



Jan Dominik

**Der Darlehensverzicht
in der Gewinnermittlung
für ausländische
Immobilieninvestoren**

A. Einleitung

In Krisenzeiten ist es für die betroffenen Unternehmen schwierig oder gar unmöglich, ihre Verbindlichkeiten zu bedienen beziehungsweise mit den vorhandenen Vermögenswerten abzudecken. Daher sind Maßnahmen betreffend die Passivseite der Bilanz für viele Unternehmen eine Frage des wirtschaftlichen Überlebens: Verbindlichkeiten müssen abgebaut und neues Eigenkapital muss beschafft werden. Dies gilt insbesondere für die zahlreichen, teilweise hoch fremdfinanzierten Inbound-Investitionen in deutsche Wohn- und Gewerbeimmobilien, denen in den vergangenen Jahren besondere Bedeutung zugekommen ist.¹ Denn infolge der Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise hatten die Investoren erhebliche Wertverluste der von ihnen gehaltenen Immobilien hinzunehmen.² Für diese Investitionen wird häufig die sogenannte Direktinvestition gewählt, dass heißt die inländischen Immobilien werden direkt durch eine ausländische Kapitalgesellschaft erworben und gehalten.³

Die zu ergreifenden Maßnahmen betreffend die Passivseite der Bilanz hängen von der wirtschaftlichen Situation und dem sich daraus ergebenden Handlungsspielraum ab. Falls der Zusammenbruch der ausländischen Kapitalgesellschaft und damit der Totalausfall der Forderung droht, kann die Bereitschaft der Gläubiger zu Hilfsmaßnahmen sehr weit gehen. Eine in diesem Fall mögliche Restrukturierungsmaßnahme mit Auswirkungen auf der Passivseite der Bilanz ist der teilweise oder sogar vollständige Verzicht der Gläubiger auf ihre Forderungen. Durch den Wegfall der Verbindlichkeiten erhöht sich das Eigenkapital auf der Passivseite der Überschuldungs- und Handelsbilanz. Die dadurch verbesserte wirtschaftliche Ausgangslage des Schuldners ermöglicht den Zugang zu weiteren, bisher schwer zugänglichen Krediten durch Fremdkapitalgeber und die Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehungen zwischen Gläubigern und Schuldner. Weiter tritt ein psychologischer Effekt ein: Die

1 *Arndt Raupach/Dirk Pohl*, in *Praxis des Internationalen Steuerrechts*, Herne, 2009, S. V.

2 BT-Drucks. 16/10600, S. 12.

3 *Markus Böhl/Hella Schmidt-Naschke/Stephanie Böttcher*, Besteuerung von Vermietungseinkünften bei Direktinvestitionen in Deutschland, in *IStR* 2008, S. 651, 651; *Wolfgang Tischbirek*, Steuerplanungsüberlegungen bei Immobilieninvestitionen durch Steuerausländer im Inland, in *Handbuch der Internationalen Steuerplanung*, herausgegeben von Siegfried Grotherr, 3. Auflage, Herne, 2011, S. 1187, 1188 f.

übrigen, ebenfalls von der Krise des Unternehmens betroffenen Gläubiger sind leichter von dessen Sanierungsfähigkeit zu überzeugen.⁴ Allerdings bringt der Wegfall einer Verbindlichkeit grundsätzlich eine Erhöhung des steuerrechtlichen Betriebsvermögens mit sich und führt somit zu einem steuerpflichtigen Ertrag im Wege des Betriebsvermögensvergleiches gemäß § 4 I EStG.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob dies auch für solche ausländischen Kapitalgesellschaften gilt, die in Deutschland lediglich mit Einkünften aus der als Vermögensverwaltung zu klassifizierenden Vermietung von inländischen Immobilien der beschränkten Steuerpflicht unterliegen. Diese ausländischen Kapitalgesellschaften sind mit ihren inländischen Einkünften gemäß § 2 Nr. 1 KStG beschränkt körperschaftsteuerpflichtig. Was als Einkommen gilt und wie das Einkommen zu ermitteln ist, bestimmt sich nach den Vorschriften des Einkommen- und Körperschaftsteuergesetzes, § 8 I 1 KStG. In diesem Zusammenhang ist § 49 I Nr. 2 f) aa) EStG zu untersuchen, der steuerpflichtige Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung im Rahmen der beschränkten Steuerpflicht definiert. Gemäß § 49 I Nr. 2 f) S. 2 EStG gelten die Einkünfte aus dieser Tätigkeit als Einkünfte aus Gewerbebetrieb und sind nach den Vorschriften über die Gewinnermittlung zu ermitteln, §§ 2 II 1 Nr. 1, 4 ff. EStG.⁵ Folglich ist der Gewinn entweder durch Betriebsvermögensvergleich gemäß § 4 I 1 EStG oder durch Einnahmenüberschuss-Rechnung gemäß § 4 III 1 EStG zu ermitteln.

