

# GmbH-Handbuch • Mit Aktualisierungsservice

Bearbeitet von  
Centrale für GmbH

Loseblattwerk mit 156. Aktualisierung 2016. Loseblattwerk inkl. Online-Nutzung. Rund 6300 S. In 4  
ISBN 978-3-504-32150-5  
Format (B x L): 14,5 x 20,5 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht > GmbH-Recht](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu



Centrale für GmbH (Hrsg.)

**GmbH-Handbuch**

(Grundwerk mit Fortsetzungsbezug für mindestens 2 Jahre)

inkl. Datenbank Centrale Online unter [www.centrale.de](http://www.centrale.de)

Grundwerk in 4 Bänden, Ordner Kunststoff, Handbuch, 14,5 x 20,5cm

ISBN 978-3-504-32150-5

199,00 €

## 7. Abschnitt

## Verluste der GmbH

	Rz. III		Rz. III
<b>A. Grundsätze</b> . . . . .	3000	5. Übertragung von mehr als der Hälfte der Anteile	3040
<b>B. Verlustverwertung bei der GmbH</b>		<b>III. Zuführung überwie- gend neuen Betriebs- vermögens (zweiter Prüfungsschritt)</b>	
<b>I. Verlustausgleich und Verlustabzug</b> . . . . .	3006	1. Grundsätze . . . . .	3046
<b>II. Beschränkungen des Verlustabzugs (sog. Mindestbesteuerung)</b> .	3012	2. Bilanzielle versus gegenständliche Be- trachtungsweise . . . . .	3049
<b>C. Einschränkungen des Verlustabzugs bei der GmbH durch § 8 Abs. 4 KStG („Mantel- kauf“) in Altfällen</b>		3. Betriebs- versus Teil- betriebsbetrachtung . . .	3054
<b>I. Überblick und zeit- licher Anwendungsbereich</b> . . . . .	3020	4. Vergleichsgröße I bei bilanzieller Betracht- ungsweise . . . . .	3055
<b>II. Schädliche Anteils- übertragung (erster Prüfungsschritt)</b> . . . . .	3028	5. Vergleichsgröße II bei bilanzieller Betracht- ungsweise . . . . .	3057
1. Anteilsübertragungen im engeren Sinne . . . . .	3029	6. Einzelfälle . . . . .	3061
2. Anteilsübertragungen im weiteren Sinne . . . . .	3030	7. Vergleichsgrößenermitt- lung bei gegenständ- licher Betrachtungs- weise . . . . .	3068
a) Kapitalerhöhung . . . . .	3031	8. Betriebsvermögens- zuführung bei verbun- denen Unternehmen . . .	3070
b) Umwandlung . . . . .	3032	a) Organgesellschaften und Mitunternehmer- schaften . . . . .	3071
3. Keine Anteilsübertra- gungen iS des § 8 Abs. 4 KStG . . . . .	3033	b) Beteiligung an nicht organschaftlich ver- bundenen Tochter- kapitalgesellschaften .	3072
4. § 8 Abs. 4 KStG im Konzern . . . . .	3034	<b>IV. Sanierung (dritter Prüfungsschritt)</b>	
a) Unmittelbare Übertra- gungen im Konzern .	3035	1. Grundsätze . . . . .	3073
b) Mittelbare Anteils- übertragungen . . . . .	3036	2. Einzelfälle zur Sanierung	3076
c) Umwandlungen im Konzern . . . . .	3037		

	Rz. III		Rz. III
<b>V. Fünfjährige Fortführung in vergleichbarem Umfang (vierter Prüfungsschritt)</b>		b) Sanierungsklausel . . .	3124
1. Grundsätze . . . . .	3081	c) Anteilserwerbe durch Finanzmarktstabilisierungsfonds . . . . .	3135
2. Kein schädliches Abschmelzen des Betriebsumfanges . . . .	3084	<b>III. Der Erwerber</b>	
<b>VI. Rechtsfolgen und Verfahrensfragen . . . .</b>	3087	1. Grundsätze . . . . .	3136
1. Zeitpunkt des Wegfalls des Verlustvortrags . . .	3088	2. Nahestehende Personen . . . . .	3137
2. Anteilseignerwechsel/ Identitätswechsel im Laufe des Wirtschaftsjahres (§ 8 Abs. 4 Satz 4 KStG) . . . . .	3089	3. Gleichgerichtete Interessen . . . . .	3139
3. Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags .	3093	<b>IV. Rechtsfolgen bei schädlicher Anteilsübertragung</b>	
<b>D. Einschränkungen des Verlustabzugs durch § 8c KStG („Mantelkauf“)</b>		1. Grundsätze . . . . .	3143
<b>I. Überblick und zeitlicher Anwendungsbereich . . . . .</b>	3100	2. Die Stille-Reserven-Klausel . . . . .	3149
<b>II. Der Beteiligungserwerb</b>		<b>E. Verlustverwertung beim Anteilseigner einer einfachen GmbH</b>	
1. Schädliche Beteiligungserwerbe		<b>I. Überwindung der Verlustfälle . . . . .</b>	3150
a) Anteilsübertragungen und vergleichbare Sachverhalte . . . . .	3103	1. Realisierung von Anteilswertverlusten . . . . .	3151
b) Unmittelbare und mittelbare Erwerbe . .	3107	a) Anteilsveräußerung . .	3153
c) Zeitpunkt des Erwerbs . . . . .	3110	b) Antragstellung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF . .	3155
d) Fünf-Jahres-Zeitraum	3114	c) Liquidation . . . . .	3157
2. Unschädliche Beteiligungserwerbe		d) Umwandlung in eine Personenunternehmung . . . . .	3158
a) Konzernklausel . . . .	3119	2. Sale & lease back . . . .	3160
		3. Verzicht auf zukünftige Vergütungen . . . . .	3161
		4. Forderungsverzicht . . .	3163
		<b>II. Vermeidung der Verlustfälle</b>	
		1. Begründung einer GmbH & Still . . . . .	3164
		2. Sonstige Gestaltungen .	3167

