Zeiten einer ausgeprägten Krise, die sich von einer Finanzkrise zunehmend zu einer ernsthaften Krise zahlreicher anderer Märkte entwickelt, leiden viele Unternehmen unter einer zu hohen Schuldenlast. Gleichzeitig kann der aktuelle wirtschaftliche „Wert“ dieser Verbindlichkeiten für die Gläubiger erheblich unter den Nominalwert der ausgereichten Darlehensforderungen sinken. Dann werden Maßnahmen einer Restrukturierung dieser Schulden aktuell („Debt Restructuring“). Dabei kann es auch im Interesse der Gläubiger liegen, angeschlagene Forderungsbestände abzubauen und dabei auch deutliche Wertabschläge in Kauf zu nehmen.

Als konkrete Maßnahmen bieten sich – neben einem völligen Verzicht des Gläubigers auf die Forderung ohne Gegenleistung – ein Verkauf der Forderung unter ihrem Nennwert oder ihre Einbringung in das Schuldner-Unternehmen gegen Beteiligungsrechte („Debt Equity Swap“) an. Diese Maßnahmen lassen sich im Hinblick auf folgende Kriterien unterscheiden, die für die wirtschaftliche wie rechtliche Beurteilung entscheidend sind: 1) Entweder *verkauft* der Gläubiger seine Forderung oder er *tauscht* sie gegen eine Beteiligung ein. Im ersten Fall entledigt er sich der Forderung, im zweiten Fall bleibt er als Gesellschafter statt als Gläubiger am Schicksal des Schuldner-Unternehmens beteiligt. Und 2): Entweder *erlischt* die Forderung, oder sie *bleibt bestehen*. Dies hängt davon ab, ob sie an die Schuldner-Gesellschaft selbst oder an eine andere Gesellschaft verkauft bzw. in diese eingebracht wird. Aus der Kombination dieser Kriterien ergeben sich vier Grundfälle, die jeweils besondere steuerliche Probleme mit sich bringen (vgl. im Überblick unter E.).

Weniger Probleme wirft der Fall auf, dass der Gläubiger die Forderung an einen Dritten veräußert, ggf. unter ihrem Nominalwert mit einem entsprechenden Verlust, der auch bereits durch eine entsprechende Abschreibung der Forderung entstehen kann. Die Veräußerung an einen Dritten setzt allerdings voraus, dass sich ein Kaufwilliger findet. Dabei kann es sich z.B. um Private Equity Fonds handeln, die in Restrukturierungsfälle investieren und notleidende Forderungen mit ggf. hohen Kaufpreisabschlägen erwerben.

In diesem Beitrag werden jedoch die Fälle thematisiert, in denen sich kein kaufbereiter Dritter findet und der Gläubiger die Forderung entweder an die Schuldner-Gesellschaft selbst oder an eine dieser nahe stehenden Gesellschaft (ggf. auch eine neu gegründete Zweck-Gesellschaft) veräußert bzw. die Forderung gegen eine Beteiligung an der Schuldner-Gesellschaft oder eine nahe stehende Gesellschaft einbringt.

Aus der Sicht einer ausländischen, beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft, die in Deutschland belegene Grundstücke vermietet, stellen sich vor dem Hintergrund dieser Schulden-Restrukturierung vor allem die folgenden steuerlichen Fragen:

- Führt der Wegfall der Verbindlichkeit zu einem steuerpflichtigen Gewinn im Rahmen der Vermietungseinkünfte der Schuldner-Gesellschaft?
- Hätte Deutschland das Besteuerungsrecht für diesen Gewinn?
- Führen der Erwerb durch eine nahe stehende Gesellschaft bzw. die spätere Tilgung der Darlehensforderung durch die Schuldner-Gesellschaft zu einer verdeckten Gewinnausschüttung?
- Sind die Zinszahlungen an eine ausländische, nahe stehende Gesellschaft in Deutschland steuerpflichtig?
- Führt die Übertragung der Forderung auf eine nahe stehende Gesellschaft zur Anwendung der Zinsschranke bei der Schuldner-Gesellschaft?
- Führt die Einbringung der Forderung in die Schuldner-Gesellschaft oder in eine nahe stehende Gesellschaft zum Untergang von Verlustvorträgen der Schuldner-Gesellschaft?

B. Deutsche Steuerpflicht aufgrund Wegfalls einer Verbindlichkeit einer beschränkt steuerpflichtigen Immobilien-Gesellschaft?

Zum Wegfall einer Verbindlichkeit kommt es grundsätzlich in den Fällen, in denen der Gläubiger die Forderung an die Schuldner-Gesellschaft verkauft oder in diese als Sacheinlage gegen Gesellschaftsrechte einbringt. Diese Fälle führen wie der Verzicht des Gläubigers auf eine Darlehensforderung grundsätzlich zum Wegfall der Verbindlichkeit (Konfusion).

