

**10. Steuertag der  
Fachhochschule Worms**

**Rechtliche und steuerliche Möglichkeiten  
der  
Sanierung  
mittelständischer Unternehmen**

von

Prof. Dr. Jens Kollmar, RA/FAStR  
Schlatter Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft  
Mannheim

A.	Einführung .....	1
B.	Rechtliche Rahmenbedingungen .....	1
I.	Neuordnung der Insolvenzordnung durch das MoMiG.....	2
II.	Insolvenzantragsrecht/Insolvenzantragspflicht .....	2
1.	Drohende Zahlungsunfähigkeit .....	3
2.	Zahlungsunfähigkeit .....	4
3.	Überschuldung .....	5
III.	Zentrale Regelung der Insolvenzantragspflicht .....	6
C.	Sanierungsmaßnahmen .....	7
I.	Eigenkapitalmaßnahmen .....	9
1.	Zivilrecht.....	9
2.	Steuerrecht.....	10
a)	Gesellschaftsebene.....	10
b)	Gesellschafterebene .....	10
II.	Fremdkapitalmaßnahmen .....	11
1.	Gesellschafterdarlehen .....	11
a)	Ertragsverlagerung.....	12
b)	Zinsabzugsbeschränkungen bei Verlustgesellschaften.....	12
2.	Forderungsverzicht des Gesellschafters .....	13
a)	Ebene der Gesellschaft .....	13
b)	Gesellschafterebene.....	14
aa)	Beteiligung im Privatvermögen .....	14
bb)	Beteiligung im Betriebsvermögen .....	14
3.	Eigenkapitalersetzendes Darlehen.....	15
a)	Beteiligung im Privatvermögen .....	15
b)	Beteiligung im Betriebsvermögen .....	16
4.	Besserungsschein .....	17
a)	Ebene der Kapitalgesellschaft .....	17
b)	Gesellschafterebene.....	18
aa)	Beteiligung im Privatvermögen .....	18
bb)	Beteiligung im Betriebsvermögen .....	18
c)	Personengesellschaft.....	18
5.	Rangrücktritt.....	19
6.	Schuldübernahme .....	20
III.	Umwandlungsmaßnahmen .....	20
1.	Sanierungsverschmelzung .....	21
a)	Verschmelzung der Verlust- auf Gewinnkapitalgesellschaft.....	21
b)	Verschmelzung von Gewinn- auf Verlustkapitalgesellschaft .....	22
2.	Sanierungsspaltung.....	23
D.	Zusammenfassung .....	24

## **A. Einführung**

Im Zuge der allgemeinen Wirtschafts- und Finanzkrise ist es in zahlreichen bisher gesunden Unternehmen zu erheblichen Liquiditäts- und Eigenkapital-Problemen gekommen, die die Unternehmensführung zwischenzeitlich zur Einleitung von Sanierungsmassnahmen gezwungen haben. Diese Situation ist trotz häufig anders lautender Berichte in der Tagespresse auch zum Ende des Jahres 2009 noch aktuell, so dass sich für das aktuelle Geschäftsjahr sowie das kommende Geschäftsjahr 2010 die Frage nach den rechtlichen und steuerlichen Möglichkeiten der Sanierung hiervon betroffener Unternehmen nach wie vor stellt.

In rechtlicher Hinsicht unterliegt die Sanierung insoweit rechtlichen Beschränkungen, als die Insolvenzordnung die zeitlichen Grenzen der Sanierung einengt.

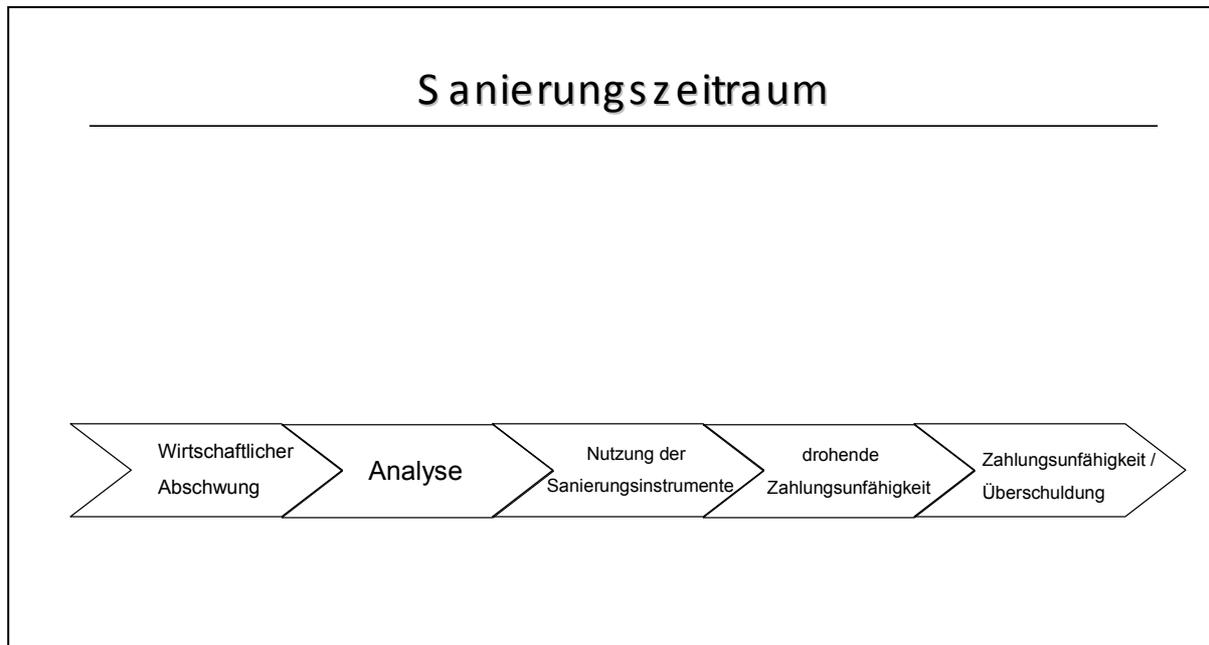
Aus steuerlicher Sicht sind nicht alle Möglichkeiten steuerneutral umsetzbar, so dass sich auch aus dieser Sicht Einschränkungen ergeben, die nachfolgend dargestellt werden sollen.

