

# Steuerliche Brennpunkte 2010

## Handlungsbedarf im Sanierungssteuerrecht

Von Prof. Dr. Georg Streit und Dr. Stephan Degen,  
Heuking Kühn Lüer Wojtek\*

*Die unklare Rechtsprechung zum Erlass von Sanierungsgewinnen und die unsichere Gesetzeslage hinsichtlich des Untergangs von Verlust- und Zinsvorträgen beim Erwerb von Kapitalgesellschaftsanteilen in Sanierungssituationen dokumentieren sehr eindringlich den gesetzgeberischen Handlungsbedarf im Bereich des Sanierungssteuerrechts im Jahr 2010.*

Auch im Jahr 2010 und damit mehr als sieben Jahre nach dem „Sanierungserlass“ des Bundesfinanzministeriums vom 27.03.2003 (BStBl 2003 I, 240, Rn. 8) ist in der Rechtsprechung noch unklar, ob die Finanzverwaltung Sanierungsgewinne auf dessen Basis erlassen darf. Aktuell werden daher alternative Restrukturierungsinstrumente (z.B. Debt Mezzanine Swap) diskutiert. Ferner ist die Abzugsfähigkeit von Verlust- und Zinsvorträgen beim Erwerb von Kapitalgesellschaftsanteilen seit Ende April 2010 wieder beschränkt, da die hierzu bestehende Gesetzgebung (die sog. „Sanierungsklausel“ in § 8c Abs. 1a KStG) auf dem Prüfstand der Europäischen Kommission steht.

### Anwendbarkeit des Sanierungserlasses auf Sanierungsgewinne weiterhin unklar

Bei der Sanierung von Unternehmen mithilfe gängiger Instrumente wie dem Forderungsverzicht („Haircut“) oder der Umwandlung von Forderungen gegen einen Rechtsträger in Eigenkapital („Debt-to-Equity-Swap“)



Bis Klarheit über die Anwendbarkeit des Sanierungserlasses herrscht, handelt es sich um einen Fall für den Bundesfinanzhof.



Prof. Dr. Georg Streit



Dr. Stephan Degen

entstehen regelmäßig Sanierungsgewinne. Die hieraus folgende Steuerlast stellt oft ein erhebliches Sanierungshindernis dar. Welcher Gläubiger verzichtet schon zugunsten des Fiskus? Nachdem der Gesetzgeber die Befreiung von betrieblichen Sanierungsgewinnen gemäß § 3 Nr. 66 EStG a.F. durch Gesetz vom 29.10.1997 (BGBl 1997 I, 2590) abgeschafft hatte, wurde es Krisenunternehmen durch den Sanierungserlass ermöglicht, den Erlass der Steuern aus Sanierungsgewinnen zu beantragen.

Das Finanzgericht München lehnt jedoch die Anwendung des Sanierungserlasses (Urt. v. 12.12.2007, Az. 1 K 4487/06, DStR 2008, 1687) ab. Der Gesetzgeber habe mit Abschaffung der Steuerbefreiung in § 3 Nr. 66 EStG a.F. bewusst die Begünstigung des Sanierungsgewinns abgeschafft. Dagegen bejaht das Finanzgericht Köln (Urt. v. 24.04.2008, Az. 6 K 2488/06, EFG 2008, 1555) die Anwendbarkeit des Sanierungserlasses. Die Besteuerung eines Sanierungsgewinns sei unbillig, soweit trotz unbegrenzten Verlustvortrages ein steuerpflichtiger Gewinn verbleibe. In diesem Fall fehle es an der

\*) Prof. Dr. Georg Streit ist Rechtsanwalt und Partner sowie Leiter der Praxisgruppe Restrukturierung. Dr. Stephan Degen ist Rechtsanwalt und Steuerberater, Maître en Droit, bei der Kanzlei Heuking Kühn Lüer Wojtek in München.

Doppelbegünstigung durch Steuerfreiheit und Verlustvortrag, die Grund für die Aufhebung des § 3 Nr. 66 EStG a.F. gewesen sei.

Gegen beide Urteile ist eine Revision vor dem Bundesfinanzhof anhängig (Az. VIII R 2/08 und X R 34/08). Leider ist fraglich, ob und wann der Bundesfinanzhof über die Anwendbarkeit des Sanierungserlasses entscheiden wird.