Rz. III

Rz. III

**F. Verlustverwertung beim  
Anteilseigner einer konzerngebundenen GmbH**

**I. Überwindung der  
Verlustfälle**

- 1. Teilwertabschreibung auf Beteiligung und/oder Gesellschafterdarlehen . 3180
- 2. Verschmelzung . . . . . 3185
  - a) Verschmelzung der Verlust-GmbH mit einer Gewinn-Kapitalgesellschaft . . . . . 3186

- b) Verschmelzung der Verlust-GmbH mit einer Gewinn-Personengesellschaft . . 3189
- 3. Spaltung . . . . . 3189.2
- 4. Sonstige Gestaltungen . 3190

**II. Vermeidung der Verlustfälle**

- 1. Organschaft . . . . . 3191
- 2. Betriebsführungsverträge . . . . . 3195
- 3. Gewinngemeinschaft . . 3196
- 4. Sonstige Gestaltungen . 3197

## A. Grundsätze

Erwirtschaftet ein Unternehmen Verluste, so erfordert dies zunächst eine **3000 betriebswirtschaftliche Analyse ihrer Ursachen**. Insoweit ist insbesondere danach zu unterscheiden, ob die Verluste das Ergebnis betrieblicher Anlaufmaßnahmen sind (sog. Anlaufverluste), auf einer vorübergehenden Ertragschwäche beruhen oder eine strukturelle Unternehmenskrise indizieren. Je nach Diagnose hat die Unternehmensleitung ggf. Gegenmaßnahmen einzuleiten. Verluste sind jedoch auch **in die Steuerplanung einzu-beziehen**. Insoweit ist zu analysieren, inwieweit die Verluste als Vehikel zur Erlangung von Steuererstattungen oder zur Minderung von Steuerzahlungen genutzt werden können. Darüber hinaus gilt es zu prüfen, ob die Gefahr weiterer Verluste in der Zukunft besteht und mithin diese Möglichkeit in die Steuerplanung einbezogen werden muss.

Im Gegensatz zu Personengesellschaften besteht für die GmbH nicht die **3001 Notwendigkeit**, die Verluste mit anderen positiven Einkünften zu verrechnen, da Kapitalgesellschaften nach § 8 Abs. 2 KStG ausschließlich gewerbliche Einkünfte erzielen. Des Weiteren sind die Einkünfte einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich nicht mit denen der Anteilseigner verrechenbar (sog. „**Trennungsprinzip**“ bzw. –, **Abschirmwirkung**“), was im Verlustfall zur „Verlustfalle“ oder „Verlustblockade“ führt.

Aus diesem Grund ist die steuerliche Verwertung von GmbH-Verlusten ein zweistufiger Vorgang:

- In einem **ersten Schritt** ist eine Verlustverwertung auf der Ebene der GmbH im Wege des interperiodischen Verlustabzugs (Verlustvor- und -rücktrag) zu gewährleisten. Durch die optimale Ausnutzung dieser Möglichkeit ist häufig eine weitgehende und frühzeitige Verlustverwertung möglich.
- Insbesondere bei langanhaltenden Verlustphasen kommt die „**Verlustfalle**“, bedingt durch die betragsmäßige und zeitliche Begrenzung des Verlustrücktrags, zum Tragen. Es ist dann in einem **zweiten Schritt** zu untersuchen, ob und, falls ja, wie und in welchem Umfang die GmbH-Verluste bei den Anteilseignern oder anderen nahe stehenden Personen nutzbar gemacht werden können.

**Beratungshinweis**

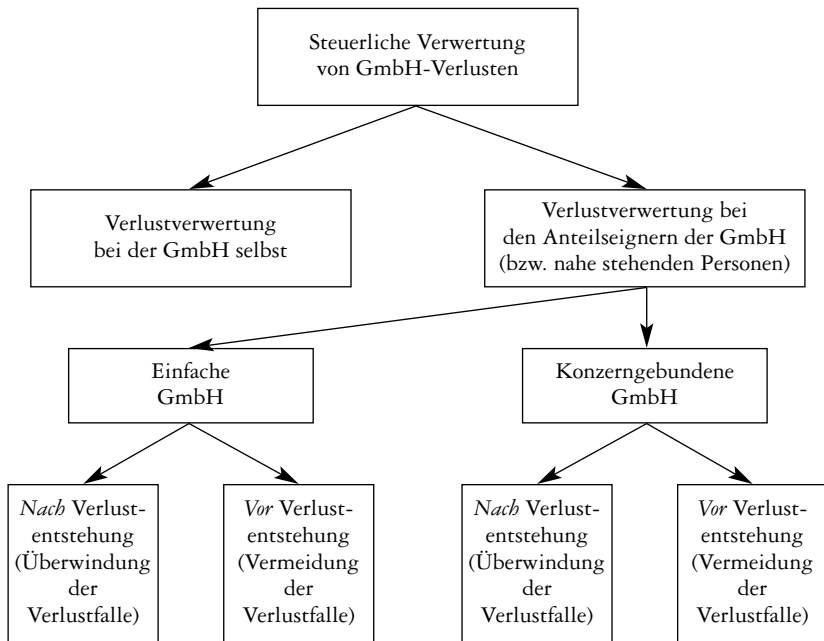
Das Problem der Verlustfalle ist bei der Rechtsformwahlentscheidung zu berücksichtigen. Insbesondere die Geltendmachung von im GmbH-Fall eingeschlossenen **Anlaufverlusten** ist ein Argument für die Rechtsform der Personengesellschaft (s. dazu Rz. III 47 ff.).