I. Unsicherheit bei der Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen?

Vor allem im Zusammenhang mit einem (teilweisen) Verzicht des Gläubigers auf seine Darlehensforderung, die der Sanierung eines überschuldeten Unternehmens dienen soll, kommt eine Steuerbefreiung des dadurch ausgelösten Sanierungsgewinns in Betracht. Bei einem Unternehmen mit Einkünften aus Gewerbebetrieb, die durch Betriebsvermögensvergleich ermittelt werden, führt der Verzicht auf eine passivierte Verbindlichkeit durch den Gläubiger zwangsläufig zu einem Ertrag. Der Ertrag entsteht in Höhe der passivierten Verbindlichkeit, selbst wenn ihr wahrer wirtschaftlicher Wert längst weit darunter gefallen sein sollte. Aufgrund dieses bilanztechnischen Zusammenhangs erzielt das Unternehmen einen Ertrag, obwohl gerade seine schlechte wirtschaftliche Situation Anlass für den Wertverlust der Verbindlichkeit und für den Verzicht des Gläubigers ist. Dieser Ertrag ist aufgrund der Ermittlung der Einkünfte durch Betriebsvermögensvergleich grundsätzlich auch in voller Höhe steuerpflichtig.

Bis 1997 sah § 3 Nr. 66 EStG allerdings eine eigene Steuerbefreiung für sog. „Sanierungsgewinne“ vor.¹ Trotz Abschaffung dieser Steuerbefreiung will die Finanzverwaltung Sanierungsgewinne aber auch weiterhin bei Vorliegen von Sanierungsbedürftigkeit, Sanierungsseignung und Sanierungsabsicht durch Erlass der Steuer nach § 227 AO steuerfrei belassen.² Ob diese von der Verwaltung trotz Abschaffung der gesetzlichen Steuerbefreiung fortgeführte Privilegierung eines Sanierungsgewinns im Wege des Steuererlasses noch in Betracht kommt, ist unter den Finanzgerichten allerdings umstritten. Während das Finanzgericht München³ dafür keine Rechtsgrundlage sieht, lassen das Finanzgericht Münster wie das Finanzgericht Köln⁴ die Steuerfreiheit unter bestimmten Bedingungen weiterhin zu.⁵ Die Ablehnung durch das Finanzgericht München sowie die von den anderen Finanzgerichten formulierten Voraussetzungen schaffen jedoch eine erhebliche Rechtsunsicherheit, während gleichzeitig die gegenwärtige Finanz- und Wirtschaftskrise die Aktualität dieses Themas verschärft. Im Schrifttum⁶ wird daher zu Recht ein Einschreiten des Gesetzgebers gefordert, als Reaktion auf die Finanzkrise über die steuerlichen Sonderregeln in § 14 FMStabG⁷ hinausgehend auch die Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen wieder gesetzlich zu verankern.

Die Voraussetzungen der Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen sind nach gegenwärtiger Rechtslage also unsicher und erfassen ohnehin nicht alle Fälle geplanter Schuldenrestrukturierungen. Daher werden die Voraussetzungen dieser Steuerbefreiung hier nicht weiter vertieft.

II. Der Gewinn aufgrund Wegfalls einer Verbindlichkeit als Einkünfte aus § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) EStG n.F.?

1. Ermittlung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) aa) EStG n.F.

Führt der Wegfall von Verbindlichkeiten danach zu einem steuerpflichtigen Ertrag, stellt sich die Frage, ob dies im Besonderen auch für solche ausländischen Kapitalgesellschaften gilt, die in Deutschland lediglich mit Einkünften aus der Vermietung von Immobilien beschränkt steuerpflichtig sind. Hier ist es durch das Jahressteuergesetz 2009 zu einem Wechsel der Einkunftsart ge-

¹ Vgl. *Heinicke*, in: Schmidt, EStG, 27. Aufl. 2008, § 3 ABC „Sanierungsgewinn“; *Wagner*, BB 2008, 2666.

² BMF-Schreiben vom 27.3.2003, BStBl. I 2003, 240.

³ Finanzgericht München vom 12.12.2007, EFG 2008, 615; Rev. BFH VIII R 2/08.

⁴ Finanzgericht Köln vom 24.4.2008, 6 K 2488/06; Rev. BFH X R 34/08; Finanzgericht Münster vom 27.5.2004, EFG 2004, 1572.

⁵ Vgl. dazu *Wagner*, BB 2008, 2666.

⁶ Vgl. *Eilers/Bühning*, DStR 2009, 137, 138 f.