## **B. Rechtliche Rahmenbedingungen**

Die unter Gliederungspunkt C. dargestellten Sanierungsinstrumente dienen der Bewältigung einer Unternehmenskrise. Ob eine solche vorliegt und auf welchen Ursachen sie basiert, ergibt sich zunächst aus einer betriebswirtschaftlichen Analyse, die wiederum Grundlage für die Entwicklung eines Sanierungskonzepts ist. In diesem Rahmen hat eine kritische Untersuchung der steuerlichen Folgen möglicher Sanierungsmaßnahmen auf Gesellschafts-, Gesellschafter- und Gläubigerebene zu erfolgen. Geschieht dies nicht, kann der Sanierungserfolg gefährdet sein.

Eine weitere, den steuerlichen Fragen vorgelagerte Voraussetzung für eine erfolgreiche Sanierung ist ein ausreichend großes Zeitfenster, in welchem die zur Auswahl stehenden Sanierungsmaßnahmen umgesetzt werden können. Je größer das zur Verfügung stehende Zeitfenster ist, umso größer ist die Erfolgswahrscheinlichkeit der Sanierung. Die Größe des Zeitfensters wird zum einen bestimmt durch die frühzeitige Erkennung der

Sanierungssituation und zum anderen durch das Nichtvorliegen der Voraussetzungen für die Stellung eines Insolvenzantrages nach den Vorschriften der Insolvenzordnung.



## I. Neuordnung der Insolvenzordnung durch das MoMiG

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Mißbräuchen („MoMiG“) wurde unter anderem auch die Möglichkeit zur Stellung eines Insolvenzantrages als auch die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages rechtsformunabhängig und an zentraler Stelle in den §§ 15 ff. InsO neu geregelt. Neben der neu geregelten Erweiterung der zur Stellung eines Insolvenzantrages berechtigten bzw. verpflichteten Personen, insbesondere bei sogenannter Führungslosigkeit der Gesellschaft, wurde der Insolvenzeröffnungsgrund der Überschuldung in § 19 InsO ebenfalls neu geregelt.

## II. Insolvenzantragsrecht/Insolvenzantragspflicht

Wie bisher wird auch nach der Neuregelung in der Insolvenzordnung zunächst zwischen dem Eigenantrag des Schuldners und dem Gläubigerantrag unterschieden (§ 13 Abs. 1 S. 2 InsO). Beim Eigenantrag wird weiter zwischen dem Insolvenzantragsrecht einerseits und der Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrages andererseits unterschieden. Während die Insolvenz beantragt werden kann, wenn lediglich eine Zahlungsunfähigkeit droht (§ 18 InsO), tritt die Insolvenzantragspflicht zwingend bei Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein.

Das das Insolvenzverfahren als gesetzlich geregeltes Neuordnungsverfahren für ein zu sanierendes Unternehmen begriffen werden kann, stellt sich dies das Insolvenzantragsrecht als eine mögliche Sanierungsmaßnahme dar und sollte im Einzelfall im Rahmen einer Sanierungsanalyse geprüft werden<sup>1</sup>.

Soweit jedoch nicht lediglich die Zahlungsunfähigkeit droht, sondern bereits eingetreten ist oder aber eine Überschuldung festgestellt wird, stellt sich die Frage nach dieser Form der Sanierungsmöglichkeit nicht mehr. Vielmehr sind dem Unternehmer in diesem Zeitpunkt die freiwilligen Sanierungsmöglichkeiten entzogen. Die Gründe für die Einleitung eines Insolvenzverfahrens sind nachfolgend dargestellt:

- Drohende Zahlungsunfähigkeit (fakultativer Insolvenzantragsgrund)
- Zahlungsunfähigkeit
- Überschuldung

#### 1. Drohende Zahlungsunfähigkeit

### Drohende Zahlungsunfähigkeit

---

- fakultativer Insolvenzeröffnungsgrund
- „überwiegende Wahrscheinlichkeit“ der nicht mehr fristgerechten Zahlung
- Beweislast beim Geschäftsführer
- Bloß vorübergehende Zahlungsstockungen nicht ausreichend

Gemäß § 18 InsO liegt drohende Zahlungsunfähigkeit vor, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. Voraussichtlich bedeutet in diesem Zusammenhang das Bestehen einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit, die vom Geschäftsführer zu beweisen ist<sup>2</sup>. Für die

<sup>1</sup> Eyring/Cavallaiès, Going Public, Special August 2009, S. 40 f.

<sup>2</sup> Uhlenbruck in Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Auflage, S. 430, S. 5.46

Annahme dieser Antragsvoraussetzung ist folglich erforderlich, dass der Schuldner eine jederzeit aktuelle Finanz- und Liquiditätsplanung erstellt und auf dieser Basis die Zahlungsfähigkeit zum jeweils bestehenden Fälligkeitszeitpunkt einer Forderung genau bestimmen kann. Kommt er auf der Basis einer solchen Planung zu dem Ergebnis, er werde bereits bestehende Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht erfüllen können, steht ihm der Weg zum Insolvenzgericht offen. Eine bloß vorübergehende Zahlungsstockung genügt nicht<sup>3</sup>.

## 2. Zahlungsunfähigkeit

### Zahlungsunfähigkeit

---

- Zwingender Insolvenzeröffnungsgrund
- Unfähigkeit zur Erfüllung fälliger Zahlungen
- Regelvermutung bei Zahlungseinstellung
- Erkennbarkeit bei den beteiligten Verkehrskreisen

Der zur Stellung eines Insolvenzantrages verpflichtende Insolvenzeröffnungsgrund ist gemäß § 17 InsO die Zahlungsunfähigkeit. Diese tritt ein, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungen zu erfüllen. Die gesetzliche Regelvermutung greift ein, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Dies ist nicht schon dann der Fall, wenn der Schuldner einzelne Zahlungen nicht zu leisten im Stande ist, sondern erst bei einer für die beteiligten Verkehrskreise erkennbaren Unmöglichkeit, ernsthaft eingeforderte Forderungen nicht mehr erfüllen zu können<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Uhlenbruck in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 430, Rn. 5.46

<sup>4</sup> Uhlenbruck in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 424, Rn. 5.36

