

# NEUREGELUNG DES MANTELKAUFS

nach der Unternehmensteuerreform 2008

(WP/StB/CRA Hermann Pointl)

Stand: August 2008

[www.uhy-deutschland.de](http://www.uhy-deutschland.de)

## A. Grundlagen und Rechtsänderungen

1. Die sog. Mantelkaufregelung, die die un gerechtfertigte Nutzung und den Handel mit Verlustvorträgen einschränken soll, beschäftigt den deutschen Gesetzgeber schon seit Einführung des § 8 Abs. 4 KStG a. F. im Jahre 1990.

Mit § 8 c KStG n. F. hat der Gesetzgeber im Zuge der Unternehmensteuerreform 2008 eine rigide Verlustabzugsbeschränkung bei Kapitalgesellschaften kodifiziert.

Während gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 KStG a. F. Voraussetzung für den Verlustabzug nach § 10d EStG war, dass die Kapitalgesellschaft nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich mit der Körperschaft identisch bleibt, die den Verlust erlitten hat, versagt der neue § 8c KStG in- oder ausländischen Körperschaften (insbesondere Kapitalgesellschaften) allein schon deshalb den Abzug von Verlustvorträgen, wenn innerhalb von fünf Jahren unmittelbar oder mittelbar mehr als 25 % bzw. 50 % des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedsrechte, Beteiligungsrechte oder Stimmrechte an einen Erwerber oder diesem nahestehende Personen übertragen werden (im Gesetz als „schädlicher Beteiligungserwerb“ bezeichnet).

Eine Kapitalerhöhung wird, soweit sie zu einer Veränderung der Beteiligungsquote am Kapital der Körperschaft führt, der Anteilsübertragung gleichgestellt (§ 8c Abs. 1 Satz 4 KStG).

Überschreitet der „schädliche Beteiligungserwerb“ die Quote von 25 %, aber nicht 50 %, entfällt der Verlustabzug nur bezogen auf die übertragene Quote.

Überschreitet der „schädliche Beteiligungserwerb“ die Quote der innerhalb von fünf Jahren vorgenommenen Übertragungen von 50 %, entfällt der Abzug der bis dahin entstandenen Verluste vollständig.

2. Steuerverschärfungen gegenüber der Altregelung in § 8 Abs. 4 KStG a. F. ergeben sich insbesondere dadurch:
  - (a) Es kommt nur noch auf Anteilsübertragungen (oder vergleichbare Sachverhalte, z. B. der Hinzutritt von Gesellschaftern) an. Ob neues Betriebsvermögen (Aktivvermögen) zugeführt wird, ist nicht mehr relevant.
  - (b) Auch mittelbare Anteilsübertragungen sind schädlich. Der unmittelbare Erwerb ist auch schädlich, wenn er mittelbar zu keiner Änderung der Beteiligungsquote führt (keine Konzernbetrachtung), z. B. bei „Umhängen“ von Beteiligungen innerhalb von Unternehmensgruppen.
  - (c) Bereits die Überschreitung eines Anteilserwerbs von 25 % führt - nur anteilig - zum Wegfall des Verlustabzugs.

(d) Es gibt keine Sanierungsklausel. Im Zusammenhang mit Unternehmenssanierungen sollen die Billigkeitsregelungen im BMF-Schreiben vom 27.3.2003 (BStBl 2003 I, S. 240) gelten (= Steuerfreistellung von Sanierungsgewinnen).

(e) Auch Zinsvorträge (§ 8a KStG), die sich aus der Anwendung der Zinsschranke (§ 4h EStG) ergeben, werden vom Verlustabzugsverbot erfasst.

(f) Die neue Verlustabzugsbeschränkung des § 8c KStG n. F. findet erstmals auf Anteilsübertragungen nach dem 31.12.2007 (also erstmals für den Veranlagungszeitraum 2008) Anwendung (§ 34 Abs. 7b KStG).

Es ist vorgesehen, dass der „abgeschaffte“ § 8 Abs. 4 KStG a. F. zeitweise neben dem neuen § 8c EStG anwendbar ist, und zwar letztmals, wenn mehr als die Hälfte der Anteile innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren übertragen werden, der vor dem 1.1.2008 beginnt, falls der Verlust der wirtschaftlichen Identität vor dem 1.1.2013 eintritt. Damit können sich altes und neues Recht überlappen und nebeneinander anwendbar sein (§ 34 Abs. 6 KStG).