⁷ Vgl. dazu *Markert/Specker*, Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz – ein Überblick, in: „fachdienst mergers & acquisitions“ (beck-online), Ausgabe 22/2008.

kommen: Vermietungseinkünfte ausländischer Kapitalgesellschaften – sofern sie keiner inländischen Betriebsstätte und keinem Ständigen Vertreter zuzurechnen sind – sind nicht mehr nach § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG a. F. Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung, sondern jetzt nach § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) aa) EStG Einkünfte aus Gewerbebetrieb.⁸ Dies hat zunächst Konsequenzen für die Gewinnermittlung: Solche Einkünfte sind keine Überschusseinkünfte im Sinne des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG mehr, sondern nach den §§ 4 ff. EStG zu ermittelnde Gewinneinkünfte. Dabei kommt auch eine Gewinnermittlung durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG in Betracht, falls das ausländische Unternehmen nicht buchführungspflichtig ist bzw. nicht selbst entsprechende Bücher führt. Aber auch eine Buchführungspflicht aus § 141 AO (bei Überschreiten der dortigen Umsatz- bzw. Gewinn Grenzen) entsteht erst nach einer entsprechenden Mitteilung des Finanzamts. Daher kann eine Buchführungspflicht frühestens ab 2010 bestehen.⁹

Zumindest in 2009 kommt daher auch eine Gewinnermittlung für die Vermietungseinkünfte durch Einnahmen-Überschuss-Rechnung gemäß § 4 Abs. 3 EStG in Betracht. Mangels Aufstellung einer Bilanz sind daher auch betriebliche Verbindlichkeiten nicht passiviert, so dass deren Wegfall nicht bereits aus bilanztechnischen Gründen zu einem steuerpflichtigen Ertrag führt. Vielmehr ist zu untersuchen, ob die Verbindlichkeit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) aa) EStG überhaupt zuzuordnen ist.

Bis 2008 wäre der Wegfall der Verbindlichkeit im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 6 EStG jedenfalls nicht steuerpflichtig gewesen, da sowohl das Grundvermögen als auch Darlehensverbindlichkeiten zu seiner Anschaffung in der für die Erzielung von Überschusseinkünften nach § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG irrelevanten Vermögenssphäre verblieben.

2. Zuordnung zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung?

Die Frage der Zuordnung der Verbindlichkeit zu den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung stellt sich ab 2009 aber selbst dann, wenn eine Bilanzierungspflicht besteht oder die Einkünfte bereits freiwillig durch Betriebsvermögensvergleich ermittelt werden. Dann wäre die Verbindlichkeit im Rahmen dieser Einkünfte-Ermittlung zu passivieren und der Verzicht darauf würde zu Einkünften aus Vermietung führen. Diese Zweifel ergeben sich aus dem ausdrücklichen Einkünfte-Doppeltatbestand des § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) EStG, der neben den Vermietungseinkünften unter aa) auch wie bisher unter bb) die Einkünfte aus der Veräußerung inländischer Immobilien erfasst und darin offensichtlich zwei verschiedene Einkunftsquellen sieht.¹⁰ Diese systematischen Gründe sprechen dann auch für eine *getrennte* Ermittlung dieser beiden Einkunftsquellen. Infol-

⁸ Vgl. dazu auch den Beitrag von *Lohbeck* in diesem Band.

⁹ Vgl. dazu näher *Töben/Lohbeck/Fischer*, FR 2009, 151.

¹⁰ Vgl. *Töben/Lohbeck/Fischer*, FR 2009, 151; *Mensching*, DStR 2009, 96, 98.

gedessen ist das vermietete Grundvermögen nicht im Rahmen der gewerblichen Vermietungseinkünfte zu erfassen und zu bilanzieren, da diese Einkünfteermittlung nicht dem Zweck dienen kann, die Einkünfte aus der Veräußerung bzw. anderweitigen Realisierung von stillen Reserven des Grundvermögens zu ermitteln.¹¹ Dann ist aber auch eine Darlehensverbindlichkeit, die dem Erwerb des Grundvermögens gedient hat, nicht den Vermietungseinkünften zuzuordnen, so dass auch ein Verzicht auf die Darlehensverbindlichkeit nicht zu den Vermietungseinkünften gehört. Da die Gesetzesbegründung aber offensichtlich von einer *einheitlichen* Ermittlung der Einkünfte aus § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) EStG ausgeht¹², ist derzeit unklar, ob der Wegfall der Verbindlichkeit im Rahmen der Vermietungseinkünfte aus § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) aa) EStG zu erfassen ist.