### 3. Überschuldung

## Überschuldung

---

- ❑ Bisher 1-stufige Überschuldungsprüfung, d.h. Berücksichtigung stiller Reserven aufgrund Fortführungsprognose in den Wertansätzen
- ❑ Derzeit seit Finanzmarkt-Stabilisierungsgesetz 2-stufige Überschuldungsprüfung, d.h. Fortführungsprognose als eigenständiger Prüfungspunkt neben der Überschuldung
- ❑ Trotz Überschuldung keine Insolvenzantragspflicht bei positiver Fortführung
- ❑ Beweislast beim Geschäftsführer
- ❑ Geltung der Regelung bis 31.12.2013

Nach der bisherigen Regelung des § 19 InsO lag eine Überschuldung dann vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr decken konnte. Auf die subjektive Sicht des Unternehmers bei Erstellung des sogenannten Überschuldungsstatus kam es insoweit nicht an. Die sogenannte Fortführungsprognose war lediglich bei Bewertung der Vermögensgegenstände zu berücksichtigen<sup>5</sup>. Mit dem Finanzmarktstabilisierungs-Gesetz vom 17.10.2008 wurde im Rahmen der Sofortmaßnahmen zur Reaktion auf die Finanz- und Wirtschaftskrise § 19 Abs. 2 InsO insoweit geändert, als es zeitlich begrenzt außerhalb des Überschuldungsstatus auf die Sicht des Unternehmers ankommt<sup>6</sup>. Denn er kann von der Stellung eines Insolvenzantrages trotz Vorliegen eines Überschuldungsstatus absehen, wenn die Fortführung des Unternehmens nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Mit dieser Regelung sollte den Unternehmern die Möglichkeit eröffnet werden, Sanierungsmaßnahmen über den bisherigen formellen Insolvenzantragszeitpunkt hinaus erfolgreich umsetzen und insbesondere der sich aus der Wirtschafts- und Finanzkrise ableitenden Beschleunigung der Insolvenz entgegenzutreten zu können. Die Neuregelung war zunächst auf den Zeitraum bis zum 31.12.2010 begrenzt worden, wurde aber zwischenzeitlich bis zum 31.12.2013 ausgedehnt.

---

<sup>5</sup> Uhlenbruck in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 439, Rn. 5.60

<sup>6</sup> Uhlenbruck in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 443, Rn. 5.72 f.

Folge der Regelung ist, dass bei Vorliegen einer positiven Fortführungsprognose der Überschuldungsstatus als Insolvenzantragsgrund zurücktritt. Insoweit kommt dem oben angesprochenen Sanierungsgutachten erhebliche Bedeutung im Vorfeld einer Unternehmensinsolvenz zu.

### III. Zentrale Regelung der Insolvenzantragspflicht

#### Insolvenzantragsrecht / -pflicht

---

- ❑ Antragsrecht und –pflicht gilt für
  - juristische Personen
  - GmbH & Co. KG
  
- ❑ Antragsrecht bei drohender Zahlungsunfähigkeit
  
- ❑ Antragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit / Überschuldung
  
- ❑ Fristen
  - bei freiwilligem Antrag keine
  - bei obligatorischem Antrag 3 Wochen ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit / Überschuldung

Nach den Neuregelungen durch das MoMiG wurde die Insolvenzantragspflicht in § 15 a InsO sowohl für Kapitalgesellschaften als auch für GmbH & Co. KG's geregelt. Insolvenzantragspflichtig sind bei juristischen Personen jedes Mitglied eines Vertretungsorgans oder der Liquidator. Im Falle einer GmbH & Co. KG sind die organschaftlichen Vertreter der persönlich haftenden juristischen Person ebenso zur Antragstellung verpflichtet. Somit gilt die Insolvenzantragspflicht für juristische Personen und GmbH & Co. KG.

Hieraus folgt, dass sowohl für juristische Personen als auch für die GmbH & Co. KG sowohl die Zahlungsunfähigkeit als auch die Überschuldung die Insolvenzantragspflicht auslösen, mithin für die häufigste Form einer Personengesellschaft dieselben Anforderungen gestellt werden wie an die juristischen Personen. Bei der GmbH & Co. KG ist zu beachten, dass die

Überschuldung der KG regelmäßig aufgrund der Beteiligung von Komplementär-GmbH an KG die Insolvenz der GmbH nach sich zieht<sup>7</sup>.

Aufgrund der insolvenzrechtlichen Gleichstellung von juristischer Person und GmbH & Co. KG gilt für beide Gesellschaftsformen, dass die Sanierung nur bis zum Eintritt eines Insolvenzeröffnungsgrundes vorgenommen werden kann. Die nachfolgend dargestellten Sanierungsmaßnahmen betreffen teilweise die Aufrechterhaltung der Liquidität und teilweise die Vermeidung einer Überschuldung im insolvenzrechtlichen Sinn, wobei zusätzlich eine positive Fortführungsprognose im oben genannten Sinn als sanierungsrettende Zeitverschiebung zu berücksichtigen ist.

## **C. Sanierungsmaßnahmen**

Die möglichen Sanierungsmaßnahmen können wie folgt eingeteilt werden:

- Eigenkapitalmaßnahmen
- Fremdkapitalmaßnahmen
- Umwandlungsmaßnahmen

Die Problematik der angesprochenen Sanierungsmaßnahmen besteht darin, dass die zu treffenden Maßnahmen zu Steuerbelastungen auf Ebene des Krisenunternehmens führen können und hierdurch den erstrebten Sanierungserfolg teilweise oder ganz außer Kraft setzen.

---

<sup>7</sup> Uhlenbruck in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 536

## Gegenläufige steuerliche Effekte bei Sanierungen

---

- Sanierungsgewinne sind seit Abschaffung von § 3 Nr. 66 EStG nicht mehr steuerfrei
- Ausnahme nur im Wege der Billigkeit („Billigkeits“-Erlaß)
- Zinsschranke, aber derzeit entschärft durch Erhöhung der Freigrenze von 1 Mio. € auf 3 Mio. €
- Wegfall von Verlusten / Verlustvorträgen wegen § 8 c KStG, aber entschärft durch Sanierungsklausel des § 8 c I a KStG
- Beide Komplexe sollen gemäß Wachstums-Beschleunigungsgesetz zeitlich unbefristet gelten