### Alternative Finanzierungsformen im Bereich Distressed M&A

Vor diesem Hintergrund werden im Jahr 2010 verstärkt alternative Formen zur Restrukturierung der Passivseite, wie z.B. der Debt Mezzanine Swap, diskutiert.

Der Debt Mezzanine Swap wandelt Verbindlichkeiten des Unternehmens (im Allgemeinen Kreditverbindlichkeiten) in Mezzaninekapital (z.B. Genussrechte) um und stärkt damit das Eigenkapital. Ziel ist es, durch den Debt Mezzanine Swap handelsbilanziell Eigenkapital zu schaffen, das zugleich steuerrechtlich Fremdkapital darstellt, sodass die Fremdfinanzierungsaufwendungen steuerlich abzugsfähig sind. Nachteile des Debt-to-Equity-Swap wie die Besteuerung von Sanierungsgewinnen oder der Untergang von Verlust- und Zinsvorträgen werden so vermieden.

Dennoch bleibt es dringende Aufgabe des Gesetzgebers, Unsicherheiten bei der Anwendung des Sanierungserlasses durch gesetzliche Verankerung der Steuerfreiheit von Sanierungsgewinnen zu beseitigen.

### Untergang von Verlustvorträgen als Sanierungshindernis

Mit dem Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007 (BGBl. I S. 1912) wurde die in § 8 Abs. 4 KStG a.F. („Mantelkaufregel“) enthaltene Regel zur Nutzung von Verlustvorträgen bei Erwerb von Anteilen an Körperschaften (insb. GmbH oder AG), durch § 8c KStG n.F. ersetzt.

Nach der (alten) Mantelkaufregel gingen Verlustvorträge des erworbenen Unternehmens vollständig unter, wenn (1) mehr als 50% der Anteile erworben wurden und (2) dem Geschäftsbetrieb der erworbenen Gesellschaft überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt wurde. Damit hing die Nutzung von Verlustvorträgen wesentlich von der Bewertung des zugeführten Betriebsvermögens ab, was Argumentationsspielräume öffnete. Dagegen gehen Verlustvorträge gem. 8c KStG n.F. bereits dann vollständig unter, wenn mehr als 50% der Anteile an der (Verlust-)Gesellschaft erworben werden.



Nicht immer eine klare Sache – noch gibt es genug Unsicherheiten, die der Gesetzgeber beseitigen muss.

Der neue § 8c KStG wurde daher – zu Recht – als sanierungsfeindlich kritisiert. Hierauf hat der Gesetzgeber reagiert und mit dem Bürgerentlastungsgesetz vom 10.07.2009 (BGBl. 2009 I 1959) in § 8c Abs. 1a KStG eine „Sanierungsklausel“ eingefügt. Danach bleiben die Verlustvorträge der erworbenen Gesellschaft erhalten, wenn der Anteilskauf zur Verhinderung/Beseitigung von Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) oder Überschuldung (§ 19 InsO) erfolgt.

Die Kommission sieht in der Sanierungsklausel einen Verstoß gegen Europäisches Beihilferecht und hat daher zu § 8c Abs. 1a KStG ein beihilferechtliches Prüfverfahren eingeleitet. Das Bundesfinanzministerium hat daraufhin mit Schreiben vom 30.04.2010 die Weisung an die Finanzbehörden erteilt, die Sanierungsklausel bis zur Entscheidung dieses Verfahrens nicht mehr anzuwenden (Schreiben v. 30.04.2010, Az. IV C 2 - S 2745-a/08/10005 :002). Damit gilt bis auf weiteres die – sanierungsfeindliche – Neuregelung des § 8c Abs. 1 KStG ohne Sanierungsklausel.

#### Fazit

Die Auswirkungen der Wirtschafts- und Finanzkrise sind auch im Jahr 2010 insbesondere im Mittelstand noch deutlich spürbar. Allenthalben besteht erheblicher Restrukturierungsbedarf. Vor diesem Hintergrund ist die unsichere Rechtslage aufgrund der Einleitung des EU-rechtlichen Prüfverfahrens gegen die Sanierungsklausel gem. § 8c Abs. 1a KStG und der durch das FG München vertretenen Unwirksamkeit des Sanierungserlasses „Gift für die deutsche Wirtschaft“. Der Gesetzgeber ist daher gefordert, die steuerlichen Rahmenbedingungen für Restrukturierungsfinanzierungen möglichst noch im Jahr 2010 durch die Schaffung rechtssicherer Steuernormen zu verbessern, die auch auf dem Prüfstand des Europarechts bestehen.