3. Fazit

Bei einer Schulden-Restrukturierungsmaßnahme gegenüber einer ausländischen Kapitalgesellschaft mit Vermietungseinkünften in Deutschland, die den Wegfall der Darlehensverbindlichkeit bewirkt, ist derzeit unklar, ob daraus ein im Rahmen des § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) aa) EStG steuerpflichtiger Gewinn entstehen kann. Dies gilt für den simplen Verzicht auf die Darlehensforderung wie auch für ihren Verkauf an die Schuldner-Gesellschaft oder für ihre Einbringung als Sacheinlage gegen eine Beteiligung an der Schuldner-Gesellschaft (siehe dazu noch näher unter D. I.).

III. Besteuerung des Gewinns nach DBA-Recht

Selbst wenn aber dieser Ertrag in Deutschland grundsätzlich steuerpflichtig wäre, kann das deutsche Besteuerungsrecht dafür nach dem jeweiligen DBA ausgeschlossen sein. Deutschland als Quellenstaat kann grundsätzlich ein Besteuerungsrecht für Vermietungseinkünfte als Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen geltend machen (vgl. Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 OECD-MA). Ob aber der Ertrag, der aus dem Wegfall einer Darlehensverbindlichkeit entsteht, zu den Einkünften aus der „unmittelbaren Nutzung, der Vermietung oder Verpachtung sowie jeder anderen Art der Nutzung unbeweglichen Vermögens“ (Art. 6 Abs. 3) zählt, ist zweifelhaft. Diese Vorschrift erfasst jede Art der „Nutzung“ unbeweglichen Vermögens – andererseits kann nur eine solche „Nutzung“ zu Einkünften aus unbeweglichem Vermögen führen.¹³ Nutzung ist der zeitlich begrenzte Einsatz des Grundvermögens als Einkunftsquelle.¹⁴ Erforderlich ist ein „wirtschaftlicher Veranlassungszusammenhang“ zwischen dem genutzten Grundvermögen und den daraus erzielten Einkünften.¹⁵

¹¹ Vgl. *Töben/Lohbeck/Fischer*, FR 2009, 151.

¹² Vgl. BT-Drs. 16/10189, S. 58 f.

¹³ *Reimer*, in: *Vogel/Lehner*, DBA, Art. 6 Rn. 131 f.

¹⁴ *Reimer*, in: *Vogel/Lehner*, DBA, Art. 6 Rn. 135.

¹⁵ *Reimer*, in: *Vogel/Lehner*, DBA, Art. 6 Rn. 146.

Beim Wegfall einer Darlehensverbindlichkeit aufgrund einer Schulden-Restrukturierung besteht ein solcher wirtschaftlicher Veranlassungszusammenhang zu dem einen oder zu den mehreren von der Schuldner-Gesellschaft gehaltenen inländischen Grundstücken nicht mehr. Zwar kann das betroffene Darlehen dem ursprünglichen Erwerb der Grundstücke gedient haben. Die Schulden-Restrukturierung durch Verzicht, Verkauf oder Einbringung der Darlehensforderung, die aufgrund ihres Wegfalls aus bilanztechnischen Gründen zu einem Ertrag führen kann, dient aber nicht mehr der „Nutzung“ des Grundvermögens, sondern der Restrukturierung der Kapitalseite der Gesellschaft. Dieser Ertrag geht nicht auf die Nutzung des Grundvermögens zurück und stammt daher nicht aus unbeweglichem Vermögen. Zwar fallen die Vermietungseinkünfte unter Art. 6 OECD-MA. Und ausnahmsweise können auch andere Einkünfte von der „Attraktivkraft“ der Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen erfasst werden.¹⁶ Das betrifft etwa Fälle, in denen der Steuerpflichtige geringwertige Nebenleistungen zur unmittelbaren Nutzung unbeweglichen Vermögens erbringt.¹⁷ Damit sind die hier diskutierten Fälle aber nicht vergleichbar. Folglich hat Deutschland aus Art. 6 OECD-MA (und vergleichbaren Abkommen) ohnehin kein Besteuerungsrecht für die entsprechenden Einkünfte.

IV. Fazit

Für die hier diskutierten Schulden-Restrukturierungen bei ausländischen Immobilien-Kapitalgesellschaften ohne inländische Betriebstätte ist schon unklar, ob der durch den Wegfall einer Darlehensverbindlichkeit entstehende Gewinn überhaupt im Rahmen ihrer Einkünfte aus Vermietung gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) aa) EStG erfasst wird. Jedenfalls hat Deutschland dafür aus Art. 6 OECD-MA (und vergleichbaren Abkommen) kein Besteuerungsrecht.