- 3002 Im Folgenden wird danach differenziert, inwieweit die Verluste auf der Ebene der GmbH einerseits sowie auf der Ebene der Anteilseigner andererseits steuerlich nutzbar gemacht werden können, wobei im zweiten Fall weiterhin danach unterschieden wird, ob es sich um Maßnahmen zur Vermeidung drohender oder zur Verwertung bereits eingetretener GmbH-Verluste handelt. In diesem Zusammenhang ist es darüber hinaus bedeutsam, ob es sich bei der Gesellschaft um eine – hier so bezeichnete – „einfache“ oder „konzerngebundene“ GmbH handelt.
- 3003 Unter einer **einfachen GmbH** wird hier eine Kapitalgesellschaft verstanden,
- deren Anteile im Privatvermögen der Gesellschafter gehalten werden,
  - die mit ihren Gesellschaftern ausschließlich über die Gesellschafter- sowie ggf. Geschäftsführerstellung verbunden ist und
  - die weder Tochter- noch Schwestergesellschaften hat.
- 3004 Ist eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt, wird der Begriff der **konzerngebundenen GmbH** (Konzern) verwendet, auch dann, wenn ein Konzern im herkömmlichen Sinne nicht vorliegt, wie zB im Fall der Betriebsaufspaltung. Dabei wird unterstellt, dass die GmbH ausschließlich über inländische Einkünfte verfügt und die Gesellschafter sämtlich im Inland ansässig sind<sup>1</sup>.
- 3005 Die sich aus der beschriebenen Differenzierung ergebenden **Verlustverwertungsstrategien** sind in der folgenden Übersicht dargestellt.

---

<sup>1</sup> Zu den Steuerfolgen bei Auslandsverbindungen einer GmbH Rz. III 5620 ff.

## Optionen zur steuerlichen Verwertung von GmbH-Verlusten



## B. Verlustverwertung bei der GmbH

## I. Verlustausgleich und Verlustabzug

Das KStG regelt die Steuerfolgen von Verlusten nur rudimentär. Im Regelfall wird auf das **Einkommensteuerrecht** verwiesen, das eine dreistufige Vorgehensweise anordnet. 3006

- Einkünfte aus einer Einkunftsart ergeben sich oft aus mehreren Teileinkünften (zB Einkünfte aus Mietwohngrundstück I und Einkünfte aus Mietwohngrundstück II). Positive und negative Teileinkünfte sind dabei grundsätzlich ausgleichsfähig (**horizontaler Verlustausgleich**). Dieser horizontale Verlustausgleich wird durch § 15b EStG eingeschränkt. Danach dürfen negative Einkünfte im Zusammenhang mit „Steuerstundungsmodellen“<sup>1</sup> weder mit Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit

1 Ein Steuerstundungsmodell liegt vor, wenn aufgrund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen (§ 15b Abs. 2 EStG).



anderen Einkünften ausgeglichen und auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden. Die Verluste mindern lediglich die Einkünfte, die der Steuerpflichtige in den folgenden Wirtschaftsjahren aus derselben Einkunftsart bezieht. § 2a EStG trifft für bestimmte ausländische Einkünfte eine ähnliche Regelung (s. hierzu Rz. III 5707 ff.). Und schließlich schränkt auch § 15a EStG den horizontalen Verlustausgleich ein.

- Negative Einkünfte aus einer Einkunftsart sind in einem zweiten Schritt mit positiven Einkünften anderer Einkunftsarten ausgleichsfähig (**vertikaler Verlustausgleich**). Einschränkungen hierzu ergeben sich etwa aus § 20 Abs. 6 EStG sowie § 23 Abs. 3 Satz 7 ff. EStG.
- Ein verbleibender negativer Gesamtbetrag der Einkünfte wird vom Gesamtbetrag der Einkünfte früherer oder späterer Jahre abgezogen (**Verlustabzug** in Form des Verlustrücktrags oder -vortrags). Verluste bis zum Veranlagungszeitraum 2012 einschließlich können auf Antrag bis zu einem Betrag von 511 500 Euro (Einzelveranlagung) bzw. 1 023 000 Euro (Zusammenveranlagung) in den unmittelbar vorangegangenen Veranlagungszeitraum **zurückgetragen und vom Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen werden**; im Übrigen sind sie zeitlich und betragsmäßig unbegrenzt **vortragsfähig**. Für ab dem Veranlagungszeitraum 2013 eingetretene Verluste erhöht sich die Obergrenze für den Rücktrag auf 1 000 000 Euro bzw. 2 000 000 Euro<sup>1</sup>. Zu den Einschränkungen des Verlustabzugs (sog. „**Mindestbesteuerung**“) s. Rz. III 3012 ff.

3007 Für GmbHs gelten die obigen Regelungen nur eingeschränkt.

- Da eine GmbH nur gewerbliche Einkünfte erzielt (s. Rz. III 330), ist die Unterscheidung zwischen horizontalem und vertikalem Verlustausgleich entbehrlich. Allerdings gilt § 15b EStG über § 8 Abs. 1 KStG auch für Kapitalgesellschaften. In dem (seltenen) Fall, dass sich eine GmbH zB an einem „Steuerstundungsmodell“ iS des § 15b EStG beteiligt, ist also auch insoweit ein Verlustausgleich nicht möglich. Dies gilt auch für die Gewerbesteuer (§ 7 GewStG). Erzielt eine GmbH auch ausländische Einkünfte, so hat sie, wie eine natürliche Person, § 2a EStG zu beachten. Ist sie beschränkt haftender Gesellschafter einer Personengesellschaft, ist § 15a EStG anwendbar. Bei Verlusten aus stillen Beteiligungen ist § 15 Abs. 4 Satz 6 EStG einschlägig (s. dazu Rz. III 3465).

<sup>1</sup> § 10d EStG idF des Gesetzes zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 20.2.2013, BGBl. I 2013, 285. S. zum zeitlichen Anwendungsbereich § 52 Abs. 6 EStG.

- Da Kapitalgesellschaften nach § 8 Abs. 2 KStG stets Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielen, gibt es keinen vertikalen Verlustausgleich.
- Die Regelungen des § 10d EStG gelten über § 8 Abs. 1 KStG auch für Kapitalgesellschaften. Gewerbesteuerlich ist nur ein Verlustvortrag möglich (§ 10a GewStG). Zur Mindestbesteuerung s. Rz. III 3012 ff.

Einstweilen frei.