Dies ergibt sich zum einen aus dem etwaigen Anfall eines Sanierungsgewinns, der seit Abschaffung des § 3 Nr. 66 EStG nicht mehr steuerfrei ist und allenfalls im Billigkeitswege aufgrund des sog. Sanierungserlasses gemäß §§ 163, 222, 227 AO einer Steuerstundung oder einem Steuerlass unterliegt<sup>8</sup>. Zum anderen sind Fremdkapitalmaßnahmen dadurch beschränkt, dass mit Einführung der sog. Zinsschranke gemäß §§ 4h EStG, 8a KStG im Grundsatz nur noch Schuldzinsen bis zur Höhe von 30% des Gewinns vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (EBITDA) abziehbar sind, soweit kein Ausnahmetatbestand vorliegt. Der für den Mittelstand gedachte Ausnahmetatbestand der Freigrenze von € 1 Mio., bis zu deren Erreichen Schuldzinsen unabhängig vom EBITDA voll abzugsfähig sind, erweist sich in Krisenzeiten als zu gering<sup>9</sup>. Der Gesetzgeber hat mit einer zeitlich befristeten Erhöhung der Freigrenze auf € 3 Mio. zu reagiert, die mit Verabschiedung des Wachstums-Beschleunigungs-Gesetzes am 18.12.2009 vollständig entfristet werden soll.

Ein weiterer Aspekt der Sanierungsunfreundlichkeit steuerrechtlicher Rahmenbedingungen besteht in der Nachfolgeregelung des sog. Mantelkaufs nach § 8 IV KStG a.F., also des § 8c KStG n.F., da nach dieser Vorschrift unabhängig vom Zweck der Anteilsübernahme ein Untergang vorhandener Verluste und Verlustvorträge droht. Durch das Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen (Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung) wurde § 8c zeitlich befristet entschärft durch Einfügung einer Sanierungsklausel (§ 8c Abs. 1a KStG), die ebenfalls mit

---

<sup>8</sup> Crezelius in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 309

<sup>9</sup> Crezelius in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 311

Verabschiedung des Wachstums-Beschleunigungs-Gesetzes am 18.12.2009 vollständig entfristet werden soll.

## I. Eigenkapitalmaßnahmen

### Eigenkapitalmaßnahmen

---

- Vermögenszuführung gegen oder ohne Gewährung von Anteilsrechten
- Bar- oder Sacheinlage (ohne Gewährung von Anteilsrechten)
- Bar- oder Sachkapitalerhöhung (gegen Gewährung von Anteilsrechten)
- Steuerliche Behandlung auf Gesellschaftsebene immer steuerneutral (bloße Erhöhung des EK)
- Steuerliche Behandlung auf Gesellschafterebene
  - Bareinlage: Erhöhung der AK
  - Sacheinlage aus BV: § 6 Abs. 6 EStG (Gewinnrealisation)  
§ 20 UmwStG (Buchwertfortführung)
  - Sacheinlagen aus PV: §§ 17, 23 EStG

#### 1. Zivilrecht

Aus zivilrechtlicher Sicht kommen als Eigenkapitalmaßnahmen Vermögenszuführungen gegen bzw. ohne Gewährung von Anteilsrechten in Betracht.

Eine Vermögenszuführung ohne Gewährung von Anteilsrechten erfolgt in der Weise, dass ein Gesellschafter eine Geldzahlung leistet, die bilanziell in den Rücklagen verbucht wird.

Alternativ kommt die Zahlung gegen Gewährung von Anteilsrechten in Betracht, was im Fall einer Kapitalgesellschaft eine Kapitalerhöhung und im Fall einer Personengesellschaft die Erhöhung des für die Beteiligungshöhe maßgeblichen Kapitalkontos des Gesellschafters bedeutet.

Während die bloße Zuführung von Kapital ohne Gewährung von Gesellschaftsrechten zeitlich unkritisch ist, kann die Vermögenszuführung gegen Gewährung von Anteilsrechten

wegen der in diesem Zusammenhang zu beachtenden formalen Vorschriften (Gesellschafterbeschluss, Handelsregister-Anmeldung bzw. –eintragung) zu zeitkritischen Verzögerungen führen.

## 2. Steuerrecht

Zu unterscheiden sind die Maßnahmen steuerlich sowohl auf der Gesellschafts- als auch auf der Gesellschafterebene.

### a) Gesellschaftsebene

Sowohl bei Kapitalgesellschaften als auch bei Personengesellschaften ist die Zuführung des Kapitals ein ergebnis- und damit steuerneutraler Vorgang. Es kommt lediglich zu einer Erhöhung des Eigenkapitals, so dass Steuerneutralität gegeben ist<sup>10</sup>.

### b) Gesellschafterebene

Bareinlagen erhöhen die Anschaffungskosten auf Anteilseignerebene, so dass die steuerlichen Auswirkungen erst bei späterer Veräußerung der Anteile eintreten<sup>11</sup>. Die Erhöhung erfolgt bei Personengesellschaften durch anteilige Erhöhung der Anschaffungskosten der Wirtschaftsgüter (Transparenzprinzip), während bei Kapitalgesellschaften die Anschaffungskosten der Geschäftsanteile bzw. Aktien erhöht werden. Eine Bareinlage kann daher ohne unmittelbare steuerliche Folgen vorgenommen werden.

Die Sacheinlage ist danach zu unterscheiden, ob die Übertragung des Sacheinlagegegenstandes aus einem Betriebsvermögen oder aus dem Privatvermögen erfolgt. Bei einer Übertragung aus dem Betriebsvermögen erfolgt die Sacheinlage in eine Kapitalgesellschaft gegen Aufdeckung stiller Reserven gemäß § 6 Abs. 6 EStG<sup>12</sup>. Ist Gegenstand einer Sacheinlage die Übertragung einer wesentlichen Beteiligung im Sinne des § 17 EStG oder eines Grundstücks aus dem Privatvermögen, so ist auf Gesellschafterebene die Überführung als veräußerungsgleicher Vorgang den Regeln des § 17 bzw. 23 EStG unterworfen, so dass auf Gesellschafterebene im Fall einer wesentlichen Beteiligung bzw.

---

<sup>10</sup> Crezelius in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 312, Rn. 2.366

<sup>11</sup> Crezelius in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 312, Rn. 2.369

<sup>12</sup> Schmidt, EStG, 28. Auflage, § 6, Rn. 546 f.

bei Überführung eines Grundstücks innerhalb der 10-jährigen Spekulationsfrist ein Veräußerungsgewinn zu besteuern ist.