C. Steuerliche Probleme bei Übertragung der Darlehensforderung auf eine verbundene Gesellschaft

Wenn die Forderung dagegen nicht an die Schuldner-Gesellschaft selbst verkauft oder in diese eingebracht wird, sondern an eine andere Gesellschaft verkauft wird, bleibt die Forderung mit ihrem Nominalwert erhalten. Ein Ertrag aus dem Wegfall der Verbindlichkeit kann daher nicht entstehen, und die bisher diskutierten steuerlichen Probleme stellen sich nicht. Wird die Forderung aber mangels dritter Käufer an eine der Schuldner-Gesellschaft nahe stehende Person (z.B. die Muttergesellschaft) übertragen, sei es aufgrund Verkaufs oder wiederum aufgrund einer Sacheinlage gegen Gesellschaftsrechte, stellen sich andere steuerliche Themen. Dazu zählt auch die Frage, ob dieser Erwerb der Darlehensforderung (zu ihrem Nominalwert) bzw. die spätere volle Tilgung zu einer verdeckten Gewinnausschüttung der Schuldner-Gesellschaft führen kann.

¹⁶ Reimer, in: Vogel/Lehner, DBA, Art. 6 Rn. 148 ff., 193 f.

¹⁷ Reimer, in: Vogel/Lehner, DBA, Art. 6 Rn. 149, 194.

I. Verdeckte Gewinnausschüttung bei Erwerb der Forderung durch die Muttergesellschaft?

Eine verdeckte Gewinnausschüttung einer Körperschaft ist eine Vermögensminderung bzw. verhinderte Vermögensmehrung, die zu einer Reduzierung des Unterschiedsbetrags im Sinne des § 4 Abs. 1 EStG führt, durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst ist und in keinem Zusammenhang mit einer offenen Ausschüttung steht.¹⁸

Der Ankauf von Darlehensverbindlichkeiten durch Gesellschafter der schuldenden Kapitalgesellschaft war gelegentlich Gegenstand finanzgerichtlicher Rechtsprechung. Danach kann die spätere Tilgung einer im Zusammenhang mit dem Erwerb einer GmbH-Beteiligung angekauften, nahezu wertlosen Darlehensforderung gegen die GmbH eine verdeckte Gewinnausschüttung sein, wenn der Forderungserwerb als solcher nicht anzuerkennen ist, weil ein vernünftiger Verkäufer vor dem Verkauf der GmbH-Beteiligung auf die wertlose Forderung gegen die GmbH verzichtet hätte.¹⁹ Im Urteilsfall wurde die Forderung von der Ehefrau des Käufers der GmbH-Anteile in ihr Privatvermögen hinein erworben, so dass die spätere Rückzahlung des Darlehens zum Nennwert durch die GmbH, also zu einem Vielfachen des Kaufpreises, nach der Planung der Beteiligten steuerfrei bleiben sollte.²⁰ Nach einer anderen Entscheidung kann aber auch schon der Erwerb der Forderung durch die Muttergesellschaft unter ihrem Nennwert zu einer verdeckten Gewinnausschüttung in Höhe der Differenz zum Kaufpreis führen. Die verdeckte Gewinnausschüttung wird hier auf die sog. Geschäftschancenlehre gestützt. Danach soll die Muttergesellschaft eine eigentlich der Schuldner-Gesellschaft zustehende Chance genutzt haben, sich der Verbindlichkeit zu einem günstigen Preis zu entledigen. Für die Überlassung dieser Chance hätte die Schuldnerin von ihrer Muttergesellschaft – wie es unter fremden Dritten üblich gewesen wäre – einen angemessenen Ausgleich verlangen müssen; die unterlassene Geltendmachung dieser Ausgleichsforderung könne eine durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste verhinderte Vermögensmehrung sein.²¹

In seiner Revisionsentscheidung zum letzteren Fall hat der BFH die Annahme einer verdeckten Gewinnausschüttung im Zeitpunkt des Erwerbs der Forderung auf der Grundlage der Geschäftschancenlehre als auch im Zeitpunkt der späteren Tilgung abgelehnt.²² Dabei hat der BFH insbesondere die Argumentation des Finanzgerichts München zurückgewiesen, der Forderungserwerb

¹⁸ Vgl. *Frotscher*, Körperschaftsteuer, 2. Auflage 2008, Rn. 392.

¹⁹ Finanzgericht Schleswig-Holstein vom 17.4.2002, EFG 2002, 1142; vgl. auch BFH vom 1.2.2001, IV R 3/00, DStRE 2001, 649; krit. dazu aber *Gosch*, StBp. 2001, 180.

²⁰ Finanzgericht Schleswig-Holstein vom 17.4.2002, EFG 2002, 1142.

²¹ Finanzgericht München vom 18.2.2000. EFG 2001, 457.