3008–3011

**II. Beschränkungen des Verlustabzugs  
(sog. Mindestbesteuerung)**

Nach § 10d Abs. 2 EStG ist der nach einem etwaigen Verlustrücktrag verbleibende Betrag in den folgenden Veranlagungszeiträumen nur 3012

- bis zu einem Gesamtbetrag der Einkünfte von **1 Mio. Euro** unbeschränkt,
- darüber hinaus bis zu **60 %** des 1 Mio. Euro übersteigenden Betrags vorrangig vor Sonderausgaben, außergewöhnlichen Belastungen und sonstigen Abzugsbeträgen abzuziehen. Bei Ehegatten, die nach §§ 26, 26b EStG zusammen veranlagt werden, tritt an die Stelle des Betrags von 1 Mio. Euro ein Betrag von 2 Mio. Euro.

Die Einschränkung gilt über § 8 Abs. 1 KStG auch bei der Ermittlung des Einkommens von **Kapitalgesellschaften** und wird von einer entsprechenden Regelung in § 10a GewStG flankiert. 3013

**Beispiel**

3014

Die X-GmbH weist zum 31.12.2007 einen verbleibenden körperschaft- und gewerbesteuerlichen Verlustvortrag von 10 000 000 Euro aus. In den Folgejahren wird jeweils ein Gewinn iH von 5 000 000 Euro erzielt. Ohne Mindestbesteuerung würde erstmals im Jahr 2010 ein Betrag von 5 000 000 Euro zu versteuern sein; bei einem angenommenen Steuersatz von 30 % (KSt., SolZ, GewSt.) führte dies zu einer Steuer von 1 500 000 Euro. Nach Einführung der Mindestbesteuerung kann der Gewinn wie folgt mit Verlustvorträgen verrechnet werden.

	2007 (TEuro)	2008 (TEuro)	2009 (TEuro)	2010 (TEuro)	Summe (TEuro)
Gewinn		5 000	5 000	5 000	15 000
Verrechenbar		1 000	1 000	1 000	3 000
Verbleiben		4 000	4 000	4 000	12 000
Verrechenbar (60 %)		2 400	2 400	2 200	7 000

	2007 (TEuro)	2008 (TEuro)	2009 (TEuro)	2010 (TEuro)	Summe (TEuro)
Zu versteuern (40 %)		1 600	1 600	1 800	5 000
Steuer (30 %)		480	480	540	1 500
<i>Verbleibender Verlustvortrag</i>	<i>10 000</i>	<i>6 600</i>	<i>3 200</i>	<i>0</i>	

3015 **Beachte:** Die Gesamtsteuerbelastung von 2 000 TEuro ist identisch mit der Belastung, die ohne Mindestbesteuerung entstände. Allerdings entsteht die Steuer früher. Die Folge sind Liquiditäts- und Rentabilitätseinbußen<sup>1</sup>.

3016 Eine vollständige Verrechnung der Verlustvorträge ist allerdings keinesfalls stets gesichert.

#### Beispiel

Die X-GmbH ist im EDV-Sektor tätig. Sie plant gemeinsam mit der fremden Y-GmbH die Entwicklung eines neuen Programms. Zu diesem Zweck wird eine Joint-Venture-GmbH gegründet, die in 2009 und 2010 Entwicklungsaufwendungen iH von jeweils 15 000 TEuro tätigt. Im Jahr 2011 findet die Joint-Venture-GmbH einen Käufer für das Produkt, der ihr 35 000 TEuro zahlt. Weitere Geschäfte werden nicht getätigt.

3017 Ohne Mindestbesteuerung würde sich eine Steuerbelastung von  $(30 \% \times 5 000 \text{ TEuro}) = 1 500 \text{ TEuro}$  ergeben. Mit Mindestbesteuerung ergibt sich folgende Berechnung.

	2009 (TEuro)	2010 (TEuro)	2011 (TEuro)	2012 (TEuro)	Summe (TEuro)
Ergebnis	- 15 000	- 15 000	+ 35 000	0	5 000
Verrechenbar			1 000		1 000
Verbleiben			34 000		34 000
Verrechenbar (60 %)			20 400		10 400
Zu versteuern (40 %)			13 600		13 600
Steuer (30 %)			4 080		4 080
<i>Verbleibender Verlustvortrag</i>	<i>15 000</i>	<i>30 000</i>	<i>8 600</i>	<i>8 600</i>	

**Beachte:** Die Steuer von 4 080 TEuro beträgt 81,6 % des Gesamtergebnisses von 5 000 TEuro. Der IV. Senat des BFH hat entschieden, dass der

1 S. hierzu im Einzelnen *Herzig/Wagner*, WPg 2004, 53.

Wegfall eines gewerbsteuerlichen Verlustvortrags bei Personengesellschaften aufgrund des Objektsteuercharakters der Gewerbesteuer nicht verfassungswidrig ist<sup>1</sup>. Nach Ansicht des I. Senats ist die zeitliche Streckung der Nutzung von Verlustvorträgen ebenfalls verfassungskonform<sup>2</sup>. Weiterhin ungeklärt ist jedoch, ob die körperschaftsteuerliche Mindestbesteuerung verfassungsrechtlichen Grundsätzen genügt, wenn eine Verlustverrechnung in späteren Veranlagungszeiträumen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen endgültig ausgeschlossen ist (zB nach § 8c KStG, bei Umwandlungsvorgängen oder – wie im Beispiel – bei Geschäftsaufgabe bzw. Liquidation)<sup>3</sup>. Die Finanzverwaltung gewährt in derartigen Fällen und in Fällen eines endgültigen Wegfalls aus tatsächlichen Gründen Aussetzung der Vollziehung<sup>4</sup>.

**Beratungshinweis**

3018

Den sich aus der Mindestbesteuerung ergebenden Mehrbelastungen ist durch gestalterische Maßnahmen entgegenzuwirken, zB durch eine entsprechende Bilanzpolitik oder Vereinbarung von Teilabnahmen bei Langfristfertigung. Im obigen Beispiel wäre zu erwägen, die Joint-Venture-GmbH zB von den Joint-Venture-Partnern oder einer anderen Gesellschaft zu beauftragen, ein bestimmtes Produkt zu entwickeln, um damit halbfertige Arbeiten bilanzieren zu können. Eine verbleibende Belastung muss in die Liquiditätsplanung einbezogen werden<sup>5</sup>.