Handelt es sich bei dem Sacheinlagegegenstand um einen Betrieb, Teilbetrieb oder einen Mitunternehmeranteil, kommt alternativ die Einbringung nach § 20 Umwandlungssteuergesetz in Betracht, so dass gegebenenfalls ein Buchwertansatz möglich ist.

## II. Fremdkapitalmaßnahmen

Bei den Fremdkapitalmaßnahmen sind folgende Gestaltungen typischerweise möglich:

- Gewährung eines Gesellschafterdarlehens
- Forderungsverzicht eines Gesellschafters
- Gewährung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens
- Abschluss eines Besserungsscheins
- Rangrücktritt
- Schuldübernahme

### 1. Gesellschafterdarlehen

#### Gesellschafterdarlehen

---

- Im Gegensatz zu Kapitalmaßnahmen vereinfachte Durchführung
- Lediglich Bilanzverlängerung, keine Stärkung des EK
- Auswirkungen von Ertragsverlagerungen sind zu beachten
- Zinssatz zu hoch
  - VGA
  - Entnahme
- Zinssatz zu niedrig
  - Abzinsungsgewinn wegen § 6 I EStG im 1. Jahr
  - Korrespondierende Aufzinsungsverluste in Folgejahren
- Zinsabzugsbeschränkungen nach §§ 4 h EStG, 8 a KStG, allerdings entschärft durch die Anhebung der Freigrenze von 1 Mio. € auf 3 Mio. €

Im Gegensatz zu unter Ziff. I dargestellten Eigenkapitalzufuhr ist die Gewährung eines Gesellschafterdarlehens formal weniger aufwendig, da unter anderem auf Gesellschafterbeschlüsse und Handelsregistereintragungen verzichtet werden kann. Das Darlehen führt allerdings nur zur Bilanzverlängerung, nicht aber zur Stärkung des Eigenkapitals, weshalb zur Vermeidung einer Verschlechterung der Überschuldungssituation Gegenmaßnahmen, wie z. B. ein Rangrücktritt oder eine Finanzierungszusage des Gesellschafters getroffen werden müssen.

Hinsichtlich der steuerlichen Situation sind bei Gewährung eines Gesellschafterdarlehens zum einen die Regeln zur verdeckten Gewinnausschüttung (Kapitalgesellschaft) bzw. zur Entnahme (Personengesellschaft) als auch die Zinsabzugsbeschränkungen bei Verlustgesellschaften und die Regeln der Zinsschranke zu beachten.

#### a) Ertragsverlagerung

Zu einer Ertragsverlagerung kann es kommen, wenn Gesellschafterdarlehen niedrig bzw. unverzinslich gewährt werden. Denn dann kommt es zu einer Verlagerung der Erträge auf die Gesellschaftsebene. Auf der Gesellschaftsebene entsteht im ersten Jahr im Fall eines unverzinslichen Darlehens wegen der Abzinsungsvorschrift des § 6 Abs. 1 EStG ein Abzinsungsgewinn, dem in Folgejahren entsprechend korrespondierende Aufzinsungsverluste gegenüberstehen.

#### b) Zinsabzugsbeschränkungen bei Verlustgesellschaften

Sowohl bei der Personengesellschaft wie auch der Kapitalgesellschaft ist im Fall der Gewährung von Gesellschafterdarlehen die Zinsschranke zu beachten, bei Personengesellschaften ergibt sich noch eine erweiterte Beschränkung durch Regelung zu den Überentnahmen gemäß § 4 a Abs. 4 EStG, die hier nicht weiter vertieft werden soll.

Die in § 8 a KStG bzw. § 4 h EStG geregelte Zinsschranke hat bisher keine Sonderregelungen für Unternehmen in der Krise enthalten, weshalb Finanzierungsaufwendungen die Besteuerung auslösen können. Nach der bisher zeitlich befristeten, laut Koalitionsvertrag<sup>13</sup> jedoch ab 1.1.2010 unbefristeten Regelung wird die Zinsschranke nicht ausgelöst, wenn die Freigrenze von nunmehr € 3 Mio. nicht erreicht wird.

---

<sup>13</sup> Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP, Ziff. I.1.2.

## 2. Forderungsverzicht des Gesellschafters

### Forderungsverzicht des Gesellschafters

---

- ❑ Endgültiger Verzicht im Gegensatz zum Besserungsschein
- ❑ Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital („Debt-Equity-Swap“)
- ❑ Ebene der Gesellschaft
  - verdeckte Einlage in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung
  - steuerlicher Ertrag in Höhe des nicht werthaltigen Teils der Forderung
- ❑ Beteiligung im PV
  - Verzicht ist steuerlich unbeachtlich
  - Ausnahme: § 17 EStG – nachträgliche AK iHd werthaltigen Teils der Forderung
- ❑ Beteiligung im BV
  - Besteuerung in Höhe des werthaltigen Teils (§ 6 III S. 2 EStG)
  - Betriebsausgabenabzug in Höhe der nicht-werthaltigen Teils (wenn nicht § 8 b III S. 3 ff. KStG)

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, dass der Gesellschafter auf eine Forderung der Gesellschaft gegenüber endgültig verzichtet.

Die steuerlichen Folgen stellen sich in diesem Fall wie folgt dar:

#### a) Ebene der Gesellschaft

In Höhe des werthaltigen Teils liegt eine verdeckte Einlage vor, die mit dem Teilwert nach § 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG zu bewerten ist. Sie ist steuerneutral. Handelsbilanzrechtlich wird Fremdkapital hier in Eigenkapital umgewandelt (sogenannter Debt-Equity-Swap<sup>14</sup>).

In Höhe des nicht werthaltigen Teils liegt ein steuerpflichtiger Ertrag vor, der gegen Verluste verrechnet werden kann. Allerdings ist hierbei die Regelung zur Mindestbesteuerung nach § 10 d EStG zu beachten.

---

<sup>14</sup> Mückel, FR 2009, 497, 498

## b) Gesellschafterebene

Auch hier wiederum ist zu unterscheiden, ob die Beteiligung in einem steuerlichen Privat- oder Betriebsvermögen gehalten wird<sup>15</sup>.

### aa) Beteiligung im Privatvermögen

Der auf Gesellschafterebene durch den Verzicht entstehende Verlust ist steuerlich grundsätzlich unbeachtlich. Eine Ausnahme gilt nur für eine steuerverstrickte Beteiligung nach § 17 EStG. In diesem Fall entstehen gegebenenfalls nachträgliche Anschaffungskosten in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung.