Bei der Ermittlung des Gewinnes durch einen Betriebsvermögensvergleich müsste die Verbindlichkeit in der Steuerbilanz passiviert worden sein, sodass deren Wegfall zu einer Erhöhung des Betriebsvermögens führt. Die Verbindlichkeit ist zu passivieren, wenn sie als Teil des Betriebsvermögens im Sinne der §§ 4 ff. EStG zu qualifizieren und im Rahmen der Gewinnermittlung zu berücksichtigen ist. Die zur Zeit in der steuerrechtlichen Literatur vertretenen Ansichten machen die Passivierung der Darlehensverbindlichkeit davon abhängig, ob für die Einkünfte aus der Vermietung und Verpachtung (§ 49 I Nr. 2 f) aa) EStG) und diejenigen aus der Veräußerung (§ 49 I Nr. 2 f) bb) EStG) des inländischen

4 *Norbert Mückl*, Der Debt-Equity-Swap als Sanierungsinstrument im Steuerrecht, in FR 2009, S. 497, 497 f.

5 Urteil des BFH vom 22.08.2006 – I R 6/06, in BStBl II 2007, S. 163, 164; Urteile des BFH vom 05.06.2002 – I R 81/00, in BStBl II 2004, S. 344, 347 und – I R 105/00, in BFH/NV 2002, S. 1433, 1433 f.

Grundbesitzes jeweils eine getrennte oder eine einheitliche Gewinnermittlung durchzuführen ist.⁶ Ein Blick auf den Normwortlaut allein ermöglicht anscheinend keine zweifelsfreie Beantwortung dieser Frage. Der systematische Aufbau des § 49 I Nr. 2 f) EStG könnte auf eine getrennte Ermittlung hindeuten, wohingegen die Gesetzesbegründung⁷ auf eine einheitliche Gewinnermittlung schließen lassen soll. Zudem fehlt es aufgrund der erst im Jahr 2009 erfolgten Einführung der Norm in ihrer gegenwärtigen Fassung an finanzgerichtlicher Rechtsprechung.

Im Rahmen der Einnahmenüberschuss-Rechnung müsste der Wegfall der Verbindlichkeit eine Betriebseinnahme darstellen, um eine gewinnerhöhende Auswirkung haben zu können.

Doch selbst wenn infolge des Wegfalles der Verbindlichkeit inländische Einkünfte gemäß § 49 I Nr. 2 f), S. 2 EStG vorliegen, könnte die Geltendmachung des Besteuerungsanspruches nach dem jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen ausgeschlossen sein. Zwar wird der grundsätzliche Steueranspruch für Einkünfte, die eine im Ausland ansässige Person aus in Deutschland belegtem unbeweglichem Vermögen bezieht, Deutschland zugewiesen (vergleiche Art. 6 I OECD-MA). Jedoch gilt dies gemäß Art. 6 III OECD-MA nur für Einkünfte aus der unmittelbaren Nutzung, der Vermietung und Verpachtung sowie jeder anderen Art der Nutzung unbeweglichen Vermögens. Ob ein Darlehensverzicht von diesen Einkünften umfasst wird, ist bislang nicht abschließend geklärt.

Die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen ist von herausragender Bedeutung. Dies liegt erstens an der immer noch angespannten Situation auf den Finanzmärkten und zweitens an der ungebrochenen Attraktivität des deutschen Immobilienmarktes für ausländische Investoren.⁸ Die

6 Grundlegend zu einer getrennten Gewinnermittlung im Rahmen des § 49 I Nr. 2 f) EStG *Oliver Mensching*, Neufassung des § 49 Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe f EStG durch das Jahressteuergesetz 2009, in DStR 2009, S. 96, 98.

7 BT-Drucks. 16/10189, S. 58 f.

8 Union Investment Real Estate GmbH, Investorenumfrage: Deutschland und Polen als Gewinner der Schuldenkrise gesetzt (02.02.2012), abrufbar unter: http://realestate.union-investment.de/downloads/difa/8df06140bfa88b373e1fa50a10e9b47f.0.0/5_Investitionsklimastudie_02_2012_deutsch.pdf; *Thomas Töben/Hardy Fischer*, Fragen zur Zinsschranke aus Sicht ausländischer Investoren, insbesondere bei Immobilieninvestitionen von Private-Equity-Fonds, in Ubg