Einstweilen frei.

3019

1 BFH v. 20.9.2012 – IV R 29/10, GmbHR 2013, 102 = BFH/NV 2012, 103. Eine Billigkeitsmaßnahme kann grundsätzlich beantragt werden, nicht jedoch, wenn der Gewerbebeitrag allein daraus resultiert, dass der Steuerpflichtige zur Vermeidung der Insolvenz einen Gläubiger zum Erlass seiner Forderung gedrängt hat (BFH v. 20.9.2012 – IV R 36/10, GmbHR 2013, 96 = BFH/NV 2012, 138).

2 BFH v. 22.8.2012 – I R 9/11, GmbHR 2013, 13.

3 Der I. Senat des BFH hat bei einem Wegfall aus rechtlichen Gründen (im zu beurteilenden Fall nach § 8c KStG; s. dazu Rz. III 3100 ff.) ernstliche Zweifel geäußert (s. BFH v. 26.8.2010 – I B 49/10, GmbHR 2010, 1265 = BStBl. II 2011, 826).

4 BMF v. 19.10.2011 – IV C 2 - S 2741/10/10002, BStBl. I 2011, 974 = GmbHR 2011, 1231. S. dazu *Kessler/Hing*, BB 2012, 555.

5 S. im Einzelnen *Herzig/Wagner*, WPg 2004, 53; *Rödter/Schumacher*, DStR 2003, 1725; *Schiffers*, GmbH-StB 2004, 50.

## C. Einschränkungen des Verlustabzugs bei der GmbH durch § 8 Abs. 4 KStG („Mantelkauf“) in Altfällen

### I. Überblick und zeitlicher Anwendungsbereich

3020 Mit Urteil vom 29.10.1986<sup>1</sup> hatte der BFH in Aufgabe langjähriger Rechtsprechung<sup>2</sup> entschieden, dass der Verlustabzug bei einer Kapitalgesellschaft keine **wirtschaftliche Identität** zwischen der Person, die den Verlust erlitten hat, und derjenigen, die den Verlustabzug geltend macht, verlange. Wegen dieser Rechtsprechung, die von der Finanzverwaltung letztendlich akzeptiert wurde<sup>3</sup>, wurde § 8 Abs. 4 KStG in das Jahressteuergesetz 1990 eingefügt. Nach dieser Vorschrift konnte eine Kapitalgesellschaft einen Verlustvortrag nur dann mit zukünftigen Gewinnen verrechnen, wenn die wirtschaftliche Identität gegeben war. Wirtschaftliche Identität wurde nach § 8 Abs. 4 KStG 1990 jedenfalls dann **verneint**, wenn

- mehr als 75 % der Anteile übergangen,
- die Kapitalgesellschaft überwiegend neues Betriebsvermögen erhielt,
- der Geschäftsbetrieb eingestellt war *und*
- dieser später wieder aufgenommen wurde.

3021 Insbesondere das Tatbestandsmerkmal der Einstellung des Geschäftsbetriebs führte dazu, dass die Vorschrift relativ leicht umgangen werden konnte. Hierauf hatte der Gesetzgeber reagiert und die Vorschrift durch das Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29.10.1997<sup>4</sup> erheblich **verschärft**.

#### Beratungshinweis

Der BFH hat sich ua. in zwei Entscheidungen mit der Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 4 KStG beschäftigt.

- Der Beschluss I R 95/04 vom 8.10.2008<sup>5</sup> betrifft die **Übergangsregelung** im Zusammenhang mit der Verschärfung der Vorschrift durch das Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform

1 BFH v. 29.10.1986 – I R 202/82, BStBl. II 1987, 308 = GmbHR 1987, 175; BFH v. 29.10.1986 – I R 318–319/83, BStBl. II 1987, 310 = GmbHR 1987, 173.

2 Ausgangspunkt ist das Ur. des BFH v. 19.8.1958 – I 78/58 U, BStBl. III 1958, 468.

3 BMF v. 13.8.1987 – IV B 7 - S 2290 - 3/87, StEK KStG § 8 Nr. 59.

4 BGBl. I 1997, 2590 = BStBl. I 1997, 928.

5 BFH v. 8.10.2008 – I R 95/04, GmbHR 2009, 263 = DStR 2009, 161.

vom 29.10.1997<sup>1</sup>. In diesem Beschluss legt der BFH dem BVerfG die Frage vor, ob § 54 Abs. 6 KStG 1996 idF des Gesetzes zur Finanzierung eines zusätzlichen Bundeszuschusses zur gesetzlichen Rentenversicherung vom 19.12.1997<sup>2</sup> insoweit gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, als § 8 Abs. 4 KStG idF des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform für Körperschaften, die ihre wirtschaftliche Identität, gemessen an den Maßstäben der Neuregelung, vor dem 1.1.1997 verloren haben, bereits 1997 anzuwenden ist, während sie für Körperschaften, die ihre wirtschaftliche Identität erstmals im Jahr 1997, aber vor dem 6.8.1997 verloren haben, erst im Jahr 1998 gilt<sup>3</sup>. Die Entscheidung des BVerfG bleibt abzuwarten, entsprechende (Alt-)Verfahren sind offen zu halten.

- Im Beschluss I R 78/01 vom 27.8.2008<sup>4</sup> hat der BFH entschieden, dass § 8 Abs. 4 KStG 1996 in der im vorigen Absatz beschriebenen Fassung nicht gegen den sog. „**Parlamentsvorbehalt**“ (Art. 20 Abs. 3, Art. 76 Abs. 1 GG) verstößt und nicht in verfassungsrechtlich unzulässiger Weise zurückwirkt. Dabei wird Bezug genommen auf den BVerfG-Beschluss 2 BvL 12/01 vom 15.1.2008<sup>5</sup>. Darin hat das BVerfG entschieden, dass zwar die Grenzen, die Beschlussempfehlungen des Vermittlungsausschusses gesetzt sind, überschritten wurden. Gleichwohl bleibe der festgestellte Verfassungsverstoß gültig, weil es an der nötigen Evidenz des Verfahrensverstößes fehle. Aus diesem Grund hat der I. Senat seinen Beschluss I R 25/06 vom 22.8.2006<sup>6</sup> nach Rücknahme der Revision in dieser Sache durch nicht veröffentlichten Beschluss I R 25/06 vom 29.4.2008<sup>7</sup> aufgehoben.