(g) Künftig ist - im Unterschied zu § 8 Abs. 5 KStG a. F. - auf Anteilsübertragungen an fremde Dritte (Erwerber) abgestellt, die nicht zusammenzurechnen sind. Dadurch wird künftig auf eine personenbezogene (mehr als 25 % bzw. 50 % an einen Erwerber oder diesem nahestehende Personen) und auf keine „übertragungsbezogene“ Sichtweise abgestellt.

Allerdings gilt als „ein Erwerber“ auch eine Gruppe von Erwerbern mit gleichgerichteten Interessen. Ein Indiz für gleichgerichtete Interessen soll z. B. dann vorliegen, wenn eine Gesellschaft von den Erwerbern gemeinsam beherrscht wird (§ 8c Satz 3 KStG) oder eine Abstimmung zwischen den Erwerbern stattgefunden hat (also zur einheitlichen Willensbildung zusammenwirken).

---

## B. Verfassungsrechtliche Bedenken

---

### 1. Verletzung des objektiven Nettoprinzips

Die ständige Rechtsprechung des BVerfG fordert eine gleichmäßige Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, das insbesondere im Einkommensteuerrecht gelten soll. Geschützt werden sollen - neben natürlichen Personen - auch die Unternehmen in Form von inländischen juristischen Personen und alle sonstigen Unternehmen. Nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip darf nicht das Bruttoeinkommen als Bemessungsgrundlage dienen, sondern nur die Betriebseinnahmen abzüglich der Betriebsausgaben. Diesen Abzug der Erwerbenaufwendungen gebietet das objektive Nettoprinzip. Damit hat eine gleichmäßige Besteuerung des Gesamtgewinns eines Unternehmens für die Dauer seines Betriebsbestehens zu erfolgen. Ein Verlustabzug muss deshalb über die rein zeitlich-technisch gezogenen Grenzen der Veranlagungszeiträume möglich sein. Durchbrechungen dieses objektiven Nettoprinzips sind zulässig, müssen sich aber höheren Anforderungen stellen als einer rein fiskalischen Vorteilhaftigkeit.

Indem der Steuergesetzgeber im Falle eines schädlichen Beteiligungserwerbsvorgangs Verluste zum Teil oder vollständig nicht zum Abzug zulässt, verstößt die Neuregelung des § 8c KStG gegen das objektive Nettoprinzip.

Falls mit der Neuregelung des Mantelkaufs die Vermeidung von missbräuchlicher Verlustnutzung als sachlicher Rechtfertigungsgrund begründet wird, ist jedoch fraglich, ob damit eine Ausnahme vom objektiven Nettoprinzip gerechtfertigt ist. Damit müsste der § 8c KStG so formuliert sein, dass nur solche Sachverhalte erfasst werden, in denen der missbräuchliche Handel mit Verlustmänteln - in gewissem Maße pauschalierend - steuerlich versagt wird. Der Gesetzgeber legt der Neuregelung des § 8c

KStG den Gedanken zugrunde, dass sich die wirtschaftliche Identität einer Gesellschaft durch das wirtschaftliche Engagement eines anderen Anteilseigners oder Anteilseignerkreises ändert, sobald zwischen 25 % und 50 % der Anteile an den neuen Anteilseigner übergehen. Dies erscheint nicht nachvollziehbar, warum trotz einer nicht mehrheitlichen Anteilsübertragung ein so bedeutender Einfluss des neuen Anteilseigners unterstellt wird, dass er den bisherigen wirtschaftlichen Gehalt der Gesellschaft nicht mehr anzuerkennen vermag und die Verlustvorträge kürzt. Nur eine Mehrheitsbeteiligung ermöglicht es dem Erwerber, auf die Kapitalgesellschaft so maßgebenden Einfluss auszuüben und die Verlustvorträge durch entsprechende unternehmerische Entschädigungen zu eigenen Zwecken zu nutzen.

Insbesondere liegt kein Missbrauchsfall vor, wenn eine konzerninterne Umstrukturierung vorgenommen wird.