hohe praktische Relevanz zeigt sich daran, dass ein Forderungsverzicht in Höhe von mehreren 100 Millionen Euro durchaus üblich ist, was wiederum zu einem bilanziellen Ertrag in dreistelliger Millionenhöhe führen kann. Die drohende Versteuerung würde zu einer neuerlichen Verringerung der Wirtschaftskraft der ohnehin schon vom Zusammenbruch bedrohten Gesellschaft führen. Weiter ist denkbar, dass allein diese drohende Steuerforderung zu einer erneuten Überschuldung der betreffenden Kapitalgesellschaft führt, in deren Folge ein Eröffnungsantrag für ein Insolvenzverfahren zu stellen wäre. Diese Konsequenz würde die Sanierungsbemühungen von vornherein ins Leere laufen lassen.⁹ Schließlich wird diese Fragestellung als ein Klassiker der aktuellen steuerrechtlichen Beratungspraxis bezeichnet, welcher mit erheblicher Wahrscheinlichkeit die Gerichte beschäftigen wird.¹⁰

Auf dieser Basis stellt sich der Gang der Untersuchung wie folgt dar: Zunächst wird in einem grundlegenden Teil der Darlehensverzicht als ein Instrument der Unternehmenssanierung dargestellt. Hierauf folgt ein Fallbeispiel, welches die in dieser Arbeit erörterte Fragestellung verdeutlicht. Abgeschlossen wird der Grundlagenteil durch eine Abgrenzung der unbeschränkten von der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht. Der sich hieran anschließende Teil untersucht die Behandlung eines Darlehensverzichtes im Rahmen der Ermittlung für Einkünfte gemäß § 49 I Nr. 6 EStG a.F. beziehungsweise § 49 I Nr. 2 f) EStG und somit vor beziehungsweise nach dem Jahressteuergesetz 2009. Bezüglich der Rechtslage nach dem Jahressteuergesetz 2009 werden zuerst die Änderungen des § 49 I EStG sowie die diesen zugrundeliegenden Beweggründe des Gesetzgebers überprüft. Hierbei werden vor allem der Wortlaut, die Systematik und die Entstehungsgeschichte des § 49 I Nr. 2 f) EStG erläutert und in Hinblick auf die vorzunehmende Art und Weise der Gewinnermittlung bewertet. Anschließend werden die Tatbestands-

2008, S. 149, 149; *Tischbirek*, in Handbuch der Internationalen Steuerplanung, S. 1187, 1188.

9 Hierzu auch das Fallbeispiel unter B. II.

10 *Hardy Fischer/Jan Dominik*, The Tax Consequences for Devalued German Real Estate Owned by Foreign Investors, in TNI 2012, S. 1225, 1226; *Sven Gläser/Michael Birk*, Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung beschränkt Steuerpflichtiger, in IStR 2011, S. 762, 766; *Thomas Töben*, Praktisches Sanierungssteuerrecht, in Steuerberater-Jahrbuch 2009/2010, herausgegeben von Detlev Piltz/Manfred Günkel/Ursula Niemann, Köln, 2010 (StB-Jb 2009/2010), S. 363, 375.

merkmale des § 49 I Nr. 2 f) EStG in Hinblick auf ihre Bedeutung für die Ermittlung der Einkünfte erörtert. Ein besonderes Augenmerk ist in diesem Zusammenhang auf die sogenannte erweiterte isolierende Betrachtungsweise sowie auf die Fiktion des § 49 I Nr. 2 f) S. 2 EStG zu legen. Sodann wird die Gewinnermittlung für Einkünfte gemäß § 49 I Nr. 2 f), S. 2 EStG besprochen. Hierbei ist zunächst auf eine möglicherweise vorliegende derivative Buchführungspflicht gemäß § 140 AO und eine originäre Buchführungspflicht gemäß § 141 AO einzugehen. Danach wird auf Grundlage des zu Beginn der Arbeit vorgestellten Fallbeispiels ein Betriebsvermögensvergleich gemäß § 4 I 1 EStG sowohl in Form einer getrennten Gewinnermittlung als auch in Form einer einheitlichen Gewinnermittlung durchgeführt und bewertet. Im Anschluss daran wird eine Einnahmen-Überschussrechnung gemäß § 4 III 1 EStG für das Fallbeispiel ausgeführt. Nach einer Zusammenfassung der im Rahmen der Untersuchung des nationalen Steuerrechtes erlangten Ergebnisse wird die Behandlung des Darlehensverzichtes im Rahmen des Musterabkommens der Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) zur Vermeidung der Doppelbesteuerung auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen (OECD-Musterabkommen) beleuchtet. Hierbei wird sowohl auf den persönlichen als auch den sachlichen Anwendungsbereich des OECD-Musterabkommens eingegangen, wobei im Rahmen des sachlichen Anwendungsbereichs die Art. 6, 7 und 21 OECD-MA untersucht werden. Den Abschluss dieser Arbeit bilden das Fazit sowie eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen.