§ 8 Abs. 4 KStG wurde durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 **3022** durch **§ 8c KStG** ersetzt (s. dazu Rz. III 3100 ff.). § 8 Abs. 4 KStG in der

1 BGBl. I 1997, 2590 = BStBl. I 1997, 928.

2 BGBl. I 1997, 3121 = BStBl. I 1998, 7.

3 Az. des BVerfG: 2 BvL 2/09. S. auch die Ergänzung zum Vorlagebeschluss durch BFH v. 14.3.2011 – I R 95/04, BFH/NV 2011, 1192 = GmbHR 2011, 662.

4 BFH v. 27.8.2008 – I R 78/01, DStR 2009, 158 = GmbHR 2009, 267.

5 BVerfG v. 15.1.2008 – 2 BvL 12/01, DStR 2008, 556; Vorlagebeschluss BFH v. 18.7.2001 – I R 38/99, BStBl. II 2002, 27 = GmbHR 2002, 29.

6 BFH v. 22.8.2006 – I R 25/06, BStBl. II 2007, 793 = GmbHR 2006, 1277.

7 Hinweis in BFH v. 27.8.2008 – I R 78/01, GmbHR 2009, 267 = DStR 2009, 158, am Ende.

am 23.12.2001 geltenden Fassung ist nach § 34 Abs. 6 Satz 4 KStG neben § 8c KStG letztmals anzuwenden, wenn

- mehr als die Hälfte der Anteile an einer Kapitalgesellschaft innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren, der vor dem 1.1.2008 beginnt, übertragen werden *und*
- der Verlust der wirtschaftlichen Identität vor dem 1.1.2013 eintritt<sup>1</sup>.

3023 Nach § 8 Abs. 4 Satz 1 KStG in der grundsätzlich bis VZ 2007 geltenden Fassung ist Voraussetzung für den Verlustabzug nach § 10d EStG einer GmbH, dass sie nicht nur rechtlich, sondern auch **wirtschaftlich** mit der Körperschaft identisch ist, die den Verlust erlitten hat. Dieser Grundsatz wird in den **Sätzen 2 bis 4** des § 8 Abs. 4 KStG konkretisiert.

Satz 2	Wirtschaftliche Identität liegt insbesondere dann nicht vor, wenn 1. mehr als die Hälfte der Anteile an einer Kapitalgesellschaft übertragen werden <i>und</i> 2. die Kapitalgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen fortführt oder wieder aufnimmt.	= Schädliche Anteilsübertragung ( <b>Prüfungsschritt 1</b> )  = Schädliche Betriebsvermögenszuführung ( <b>Prüfungsschritt 2</b> )
Satz 3	Die Zuführung neuen Betriebsvermögens ist unschädlich, wenn sie 1. allein der Sanierung des Geschäftsbetriebs dient, der den verbleibenden Verlustabzug iS des § 10d Abs. 3 Satz 2 EStG verursacht hat, <i>und</i> 2. die Körperschaft den Geschäftsbetrieb in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang in den folgenden fünf Jahren fortführt.	= Sanierungsklausel ( <b>Prüfungsschritt 3</b> )  = Fünfjährige Fortführung in vergleichbarem Umfang ( <b>Prüfungsschritt 4</b> )
Satz 4	Entsprechendes gilt für den Ausgleich des Verlustes vom Beginn des Wirtschaftsjahres bis zum Zeitpunkt der Anteilsübertragung.	= Identitätswechsel während des Wirtschaftsjahres

1 S. das Beispiel in BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 38. S. zu verschiedenen Fallkonstellationen der Übergangsvorschrift R. Neumann, GmbH-StB 2007, 249 (253).

Die Regelung gilt nach § 10a Satz 4 iVm. § 36 Abs. 9 Satz 1 und 2 GewStG 3024 aF für den **gewerbesteuerlichen Verlustvortrag** entsprechend.

Die Finanzverwaltung hat mit Schreiben vom 16.4.1999 zu Zweifelsfragen 3025 des § 8 Abs. 4 KStG Stellung genommen<sup>1</sup>. Das Schreiben wird im Folgenden als „**Mantelkauferschluss**“ zitiert.

§ 8 Abs. 4 Satz 2 KStG enthält nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>2</sup> und 3026 des BFH<sup>3</sup> nur eine beispielhafte (**nicht abschließende**) Aufzählung denkbarer Fallgestaltungen, bei denen eine wirtschaftliche Identität nicht mehr gegeben ist. Es ist somit durchaus denkbar, dass der Verlustabzug auch in anderen Fallgestaltungen versagt werden muss, wenn die Kapitalgesellschaft, die den Verlustabzug begehrt, mit der, die den Verlust erlitten hat, wirtschaftlich *nicht* identisch ist<sup>4</sup>.

**Beachte:** Das Tatbestandsmerkmal „**Betriebseinstellung**“ findet sich in 3027 der Regelung nicht. Ob der verlustverursachende Geschäftsbetrieb nach einer Anteilsübertragung fortgeführt oder eingestellt wird, ist zunächst ohne Bedeutung, wenn das Tatbestandsmerkmal „Betriebsvermögenszuführung“ nicht erfüllt ist. Auch eine Verpachtung des bisher aktiven Geschäftsbetriebes durch die Verlust-GmbH hindert den Verlustabzug für sich allein betrachtet nicht<sup>5</sup>. Die Frage ob der Verlust-Betrieb eingestellt wurde oder nicht, ist allerdings für die Sanierungsproblematik von Belang (s. dazu Rz. III 3073 ff.).