## 2. Verletzung des Trennungsprinzips

Das die Körperschaftsteuer tragende Trennungsprinzip, wonach die Körperschaft einerseits und der Anteilseigner andererseits gesonderte Steuersubjekte sind, wird verletzt. Körperschaft und Gesellschafter werden voneinander getrennt besteuert. Gewinne und Verluste auf der Ebene der Kapitalgesellschaft lassen sich nicht auf die Ebene der Gesellschafter transferieren. Es ist mit dem Trennungsprinzip nicht vereinbar, wenn die steuerliche Nutzung der Verlustvorträge einer Gesellschaft von Änderungen auf der Ebene der Gesellschafter abhängig gemacht wird.

---

## C. Fehlende Regelungen aus ökonomischer Sicht

---

### 1. Fehlende Sanierungsklausel

In der Neuregelung des § 8c KStG ist eine Sanierungsklausel nicht aufgenommen worden. Es wird auf die bestehenden Möglichkeiten der Berücksichtigung von Sanierungsgewin-

nen im Billigkeitswege verwiesen (vgl. oben Tz. A.2.d). Ohne gesetzlich fundierte Planungssicherheit werden aber Investoren in der Unternehmenskrise kaum bereit sein, sich an sanierungsbedürftigen Unternehmen zu beteiligen. Da das Ermessen der Finanzverwaltung uneinheitlich und äußerst restriktiv ausgeübt wird, kann dies zu Arbeitsplatzabbau sowie vermehrten Unternehmensinsolvenzen führen.

Insbesondere für forschungs- und entwicklungsstarke, junge, innovative Unternehmen - wie auch für Unternehmen in der Krise - wirkt sich die Schädlichkeit von Kapitalerhöhungen für einen Verlustabzug investitionshemmend aus.

Um expandieren oder nachfinanzieren zu können, sind häufig zusätzliche Eigenkapitalmittel von externen Finanzinvestoren oder Private-Equity-Gesellschaften erforderlich. Jedoch wird die Aufnahme neuer Eigenkapitalgeber mit dem quotalen Wegfall der Verlustvorträge bestraft, weshalb sich hierdurch künftig Investitionshemmnisse von Kapitalgebern ergeben können.

### 2. Fehlende Konzernklausel

Aufgrund der Erfassung von mittelbaren Anteilsübertragungen und dem Fehlen einer Konzernklausel sind auch konzerninterne Übertragungen dem § 8c KStG n. F. unterworfen.

Dies kann zur Folge haben, dass konzerninterne Umstrukturierungen nicht mehr steuerneutral vollzogen werden können, obwohl ökonomisch sachgerechte Umstrukturierungen (z. B. das Umhängen von Beteiligungen) erforderlich wären. Ein Umhängen von Beteiligungen der „Untergesellschaften“ unter Beibehaltung der Konzern(holding-)gesellschaft hat auch keinerlei Auswirkungen auf das wirtschaftliche Engagement der Verlustgesellschaft, weil das Verlustabzugspotential innerhalb des Konzerns erhalten bleibt. Die wirtschaftlichen Geschäfte der Verlustgesellschaft werden weiterhin durch die gleiche „Konzernmutter“ gesteuert, so dass keine Ände-

lung der wirtschaftlichen Identität vorliegt. Jedenfalls kann die fehlende Konzernklausel zu nicht vertretbaren Ergebnissen führen.

### 3. Fehlende Aktivitätsklausel

Äußerst kritisch ist vor allem die Verlustabzugsbeschränkung des § 8c KStG einer Gesellschaft, die Verluste erwirtschaftet, aber noch immer aktiv am Wirtschaftsleben teilnimmt. Die Übernahme (Anteilserwerb) eines solchen aktiven Betriebs stellt einen „legalen“ Unternehmenskauf dar und ist gerade kein Missbrauchsfall zur Umgehung von Steuervorschriften. Von dem neuen § 8c KStG werden somit auch ökonomisch begründete Erwerbsfälle erfasst. Insoweit wäre eine sog. Aktivitätsklausel intendiert gewesen, die die Verlustabzugsbeschränkung nur dann auferlegt, wenn im Zeitpunkt des Anteilseignerwechsels eine aktive Geschäftstätigkeit nicht mehr ausgeübt wird.

### 4. Sukzessive Anteilsübertragungen innerhalb von 5 Jahren

Anteilsübertragungen an einen Erwerber oder diesem nahestehenden Personen innerhalb von 5 Jahren sind zusammenzurechnen (§ 8c S. 1, 2 KStG).