²² BFH vom 30.1.2002, I R 13/01, GmbHR 2002, 748; zustimmend *Hoffmann*, GmbHR 2002, 750; *F. Hey*, BB 2002, 2487.

durch die Muttergesellschaft sei einem Forderungsverzicht wirtschaftlich vergleichbar, der zu einem entsprechenden Gewinn bei der Schuldner-Gesellschaft geführt hätte. Zudem ergebe sich aus der Bereitschaft des Gläubigers, seine Forderung zu verkaufen, noch keine Entscheidungsmöglichkeit für die Schuldner-Gesellschaft, die damit verbundene Chance selbst wahrzunehmen oder – gegen Entgelt – ihrem Gesellschafter zu überlassen. Stattdessen werde der Schuldner bei einem Forderungsverkauf nur mit einem Gläubigeraustausch konfrontiert, auf den er keinen Einfluss habe, auch nicht zwangsläufig dadurch, dass der Erwerber eine nahe stehende Person sei. Im Übrigen betont der BFH, der Forderungserwerb durch einen Gesellschafter sei ein legitimes Gestaltungsmittel und eine Alternative zum Forderungsverzicht, um den dadurch ausgelösten steuerpflichtigen Ertrag zu vermeiden.

Danach ist der Erwerb einer Forderung unter Nennwert durch die Muttergesellschaft oder eine sonstige nahestehende Gesellschaft noch keine verdeckte Gewinnausschüttung der Schuldner-Gesellschaft, sondern eine im Rahmen einer Schulden-Restrukturierung anzuerkennende Gestaltung und insbesondere eine Alternative zum (Teil-)Verzicht auf die Forderung. Nur wenn besondere Umstände hinzutreten, nach denen der Forderungserwerb nicht anzuerkennen ist (weil z.B. eine nahezu wertlose Forderung im Zusammenhang mit einem GmbH-Erwerb in das Privatvermögen hineingekauft und anschließend getilgt wird statt vor dem Verkauf erlassen zu werden), kann eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen.²³

Im Falle einer beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft kann überdies auch deshalb keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen, wenn der zur verdeckten Gewinnausschüttung führende Vorgang ohnehin nicht in Deutschland steuerpflichtig ist (siehe dazu unter B.). Denn bei beschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaften kann allenfalls das im Inland steuerpflichtige Einkommen aus gesellschaftsrechtlichen Gründen gemindert werden.²⁴

II. Besteuerung der Zinseinkünfte nach DBA-Recht

Die Erwerberin der Darlehensforderung (sei es aufgrund Ankaufs oder Sacheinlage) nimmt Zinsen von der Schuldner-Gesellschaft ein. Wenn die neue Gläubiger-Gesellschaft in einem Staat ansässig ist, zu dem Deutschland ein DBA unterhält, steht das Besteuerungsrecht für diese Zinseinkünfte grundsätzlich nach dem entsprechenden Zinsartikel dem Sitzstaat dieser Gesellschaft zu (vgl. Art. 11 Abs. 1 OECD-MA). Und zahlreiche von Deutschland geschlossene DBA verzichten auch auf das Recht des Quellenstaates zur Erhebung einer Quellensteuer. Dazu zählen beispielsweise auch die DBA mit Großbritannien, Luxemburg, den Niederlanden und den USA. Hat die Gläubiger-Gesellschaft also ihren Sitz in einem solchen DBA-Staat, werden die Zinszah-

²³ Krit. aber *Hoffmann*, GmbHR 2002, 750; *Lange/Janssen*, Verdeckte Gewinnausschüttungen, S. 791 f.

²⁴ Vgl. *Frotscher*, Körperschaftsteuer, 2. Auflage 2008, Rn. 393.

lungen von der in Deutschland beschränkt steuerpflichtigen Schuldner-Gesellschaft zumindest in Deutschland nicht besteuert, können aber natürlich im Sitzstaat der Besteuerung unterliegen.

Sollte die Gläubiger-Gesellschaft dagegen in einem Staat ansässig sein, der mit Deutschland kein DBA unterhält, kann sich eine deutsche Besteuerung aus § 49 Abs. 1 Nr. 5 lit. c) aa) EStG ergeben, wenn die Forderung – wie bei Immobilien-Gesellschaften üblich – durch inländischen Grundbesitz gesichert ist.

Schließlich droht nach einem Referentenentwurf des BMF vom Januar 2009²⁵ darüber hinaus sogar die vollständige Versagung des Betriebsausgabenabzugs von Zinsaufwendungen in Deutschland (also hier bei der Schuldner-Gesellschaft), wenn diese in einen Staat fließen, mit dem kein Auskunftsaustausch entsprechend Artikel 26 OECD-MA durchgeführt werden kann. Der Entwurf sieht weiter vor, dass die betroffenen Staaten in einer Rechtsverordnung aufgelistet werden (vgl. § 51 Abs. 1 Nr. 1 lit. f) EStG in der Fassung des Referentenentwurfs).