1 BMF v. 16.4.1999 – IV C 6 - S 2745 - 12/99, BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497 (Mantelkauferschluss).

2 Tz. 25 Mantelkauferschluss, BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

3 BFH v. 13.8.1997 – I R 89/96, BStBl. II 1997, 829 = GmbHR 1997, 1111 mwN zur diesbezüglich herrschenden Meinung.

4 Das Regelbeispiel des § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG setzt dabei einen Maßstab für die unter Satz 1 zu fassenden Sachverhalte. Sie müssen Voraussetzungen erfüllen, die mit den in Satz 2 genannten wirtschaftlich vergleichbar sind (BFH v. 28.5.2008 – I R 87/07, GmbHR 2008, 1273 mit Komm. *Roser*).

5 BFH v. 28.5.2008 – I R 87/07, GmbHR 2008, 1273: Im Streitfall lag eine schädliche Anteilsübertragung, aber keine schädliche Betriebsvermögenszuführung vor. Die Änderung des Unternehmenszwecks von einer aktiv tätigen zu einer vermögensverwaltenden Gesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung (Branchenwechsel) stellt für sich betrachtet dann keine wirtschaftlich mit dem Regelbeispiel vergleichbare Situation dar.



## II. Schädliche Anteilsübertragung (erster Prüfungsschritt)

3028 Der erste Prüfungsschritt im Bereich des § 8 Abs. 4 KStG ist die Erfassung von sog. schädlichen Anteilsübertragungen. Eine schädliche Anteilsübertragung liegt nach dem Gesetzeswortlaut jedenfalls dann vor, wenn mehr als 50 % der Anteile übertragen werden.

### 1. Anteilsübertragungen im engeren Sinne

3029 Anteilsübertragung bedeutet die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums auf eine andere Person. Der Übertragungsempfänger kann auch ein Mitgesellschafter sein. Die rein **treuhänderische Übertragung von Anteilen** führt nur zum Übergang des zivilrechtlichen, nicht aber des wirtschaftlichen Eigentums und hat auf die wirtschaftliche Identität der Kapitalgesellschaft keinen Einfluss.

- Der klassische Fall der Anteilsübertragung ist die **entgeltliche Anteilsübertragung**, der ein Veräußerungsgeschäft zugrunde liegt. Sie fällt ebenso unter § 8 Abs. 4 KStG wie Tauschgeschäfte. Auch die Wiederherstellung einer zu früheren Zeiten gehaltenen Mehrheitsbeteiligung sowie die Veräußerung an einen Mitgesellschafter können schädlich sein<sup>1</sup>.
- Als Anteilsübertragung gilt auch die **unentgeltliche Anteilsübertragung**<sup>2</sup>. Dies gilt insbesondere für die Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Dagegen werden Anteilsübertragungen durch **Erbfall** und **Erbaueinandersetzung** nicht von § 8 Abs. 4 KStG erfasst<sup>3</sup>.

### 2. Anteilsübertragungen im weiteren Sinne

3030 Nach Ansicht der Finanzverwaltung stellt nicht nur die Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums eine Anteilsübertragung iS des § 8 Abs. 4 KStG dar. Vielmehr sollen bestimmte Gesellschafterleistungen ebenfalls unter diese Vorschrift subsumiert werden, weil sie einer Anteilsübertragung wirtschaftlich gleichgestellt sind<sup>4</sup>. Hierunter fallen insbesondere die **Kapitalerhöhung** sowie bestimmte **Umwandlungsvorgänge**.

---

1 BFH v. 17.5.2010 – I R 57/09, GmbHR 2010, 1112 = BFH/NV 2010, 1859.

2 S. auch FG Köln v. 16.3.1995 – 13 K 1622/93, EFG 1995, 985.

3 Tz. 4 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

4 Tz. 25 ff. Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

### a) Kapitalerhöhung

Als Übertragung gilt auch die Kapitalerhöhung gegen Einlagen. Sie ist **3031** schädlich, wenn der neu eintretende Gesellschafter zu mehr als 50 % an der Verlust-GmbH beteiligt wird<sup>1</sup>. Entsprechendes gilt, wenn sich die Quote eines Gesellschafters um mehr als 50 % erhöht. Erhöht sich dagegen nur der nominelle Anteil der bisherigen Gesellschafter um mehr als 50 %, bleibt aber die Beteiligungsquote unverändert, handelt es sich nicht um eine schädliche Anteilsübertragung<sup>2</sup>.

#### Beispiel 1

A ist Alleingesellschafter der A-GmbH. Das Stammkapital wird von 100 000 Euro auf 300 000 Euro erhöht. Die neuen Anteile übernimmt A.

Es handelt sich *nicht* um eine schädliche Anteilsübertragung, weil sich die Beteiligungsquote des A nicht ändert. Dass sich der nominelle Kapitalanteil von 100 000 Euro auf 300 000 Euro mehr als verdoppelt, ist unbeachtlich.

#### Beispiel 2

Sachverhalt wie in Beispiel 1. Die neuen Anteile übernimmt a) der fremde Dritte D gegen Zahlung eines am Wert der Gesellschaft orientierten Agios bzw. b) der Sohn S gegen Einzahlung der Stammeinlage (kein Agio, mittelbare Schenkung).

In beiden Fällen liegt eine schädliche Übertragung vor.

#### Beispiel 3

Sachverhalt wie in Beispiel 1. Von dem Erhöhungskapital von 200 000 Euro übernehmen A 80 000 Euro und S 120 000 Euro. Danach ist A mit 60 % und S mit 40 % beteiligt. Der neue Anteil des Sohnes ist zwar nominell höher als der Anteil des Vaters vor der Kapitalerhöhung. Es handelt sich aber dennoch nicht um eine schädliche Anteilsübertragung, weil S nach der Kapitalerhöhung nicht zu mehr als 50 % an der GmbH beteiligt ist.

#### Beispiel 4

Sachverhalt wie in Beispiel 1. Es werden jedoch zwei Kapitalerhöhungen durchgeführt, nämlich zunächst um 120 000 Euro, die S allein übernimmt (Quote S = 54,5 %), danach um weitere 80 000 Euro, die allein A zeichnet (Quote S = 40 %).