### bb) Beteiligung im Betriebsvermögen

Wird die Beteiligung im Betriebsvermögen gehalten, entsteht in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung ein erhöhter Beteiligungsansatz nach § 6 Abs. 6 Satz 2 EStG, der zu einer Einmal-Versteuerung der stillen Reserve führt<sup>16</sup>. In Höhe des nicht werthaltigen Teils liegen grundsätzlich abzugsfähige Betriebsausgaben vor, soweit nicht die Ausnahmeregelung des § 8 b Abs. 3 Satz 3 ff. KStG anzuwenden ist.

---

<sup>15</sup> Crezelius in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 335 ff., Rn. 2.440 ff.

<sup>16</sup> Schmidt, EStG, 28. Auflage, § 17, Rn. 171

### 3. Eigenkapitalersetzendes Darlehen

#### Eigenkapitalersetzendes Darlehen

---

- Begriff aus §§ 32 a, b GmbH a. F.
- Seit MoMiG kein Anknüpfungspunkt mehr für die steuerliche Behandlung
- Bisher keine ausdrückliche Äußerung der Finanzverwaltung
- Beteiligung im PV wahrscheinlich immer nachträgliche Anschaffungskosten iHd Nennwerts
- Beteiligung im BV gewinnmindernde Teilwertabschreibung, soweit keine Abzugsbeschränkung (§ 8 b III S. 4 ff. KStG), d. h. bei Beteiligungen > 25 %

Eine weitere Sanierungsmaßnahme ist die Gewährung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens. Der Begriff des Eigenkapitalersatzes ist im GmbHG mit Neufassung durch das MoMiG entfallen, weshalb auf § 32 a Abs. 1 GmbHG a.F. zurückzugreifen ist. Danach ist ein Darlehen eigenkapitalersetzend, wenn ein Nichtgesellschafter es bei Anwendung der Grundsätze eines ordentlichen Kaufmanns nicht gewährt hätte. Fraglich ist, wie künftig bisher eigenkapitalersetzende Darlehen steuerlich zu behandeln sind. Da die Einführung der Abgeltungssteuer und die Abschaffung des Eigenkapitalersatzes im GmbH-Recht sämtliche Darlehen unabhängig von ihrer Anknüpfung an das gesellschaftsrechtliche Eigenkapitalersatzrecht steuerverstrickt sind, ist die Behandlung eigenkapitalersetzender Darlehen, wie bisher von der Rechtsprechung und der Verwaltung vorgenommen, fraglich. Neuere Auffassungen der Finanzverwaltung diesbezüglich wurden jedoch noch nicht verkündet, so dass nach wie vor folgendes gilt:

#### a) Beteiligung im Privatvermögen

Im Grundsatz handelt es sich bei dem Darlehensbetrag um nachträgliche Anschaffungskosten auf die Beteiligung, wobei die Rechtsprechung und Finanzverwaltung bisher vier verschiedene Formen des eigenkapitalersetzenden Darlehens unterschieden

haben und je nach Art entweder den Nennwert oder den Teilwert des Darlehens als nachträgliche Anschaffungskosten anerkannt haben<sup>17</sup>:

- Stehengelassenes Darlehen
- Krisendarlehen
- Krisenbestimmtes Darlehen
- Finanzplandarlehen

Seit Neufassung des GmbH-Gesetzes und der Insolvenzordnung sind sämtliche Gesellschafterdarlehen nachrangig. Im übrigen ist die Anknüpfung an den Begriff der Krise wegen Wegfalls der §§ 32a, b GmbHG nicht mehr möglich. Daher sind die Gesellschafterdarlehen unabhängig von der obigen Einteilung bei Ausfall als nachträgliche Anschaffungskosten mit dem Nennwert zu berücksichtigen<sup>18</sup>.

#### b) Beteiligung im Betriebsvermögen

Bei Beteiligungen im Betriebsvermögen sind Forderung und Verbindlichkeit getrennt zu betrachten. Der Ausfall der Forderung ist grundsätzlich einer gewinnmindernden Teilwertabschreibung zugänglich, soweit nicht abzugbeschränkende Vorschriften wie z.B. § 8b Abs. 3 S. 4 ff. KStG eingreifen (Beteiligung > 25%).

---

<sup>17</sup> Schmidt, EStG, 28. Auflage, § 17, Rn. 171

<sup>18</sup> Schwedthelm, GmbHR 2008, 1233, 1238; Schmidt, a.a.O., § 17, Rn. 172 mwN

#### 4. Besserungsschein

### Besserungsschein

- ❑ auflösend bedingter Verzicht auf Eintritt des Besserungsfalles
- ❑ Verzicht wird behandelt wie Forderungsverzicht
- ❑ differenzierende Behandlung des Wiederauflebens der Forderung
- ❑ Ebene der Kapitalgesellschaft
  - Aufwand, soweit zuvor Ertrag (nicht werthaltiger Teil der Forderung)
  - Minderung des EK, soweit zuvor Einlage (werthaltiger Teil der Forderung)
  - Problem: Änderung des § 27 KStG führt evt. zu Gewinnausschüttung
- ❑ Ebene des Gesellschafters
  - Minderung der nachträglich erhöhten AK
  - Problem: zwischenzeitlicher Verkauf der Beteiligung } PV
  - Ertrag, soweit zuvor Betriebsausgabe → BV
- ❑ GmbH & Co. KG
  - beim Gesellschafter Entnahme / Sonderbetriebsausgaben
  - Bei Gesellschaft Ertrag in Höhe des nicht werthaltigen Teils der Forderung

Ein Besserungsschein ist zivilrechtlich ein Forderungsverzicht verbunden mit einer Besserungsabrede, d.h. der Verzicht ist unter der auflösenden Bedingung erteilt, dass die Forderung im Besserungsfall wieder auflebt.

Steuerlich wird der Besserungsschein zunächst identisch dem Forderungsverzicht behandelt (s.o.). Hiervon zu unterscheiden ist das Wiederaufleben der Forderung im Besserungsfall.