B. Grundlagen

Zunächst wird erläutert, welche Rolle ein Darlehensverzicht im Rahmen einer Unternehmenssanierung einnimmt und wie dieser im Vergleich zu anderen Handlungsmöglichkeiten zivilrechtlich einzuordnen ist. Darauf aufbauend werden die unterschiedlichen steuerbilanziellen Auswirkungen der sich anbietenden Maßnahmen herausgestellt.¹¹ Die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse sowie die möglichen Folgen werden anhand eines Fallbeispiels verdeutlicht.¹² Abschließend werden eine Abgrenzung der unbeschränkten von der beschränkten Körperschaftsteuerpflicht vorgenommen und die sich dabei stellenden Besonderheiten in Hinblick auf Immobilieninvestitionen aufgezeigt.¹³

I. Darlehensverzicht als Instrument der Unternehmenssanierung

Eine unternehmensbezogene Sanierung ist eine Maßnahme, die darauf gerichtet ist, ein Unternehmen oder einen Unternehmensträger (juristische oder natürliche Person) vor dem finanziellen Zusammenbruch zu bewahren und wieder ertragsfähig zu machen.¹⁴ Dieser finanzielle Zusammenbruch steht in Form der sogenannten Überschuldung unmittelbar bevor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich, § 19 II 1 InsO. Ist eine Kapitalgesellschaft und somit eine juristische Person überschuldet, haben die Mitglieder des Vertretungsorganes – im Falle einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die Geschäftsführer, § 35 I GmbHG – ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Überschuldung, einen Insolvenzantrag zu stellen, § 15 a I 1 InsO. Wer einen hiernach erforderlichen Insolvenzantrag nicht, nicht rich-

11 B. I.

12 B. II.

13 B. III.

14 Schreiben des BMF vom 27.03.2003, Ertragsteuerliche Behandlung von Sanierungsgewinnen; Steuerstundung und Steuererlass aus sachlichen Billigkeitsgründen (§§ 163, 222, 227 AO) – IV A 6 – S 2140 – 8/03, in BStBl I 2003, S. 240 Rn. 1.

tig oder nicht rechtzeitig stellt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, § 15 a IV InsO. In einer solchen Situation liegt es nicht zuletzt aufgrund der möglichen strafrechtlichen Sanktionen nahe, dass nach einer Möglichkeit gesucht wird, die Ursache einer drohenden beziehungsweise bereits eingetretenen Überschuldung der Kapitalgesellschaft schnellstmöglich zu beseitigen.

Als eine Maßnahme zur Vermeidung des finanziellen Zusammenbruches einer Kapitalgesellschaft kommt neben der Durchführung einer Kapitalerhöhung insbesondere die Verringerung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Betracht. Dies ist ohne weiteres möglich, wenn Gläubiger der Gesellschaft auf Forderungen gegen diese verzichten. Hierfür eignen sich in erster Linie solche Gläubiger, die über ein ausreichendes Forderungsvolumen verfügen. In der Regel wird dies nur bei denjenigen Gesellschaftern, die ihren Gesellschaften erhebliche Darlehen gewährt haben, oder bei den kreditgebenden, nicht an der Gesellschaft beteiligten Dritten, wie beispielsweise Banken, der Fall sein. Im Folgenden werden lediglich die Forderungsverzichte seitens dieser sogenannten Nichtgesellschaftler untersucht. Diese Kreditinstitute räumen ausländischen Kapitalgesellschaften im Rahmen von inländischen Immobilieninvestitionen Darlehen ein, damit diese den zur Vermietung bestimmten Grundbesitz erwerben können. Jedoch steht dem endgültigen Darlehensverzicht aus Sicht dieser Fremdkapitalgeber der Wunsch entgegen, nicht endgültig die Forderung zu verlieren, sondern diese nur bis zur Überwindung der Unternehmenskrise zurückzustellen.¹⁵ Die hieraus resultierenden Möglichkeiten in der Krise sind der unbedingte Forderungsverzicht, der Forderungsverzicht mit Besserungsschein sowie die Vereinbarung eines einfachen, mit einer Besserungsabrede verbundenen oder qualifizierten Rangrücktrittes.¹⁶

15 *Andreas Herlinghaus*, Forderungsverzichte und Besserungsvereinbarungen zur Sanierung von Kapitalgesellschaften, herausgegeben von Brigitte Knobbe-Keuk, Köln, 1994, S. 83.

16 Zu diesen Möglichkeiten auch *Georg Crezelius*, Rechtliche und steuerrechtliche Aspekte der Unternehmenskrise, in *Steuergestaltung und Beratungskonsequenzen 2003*, herausgegeben von Deubner Verlag GmbH & Co. KG, Köln, 2003, S. 255, 308 ff.