III. Komplikationen bei der Anwendung der Zinsschranke bei der Schuldner-Gesellschaft

Schließlich sind die Konsequenzen eines Forderungserwerbs durch eine nahe stehende Gesellschaft im Hinblick auf die Anwendung der Zinsschranke bei der Schuldner-Gesellschaft zu bedenken.²⁶ Diese hängen maßgeblich davon ab, ob die die Forderung erwerbende Gesellschaft innerhalb oder außerhalb des für die Zwecke der Zinsschranke maßgeblichen Konzerns steht.

1. Übertragung der Forderung auf eine konzernangehörige Gesellschaft

Wird die Forderung an eine Gesellschaft abgetreten, die für Zwecke der Zinsschranke zu demselben Konzern wie die Schuldner-Gesellschaft gehört, droht die Anwendung der Zinsschranke auf die Schuldner-Gesellschaft, wenn diese den Eigenkapitalquotenvergleich nicht besteht. Dazu ist ihre Eigenkapitalquote mit derjenigen des Gesamtkonzerns zu vergleichen, die nur bis zu einem Prozentpunkt unterschritten werden darf (§ 4h Abs. 2 Satz 1 lit. c) EStG). Die Finanzierung der Gläubiger-Gesellschaft kann diesen Eigenkapital-Test zulasten der Schuldner-Gesellschaft beeinflussen und damit zur Anwendung der Zinsschranke bei dieser führen. Soweit dieses Risiko besteht und zu nennenswerten Konsequenzen für den Zinsabzug führen kann, sollte daher der Erwerb der Forderung durch eine konzernangehörige Gesellschaft (z.B. Mutter- oder Schwester-gesellschaft) vermieden werden.

²⁵ Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung schädlicher Steuerpraktiken und der Steuerhinterziehung, siehe unter www.bundesfinanzministerium.de.

²⁶ Vgl. dazu auch den Beitrag von *Fischer* in diesem Band.

2. Übertragung der Forderung auf eine nicht konzernangehörige Gesellschaft

Wenn stattdessen die Forderung durch eine nicht konzernangehörige, aber dennoch mit dem „Konzern“ der Schuldner-Gesellschaft *verbundene* Gesellschaft (dazu sogleich) erworben wird, beeinflusst diese Gesellschaft zwar nicht den Eigenkapitalquotenvergleich. Allerdings kann dann ein Tatbestand der schädlichen Gesellschafter-Fremdfinanzierung des § 8a Abs. 3 KStG zur Geltung kommen, der die Anwendung der „Escape“-Klausel aufgrund bestandenen Eigenkapital-Tests ausschließt. Der Tatbestand des § 8a Abs. 3 KStG ist sehr weit und erfasst (i) alle unmittelbar und mittelbar zu mehr als 25% an der Schuldner-Gesellschaft oder einer anderen konzernzugehörigen Gesellschaft beteiligten Gesellschafter, (ii) alle einem Gesellschafter gemäß (i) nahestehenden Personen im Sinne des § 1 Abs. 3 AStG und schließlich (iii) Dritte, die auf eine in (i) oder (ii) genannte Person Rückgriff nehmen können.

Falls die Forderung von einer Gesellschaft erworben wird, die eine der in (i) bis (iii) genannten Kriterien erfüllt, liegt eine schädliche Gesellschafter-Fremdfinanzierung vor, sobald der an diese Gesellschaft (und alle weiteren Personen gemäß (i) bis (iii)) geleistete Zinsaufwand (der Netto-Zinsaufwand, der die Zinserträge übersteigt) mehr als 10% des gesamten Zinsaufwands der Schuldner-Gesellschaft beträgt. Im Umkehrschluss darf sich die Schulden-Restrukturierung in diesen Fällen nur auf Verbindlichkeiten erstrecken, auf die maximal 10% des entsprechenden Zinsaufwands der Schuldner-Gesellschaft entfallen, um die Anwendung der Zinsschranke zu vermeiden. Diese Form der Schulden-Restrukturierung steht dann nur in einem begrenzten Ausmaß zur Verfügung, falls sich nicht doch ein Erwerber findet, der keinerlei Verbindung der unter (i) bis (iii) genannten Art zur Schuldner-Gesellschaft aufweist.