#### a) Ebene der Kapitalgesellschaft

Das Wiederaufleben führt zu abzugsfähigem Aufwand, soweit zuvor im Zeitpunkt des Verzichts ein Ertrag gebucht wurde, d.h. in Höhe des nicht werthaltigen Teils der Forderung. Soweit der Verzicht als Einlage zu verbuchen war (Umwandlung von FK in EK), d.h. in Höhe des werthaltigen Teils der Forderung, mindert das Wiederaufleben das Eigenkapitalkonto im Sinne des § 27 KStG unabhängig von dessen Bestand. Es kann somit auch ein negatives Einlagekonto entstehen. Aufgrund der Neuregelungen des SEStEG ist der direkte Zugriff auf das steuerliche Einlagekonto fraglich, so dass bei Ablehnung der bisherigen Handhabung

das Wiederaufleben der Forderung eine Gewinnausschüttung an den Gesellschafter begründet<sup>19</sup>.

## b) Gesellschafterebene

### aa) Beteiligung im Privatvermögen

Das Aufleben der Forderung ist steuerneutral. Soweit der Verzicht zuvor zu nachträglichen Anschaffungskosten geführt hat, mindern sich die erhöhten Anschaffungskosten wieder. Problematisch ist das Wiederaufleben der Forderung nach einem zwischenzeitlichen Verkauf der wesentlichen Beteiligung. Da die auflösende Bedingung nicht zurückwirkt (ex nunc), verbleibt es wohl bei Berücksichtigung der erhöhten Anschaffungskosten im Zeitpunkt der Veräußerung<sup>20</sup>.

### bb) Beteiligung im Betriebsvermögen

Die Aktivierung der Forderung führt zu steuerpflichtigem Ertrag, soweit die Ausbuchung zuvor eine steuerlich abzugsfähige Betriebsausgabe war, im übrigen ist sie steuerneutral bezüglich des vormals erhöhten Beteiligungsansatzes.

## c) Personengesellschaft

Mangels Trennung von Gesellschafts- und Gesellschafterebene bei Mitunternehmerschaften ist der Forderungsverzicht grundsätzlich als Einlage zu werten. Das Wiederaufleben der Forderung wird nach teilweise vertretener Auffassung entsprechend der Behandlung bei Kapitalgesellschaften eingeordnet. Dies bedeutet, dass in Höhe des werthaltigen Teils beim Gesellschafter eine Entnahme und in Höhe des nicht werthaltigen Teils eine Sonderbetriebsausgabe anfällt, während auf Gesellschaftsebene in Höhe des nicht werthaltigen Teils der Forderung steuerpflichtiger Ertrag entsteht<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Ablehnend Crezelius in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 339, Rn. 2.452

<sup>20</sup> Crezelius in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 339, Rn. 2.452

<sup>21</sup> Crezelius in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 342, Rn. 2.458 f.

## 5. Rangrücktritt

### Rangrücktritt

---

- Bisher erforderlich zur Verbesserung des Überschuldungs-Status
  
- Änderung des § 39 I N. 5 InsO – immer Nachrang von Gesellschaftsdarlehen, außer wenn:
  - Erwerb der Anteile zum Zweck der Sanierung oder
  - Gesellschafter ist maximal zu 100 % beteiligt und nicht Geschäftsführer
  
- Rangrücktritt daher nur noch im Ausnahmefall erforderlich

Der Rangrücktritt war nach bisherigem Recht erforderlich, um ein Gesellschafter-Darlehen im Überschuldungsstatus aus den zu berücksichtigenden Verbindlichkeiten zu eliminieren. Nach der Neuregelung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO sind Gesellschafterdarlehen nun immer nachrangig, so dass der Rangrücktritt insoweit obsolet ist. Ein Rangrücktritt ist nach neuem Recht nur noch erforderlich, wenn Gläubiger der Darlehensforderung die Anteile zum Zweck der Sanierung erworben hat (§ 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO) oder ein nicht geschäftsführender Gesellschafter mit einer Beteiligung von maximal 10% des Haftkapitals ist<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Uhlenbruck in Schmidt/Uhlenbruck, a.a.O., S. 529, Rn. 5.187 ff.

## 6. Schuldübernahme

### Schuldübernahme

---

- ❑ Durch Schuldübernahme zunächst keine Auswirkungen auf Ebene der Gesellschaft
- ❑ Nachfolgender Forderungsverzicht = Einlage eines werthaltigen Freistellungsanspruches
- ❑ Folge: steuerneutrale Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital (Debt-Equity-Swap)

Tilgt der Gesellschafter eine Verbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber einem Dritten (z.B. Bank), entsteht zu Lasten der Gesellschaft ein Rückforderungsanspruch. Verzichtet der Gesellschafter zugleich mit der Schuldübernahme auf die Rückforderung, liegt die Einlage eines werthaltigen Freistellungsanspruches vor, so dass der Vorgang in der Gesellschaft ergebnisneutral ist (Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital)<sup>23</sup>.

### III. Umwandlungsmaßnahmen

Umwandlungsmaßnahmen können unter anderem in folgenden Erscheinungsformen vorkommen:

- Sanierungsverschmelzung
- Sanierungsspaltung

---

<sup>23</sup> Beschluß des BFH vom 20. 12. 2001

## 1. Sanierungsverschmelzung

### a) Verschmelzung der Verlust- auf Gewinnkapitalgesellschaft

#### Sanierungsverschmelzung (I)

- ❑ A-GmbH (Verlustgesellschaft) wird mit steuerlicher Rückwirkung auf B-GmbH verschmolzen, wobei der Verlust durch einen Step-up verbraucht werden soll.
- ❑ Folge: durch rückwirkend anfallenden Übertragungsgewinn wird Verlust normalerweise aufgezehrt, so dass im Zeitpunkt des Anteilswechsels (= Eintragung der Verschmelzung) kein von § 8 c KStG erfasster Verlust mehr vorhanden ist.
- ❑ § 2 IV UmwStG verhindert diese Umgehung des § 8 c I KStG, so dass der Verlust ungenutzt untergeht.
- ❑ Derzeit offen ist, ob die hier prinzipiell eingreifende Sanierungsklausel des § 8 c I a KStG dem Verlustuntergang nach § 2 IV UmwStG vorgeht.
- ❑ Keine Änderung der Rechtslage, wenn die Anteile an der A-GmbH zunächst an die B-GmbH veräußert werden und dann die Verschmelzung durchgeführt wird. Denn: § 2 IV UmwStG erfasst genau diesen Fall, Lösung über § 8 a I a KStG

Wird die verlustträchtige Kapitalgesellschaft A-GmbH auf die gewinnträchtige Kapitalgesellschaft B-GmbH verschmolzen, gehen die Verluste wie auch Zinsvorträge im Sinne des § 4h EStG nicht auf die übernehmende Kapitalgesellschaft B über (§ 12 Abs. 3 iVm 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG).