Dieser Zeitraum erscheint vor dem Hintergrund ständig sich ändernder Wirtschaftsstrukturen als deutlich zu lang. Dabei beginnt der maßgebliche Beobachtungszeitraum bereits zu dem Zeitpunkt der ersten mittelbaren oder unmittelbaren Anteilsübertragung, auch wenn zu diesem Zeitpunkt noch kein Verlustvortrag bei der Erwerbsgesellschaft vorhanden war.

Erfolgen eine Mehrzahl von Anteilsübertragungen durch einen Erwerberkreis innerhalb eines Jahres (= Vermutung eines unschädlichen Gesamtplans), gelten die Erwerbe als ein Erwerb.

Veräußerungen an einen Erwerber könnten jedoch in zeitlich entzerrten Tranchen zu je 25 % dergestalt erfolgen, dass jeweils zwischen den einzelnen Tranchen ein Zeitraum von mehr als 5 Jahren verbleibt. Steuerliche Prob-

leme (Gestaltungsmisbrauch) könnten sich hier allerdings dann ergeben, wenn schon bei dem ersten Anteilserwerb vertragliche Vereinbarungen (einseitige Optionen) getroffen werden, die auf die Sicherung der späteren Anteilsübertragungen gerichtet sind.

---

## D. Modifikation der Mantelkaufregelung bei Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften (WKB)

---

Zum originären Geschäftsmodell von Private-Equity-Gesellschaften zählen Beteiligungen an Unternehmen, die (noch) keine Gewinne erzielen. Der Geschäftserfolg derartiger Beteiligungen resultiert aus der Ausnutzung bestehender Verlustvorträge zur Verrechnung mit Gewinnen aus anderen Beteiligungen. Engagements bei jungen Unternehmen bzw. die Teilnahme an Turnaround-Finanzierungen gelten volkswirtschaftlich als förderungswürdig. Bereits nach bisherigem Recht gingen Verlustvorträge verloren, wenn ein Fonds mehrheitlich von neuen Eigentümern übernommen wurde. Die Unternehmenssteuerreform 2008 führte diesbezüglich zu einer weiteren Einschränkung der Rahmenbedingungen für Venture-Capital-Finanzierungen in Deutschland, da die Nutzung von Verlustvorträgen junger Wachstumsunternehmen weiter stark beschränkt wurde.

Diese Kritik an der neuen Mantelkaufregelung hat den Gesetzgeber bewogen, im neuen § 8c Abs. 2 KStG eine Sonderregelung vorzusehen (sog. MoRaKG - Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen), die erstmals ab dem Veranlagungszeitraum 2008 gilt. Der Untergang steuerlicher Verlustvorträge kann verhindert werden, wenn die Anteile der übertragenen Kapitalgesellschaft von einer WKB-Gesellschaft erworben werden und in diesem Zusammenhang zahlreiche Voraussetzungen erfüllt werden.

Um den nach § 8c Abs. 2 Satz 1 KStG-E maximal nutzbaren Verlustvortrag zu bestimmen, sind zunächst die anteiligen stillen Reserven innerhalb des Betriebsvermögens der Zielgesellschaft

zu ermitteln. Dieser Schritt birgt erhebliche Probleme, da für den Begriff im Ertragsteuerrecht keine einheitliche Begriffsbestimmung existiert, die Ermittlung der stillen Reserven regelmäßig mit hohen Kosten etwa für Sachverständigengutachten verbunden ist und speziell neu gegründete Technologieunternehmen über beträchtliche stille Reserven in Form selbst erstellter Wirtschaftsgüter oder als Goodwill verfügen.

Die Nutzung der Verluste ist auf das Jahr des Anteilserwerbs und die folgenden vier Jahre zu jeweils einem Fünftel beschränkt (§ 8c Abs. 2 Satz 2 KStG). Der Investor muss prüfen, ob in den vier Folgejahren nach der Anteilsübertragung Verluste überhaupt abzugsfähig sind, also ob in der Zielgesellschaft innerhalb der Frist Gewinne in ausreichender Höhe anfallen und somit eine steuerliche Förderung nach § 8c Abs. 2 KStG möglich ist.