D. Besondere Probleme bei Einbringung der Forderung als Sacheinlage / Debt Equity Swap

I. Bewertung der Sacheinlage

Wenn der bisherige Gläubiger seine Forderung als Sacheinlage in die Schuldner-Kapitalgesellschaft einbringt und die Forderung dadurch untergeht, entsteht ebenfalls ein entsprechender Ertrag in Höhe des passivierten Werts. Für steuerliche Zwecke wird dieser allerdings durch den Wert der Einlage neutralisiert (§ 4 Abs. 1 Satz 1 EStG, § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG). Der steuerlich relevante Wert der Einlage ist grundsätzlich ihr Teilwert (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG). Ob aus der Einbringung der Forderung gegen Gesellschafterrechte ein steuerlicher Gewinn entsteht, hängt also von der Bewertung der eingebrachten Forderung ab. Eine Bewertung hat schon für gesellschaftsrechtliche Zwecke zu erfolgen, um den Umfang der Beteiligung des Gläubigers an der Schuldner-Gesellschaft festzulegen.

Soweit der bisherige Gläubiger aufgrund einer verschlechterten wirtschaftlichen Situation der Schuldner-Gesellschaft auch bereit wäre, seine Forderung unter Wert zu verkaufen, spricht dies dafür, dass auch der für die Einbringung maßgebliche Wert unter dem Nennwert der Forderung liegt. Wenn die Einbringung andererseits eine vorausschauende Maßnahme zur Entschuldung des Schuldner-Unternehmens ist, dessen operatives Geschäft im Grunde gesund ist und gute Zukunftsaussichten hat, und daher eine gute Chance einer vollständigen Rückzahlung der Darlehensforderung besteht, lässt sich ggf. auch eine höhere Bewertung der Einlage bis hin zum Nominalwert der Forderung rechtfertigen. Die (zutreffende) Bewertung der eingebrachten Forderung bestimmt also sowohl das Ausmaß der Beteiligung des einbringenden Gläubigers an der Gesellschaft als auch des steuerlichen Gewinns aus der Einbringung.

Für die Besteuerung des danach entstehenden Gewinns einer ausländischen Immobilien-Kapitalgesellschaft mit Einkünften aus § 49 Abs. 1 Nr. 2 lit. f) aa) EStG wird auf die Ausführungen unter B. verwiesen.

II. Untergang von Verlustvorträgen

In den Einbringungsfällen, in denen der Gläubiger die Forderung als Sacheinlage gegen Gesellschaftsrechte in die Schuldner-Kapitalgesellschaft selbst oder einen (un-)mittelbaren Gesellschafter einbringt, können schließlich nach § 8c KStG Verlustvorträge der Schuldner-Gesellschaft verloren gehen. Wenn der Gläubiger dadurch zu mehr als 25% (50%) unmittelbar oder mittelbar an der Schuldner-Gesellschaft beteiligt wird, gehen diese Verlustvorträge in Höhe der Beteiligungsquote (bzw. vollständig) verloren.

E. Fazit

Je nach der Kombination aus den unter A. beschriebenen Kriterien der Schulden-Restrukturierung (Verkauf/Tausch sowie Untergang/Bestehenbleiben der Forderung) ergeben sich für eine beschränkt steuerpflichtige Immobilien-Kapitalgesellschaft unterschiedliche steuerliche Probleme:

- Beim **Verkauf** der Forderung an die Schuldner-Gesellschaft (und **Untergang** der Forderung) stellt sich in erster Linie die Frage nach der Steuerpflicht des daraus entstehenden Gewinns in Deutschland, die zu verneinen ist (siehe B.).
- Beim **Verkauf** der Forderung an eine nahe stehende Gesellschaft (und **Bestehenbleiben** der Forderung) stellen sich Fragen nach einer möglichen verdeckten Gewinnausschüttung, der Steuerpflicht der Zinseinnahmen sowie der Folgen für die Zinsschranken-Position der Schuldner-Gesellschaft (siehe C.).

- Bei einer Einbringung (**Tausch**) der Forderung in die Schuldner-Gesellschaft (und **Untergang** der Forderung) stellt sich wiederum die Frage nach der Steuerpflicht des daraus entstehenden Gewinns in Deutschland (siehe B. und D. I.) und hier zusätzlich nach dem möglichen Untergang von Verlustvorträgen (siehe D. II.).
- Bei der Einbringung (**Tausch**) der Forderung in eine nahe stehende Gesellschaft (und **Bestehenbleiben** der Forderung) stellen sich wiederum Fragen nach einer möglichen verdeckten Gewinnausschüttung, der Steuerpflicht der Zinseinnahmen sowie der Folgen für die Zinsschranken-Position der Schuldner-Gesellschaft (siehe C.) und hier zusätzlich nach dem möglichen Untergang von Verlustvorträgen (siehe D. II.).

Kontaktdetails des Autors:



Dr. Gerhard Specker
P+P Pöllath + Partners Berlin
Tel.: +49 (30) 25353-220
Fax: +49 (30) 25353-999
E-mail: gerhard.specker@pplaw.com
www.pplaw.com