Hier half bisher ein Step-up, um die Verluste vor Verschmelzung noch zu nutzen und dem übernehmenden Rechtsträger erhöhtes Abschreibungspotential zukommen zu lassen. Aufgrund der Neuregelung des § 2 IV UmwStG und der Nachfolgeregelung zum Mantelkauf nach § 8 c KStG ergibt sich nunmehr, dass der bei der A-GmbH durch den Step-up rückwirkend entstehende Übertragungsgewinn nicht mehr mit dem dort vorhandenen Verlustvortrag zu verrechnen ist. Denn mit Eintragung der Verschmelzung von A-GmbH auf B-GmbH gelten die Anteile an der A-GmbH als im Sinne des § 8 c I KStG veräußert.<sup>24</sup> Die an sich nach dem Umwandlungssteuerrecht geltende 8-monatige Rückwirkung führt zum Unterlaufen des § 8 c KStG. Die gleiche Folge tritt bei einer Anteilsübertragung mit nachfolgender rückwirkender Verschmelzung der A-GmbH auf die B-GmbH ein.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Widmann in Widmann / Mayer, § 2 UmwStG, R 120, Bsp 1 (Abwandlung)

<sup>25</sup> Widmann in Widmann / Mayer, § 2 UmwStG, R 120, Bsp 1

Problematisch ist hier das noch ungeklärte Zusammenspiel von § 2 IV UmwStG und § 8 c I a KStG, denn dieser wiederum erlaubt zu Sanierungszwecken die Aufrechterhaltung des Verlustes trotz Anteilseignerwechsel.

b) Verschmelzung von Gewinn- auf Verlustkapitalgesellschaft

## Sanierungsverschmelzung (II)

---

- ❑ B-GmbH wird auf A-GmbH (Verlustgesellschaft) rückwirkend verschmolzen.
- ❑ Verlust in A-GmbH wird durch etwaigen Übertragungsgewinn in B-GmbH nicht rückwirkend aufgezehrt.
- ❑ Verlust besteht im Zeitpunkt des schädlichen Anteilseignerwechsels.
- ❑ § 8 c I KStG kann nur über § 8 c I a KStG ausgehebelt werden.

Der umgekehrte Weg der Verschmelzung von B-GmbH auf A-GmbH ist nur tauglich, wenn die Beteiligungsgrenze des § 8c KStG von mehr als 50% nicht überschritten wird.

Denn bei rückwirkender Verschmelzung von B-GmbH auf A-GmbH verbleibt es zunächst beim Verlust, so dass im Zeitpunkt des zivilrechtlichen Anteilsüberganges (Eintragung der Verschmelzung im Handelregister) die Voraussetzungen eines schädlichen Anteilseignerwechsels nach § 8 c I S. 2 und S. 4 KStG vorliegen.<sup>26</sup> Hier muss die Sanierungsklausel des § 8 c I a KStG unzweifelhaft Anwendung finden.

---

<sup>26</sup> Widmann in Widmann / Meyer, § 2 UmwStG, R 120, Bsp 2

## 2. Sanierungsspaltung

### Sanierungsspaltung

---

- Aufteilung eines Gesamtbetriebes in Verlust- und Gewinnbetrieb
- Anschließende Auf- oder Abspaltung
- Untergang der Verluste im Verhältnis der gemeinen Werte
- Spätere Liquidation oder Insolvenz der Verlustgesellschaft wird erschwert durch gesamtschuldnerische Haftung nach § 133 UmwG

Sollen „kranker“ Betrieb und „gesunder“ Betrieb getrennt werden, um dann den Verlust-Betrieb zu eliminieren, kommt eine Spaltung in Frage. Die Verluste gehen dann aber im Verhältnis der gemeinen Werte unter (§ 15 Abs. 3 UmwStG). Die verbleibende Verlustgesellschaft kann danach in Insolvenz oder Liquidation überführt werden. Allerdings stellt hier die 5-jährige gesamtschuldnerische Haftung ein Hindernis dar.

## D. Zusammenfassung

### Attraktivität der Sanierungsmaßnahmen

---

- ❑ Eigenkapitalmaßnahmen sind steuerlich attraktiv, können aber auf der Zeitschiene hinderlich sein.
- ❑ Fremdkapitalmaßnahmen sind steuerlich im einzelnen zu prüfen, insbesondere wegen Erhöhung der Freigrenze der Zinsschranke von 1 Mio. € auf 3 Mio. € und der Sanierungsklausel werden steuerliche Hindernisse deutlich verringert.
- ❑ Umwandlungsmaßnahmen sind noch nicht uneingeschränkt steuerlich attraktiv, da das Zusammenspiel von Umwandlungssteuergesetz und Sanierungsklausel des § 8 c I a KStG nicht geklärt ist.

1. Die erfolgreiche Sanierung von Unternehmen hängt stark davon ab, wie früh die Unternehmensführung mit der Analyse der IST-Situation beginnt. Auf der Zeitschiene ist die Sanierung nach hinten durch den Eintritt der Insolvenzeröffnungsgründe begrenzt.
2. Aus rechtlicher Sicht kommen zum Zweck der Sanierung Eigenkapital-, Fremdkapital- und Umwandlungsmaßnahmen in Betracht. Steuerlich geeignet sind die darunter fallenden Einzelmaßnahmen nicht ausnahmslos, da zum Teil steuerpflichtige Sanierungsgewinne und zum Teil der Untergang unverbraucher Verlustvorträge die Folge sind.
3. Mit der Entfristung der erhöhten Freigrenze bei der Zinsschrankenregelung stellt der Gesetzgeber das für Fremdkapitalmaßnahmen erforderliche Instrument dauerhaft zur Verfügung, um so die Wirksamkeit der hier vorgestellten Maßnahmen insgesamt zu verbessern.
4. Hinsichtlich der Verlustnutzung ist die geplante Entfristung der bereits geltenden Sanierungsklausel des § 8 c I a KStG zu begrüßen. Offen ist derzeit noch das Zusammenspiel von Umwandlungssteuergesetz und Sanierungsklausel, so dass Umwandlungsmaßnahmen noch nicht uneingeschränkt den Sanierungserfolg herbeiführen.