Auch angesichts der Unsicherheit, ob die Verlustvorträge beim Zielunternehmen genutzt werden können, weil dieses nicht überlebt oder vorzeitig veräußert wird, ist das vorgesehene Verfahren abgelehnt worden. Als Alternative wurde vorgeschlagen, dass unter Durchbrechung des Trennungsprinzips die anteiligen Verlustvorträge des Zielunternehmens direkt auf die WKB-Gesellschaften bei deren Beteiligungserwerb übergehen dürfen.

Grundsätzlich geht also ein vorhandener Verlustvortrag der Zielgesellschaft nicht unter, als er auf stille Reserven des steuerpflichtigen inländischen Betriebsvermögens der Zielgesellschaft entfällt (abzugsfähiger Verlust). Dies gilt auch für Kapitalerhöhungen, soweit dies zu einer Änderung der Beteiligung der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft an der Zielgesellschaft führt. Unschädlich ist ebenso die Weiterveräußerung der Anteile durch die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft an einen Erwerber, der keine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft ist, soweit zwischen der Anschaffung und Veräußerung der Beteiligung durch die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft mehr als vier Jahre liegen und die Zielgesellschaft bei Erwerb der Beteiligung ein Eigenkapital von nicht mehr als € 20 Mio. oder die Zielgesellschaft ein Eigenkapital von nicht mehr als € 100 Mio. aufweist und die den Betrag von € 20 Mio. übersteigende Erhöhung des Eigenkapitals auf den Jahresüberschüssen der der Veräußerung vorangegangenen vier Jahre beruht. Letzteres begünstigt insbesondere die Eigenkapital-

entwicklung forschungsintensiver Kapitalgesellschaften. Ungeachtet dessen fällt die Weiterveräußerung der Beteiligung durch die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft an eine andere Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft, unabhängig von einer Mindesthaltedauer, in den Anwendungsbereich des § 8c Abs. 2 KStG, so dass ein Untergang bestehender Verlustvorträge der Zielgesellschaft möglich ist.

§ 8c Abs. 2 KStG ermöglicht somit eine zeitlich gestreckte Nutzungsmöglichkeit bestehender Verlustvorträge der Zielgesellschaft. Im Jahr des schädlichen Anteilserwerbs beträgt der nutzbare Verlust 1/5 der stillen Reserven der Zielgesellschaft und steigt in den folgenden vier Jahren jeweils um 20 % an, so dass der Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft das volle Verlustnutzungsvolumen nach einem Zeitraum von 5 Jahren zur Verfügung steht.

Dies gilt auch gewerbesteuerlich (§ 10a GewStG).

---

## E. Fazit

---

Die Neuregelung der Verlustabzugsbeschränkung weicht in vielen Punkten von der Intention der Verhinderung des missbräuchlichen Handels mit Verlustmänteln ab. Künftig kann eine Körperschaft (Kapitalgesellschaft) ihre aufgelaufenen Verluste nicht mehr steuerlich nutzen, wenn sich der Gesellschafterkreis in qualifizierter Weise verändert. Nachdem die Verlustkürzung nach § 8c KStG unabhängig vom Verlust der rechtlichen oder wirtschaftlichen Identität der Körperschaft eintreten kann, wurde von der ursprünglichen Zielsetzung der Missbrauchsbekämpfung erheblich über das Ziel hinausgeschossen.

Äußerst belastend wirkt sich die Einbeziehung der mittelbaren Beteiligungserwerbe aus. Darüber hinaus ist die intendierte Vereinfachung schon deshalb nicht gegeben, weil infolge der Übergangsregelung bis 31.12.2012 eine parallele Anwendung der Alt- und Neuregelung zu beachten ist.

Auch die ergänzende Regelung des § 8c Abs. 2 KStG über das sog. MoRaKG (ab 2008) erweitert den Anwendungsbereich für WKB-Gesellschaften nur äußerst beschränkt.

Alternativ kann zur Erhaltung der Verlustvorträge eine Minderheitsbeteiligung (z. B. von 24,9 %) erworben werden. Ein darüber hinausgehender Finanzierungsbedarf (z. B. für eine Sanierung, Forschungstätigkeit) sollte dann über Mezzaninekapital (fremdkapitalähnlich) zugeführt werden, jedoch ggf. unter Beachtung von negativen Rückwirkungen aufgrund der neu eingeführten Zins-schranke (§ 4h EStG).

UHY Deutschland AG  
Niederlassung München  
WP/StB Hermann Pointl

5.8.2008