Die erste Kapitalerhöhung ist eine schädliche Anteilsübertragung, weil S als neu eintretender Gesellschafter mehr als 50 % der Anteile übernimmt.

### b) Umwandlung

Wird eine Gewinngesellschaft auf die Verlustgesellschaft verschmolzen, so **3032** liegt hierin eine schädliche Anteilsübertragung, wenn nach der Verschmel-

1 BFH v. 27.8.2008 – I R 78/01, DStR 2009, 158 = GmbHR 2009, 267.

2 S. zu den folgenden Beispielen R. Neumann, StB 2002, 246 (249).

zung ein schädlicher Wechsel der Beteiligungsverhältnisse eingetreten ist (die Verschmelzung gilt gleichzeitig als Vermögenszuführung bei der aufnehmenden Verlustgesellschaft). Entscheidend ist, ob an der Verlustkapitalgesellschaft beteiligte Gesellschafter ihre Beteiligungsquoten durch Veräußerung, Schenkung, Kapitalerhöhung oder Verschmelzung um insgesamt mehr als 50 % verändern.

#### Beispiel 5

An der Verlust-GmbH ist A mit 100 % beteiligt. Die Gewinn-GmbH mit B als alleinigem Gesellschafter wird auf die Verlust-GmbH verschmolzen. Als Ausgleich für die untergehenden Anteile an der Gewinn-GmbH erhält B 60 % der Anteile an der Verlust-GmbH. Es liegt eine schädliche Anteilsübertragung vor.

#### Beispiel 6

Sachverhalt wie in Beispiel 5. B bringt seinen Anteil an einer KG erfolgsneutral nach § 20 UmwStG in die Verlust-GmbH ein und erhält dafür eine 60%ige Beteiligung an der Verlust-GmbH.

Auch hier liegt eine schädliche Anteilsübertragung vor.

### 3. Keine Anteilsübertragungen iS des § 8 Abs. 4 KStG

3033 Keine schädlichen Anteilsübertragungen stellen die folgenden Vorgänge dar:

- die Ausgabe von Genussrechten (umstritten bei Genussrechten, die eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös vermitteln<sup>1</sup>),
- die Einräumung einer typisch oder atypisch stillen Beteiligung<sup>2</sup> sowie
- die Zuführung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen<sup>3</sup>.

#### 4. § 8 Abs. 4 KStG im Konzern

3034 Auch Anteilsübertragungen im Konzern können zum Verlust der wirtschaftlichen Identität führen. Insoweit ist danach zu differenzieren, ob es sich um unmittelbare oder mittelbare Anteilsübertragungen handelt.

- Bei einer **unmittelbaren Übertragung** von mehr als 50 % der Anteile stellt sich die Frage, ob eine solche Übertragung auch dann schädlich

1 S. dazu *Dötsch* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG Rz. 49 (Stand: Dezember 2012).

2 BFH v. 28.5.1997 – VIII R 25/96, BStBl. II 1997, 724 = GmbHR 1997, 1013, wobei die Abwendung des § 8 Abs. 4 KStG bei Einräumung einer atypisch stillen Beteiligung nicht unumstritten ist (vgl. *Dötsch*, Beilage DB 8/1999, 9).

3 BFH v. 19.5.1992 – VIII R 16/88, BStBl. II 1992, 902 = GmbHR 1992, 764.

sein kann, wenn der Erwerber der Anteile wiederum ein Konzernmitglied ist.

- Fraglich ist des Weiteren, ob auch dann eine schädliche Anteilsübertragung vorliegt, wenn lediglich **mittelbar** mehr als 50 % der Anteile an einer Verlustgesellschaft übertragen werden.

Entsprechende Fragen stellen sich bei **Umwandlungen** im Konzern.

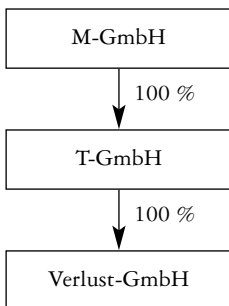
### a) Unmittelbare Übertragungen im Konzern

Überträgt eine Konzerngesellschaft ihre Beteiligung an einer Verlust-Tochtergesellschaft an eine andere Konzerngesellschaft, so wird dieser Vorgang nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>1</sup> wie eine Veräußerung an einen Dritten behandelt. Die Tatsache, dass eine Konzernobergesellschaft nach einer unmittelbaren Übertragung der Anteile an der Verlust-GmbH die Verlust-GmbH weiterhin kontrolliert, ist unbeachtlich. Der BFH hat diese Rechtsauffassung bestätigt<sup>2</sup>. Maßgeblich ist alleine, dass § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG die Übertragung der Geschäftsanteile der betreffenden GmbH auf eine qualifizierte Mehrheit von Neugesellschaftern erfordert. Eine **Konzernklausel** enthält § 8 Abs. 4 KStG nicht.

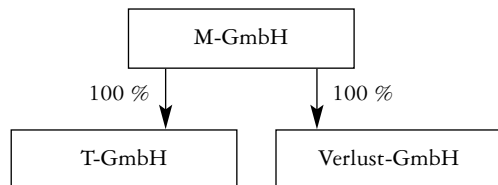
#### Beispiel 1

Die M-GmbH ist Alleingeschafterin der T-GmbH, die ihrerseits zu 100 % an der Verlust-GmbH beteiligt ist. Die T-GmbH veräußert ihre Beteiligung an der Verlust-GmbH an die M-GmbH.

Ausgangskonstellation:



Zielkonstellation:



1 Tz. 28 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

2 BFH v. 20.8.2003 – I R 81/02, BStBl. II 2004, 614 = GmbHR 2004, 126.

Es handelt sich um eine schädliche Anteilsveräußerung, weil mehr als 50 % der Anteile an der Verlust-GmbH übergehen. Dass die M-GmbH die Verlust-GmbH vorher bereits durch ihre Beteiligung an der T-GmbH – und damit mittelbar – beherrschte, ist unbeachtlich.

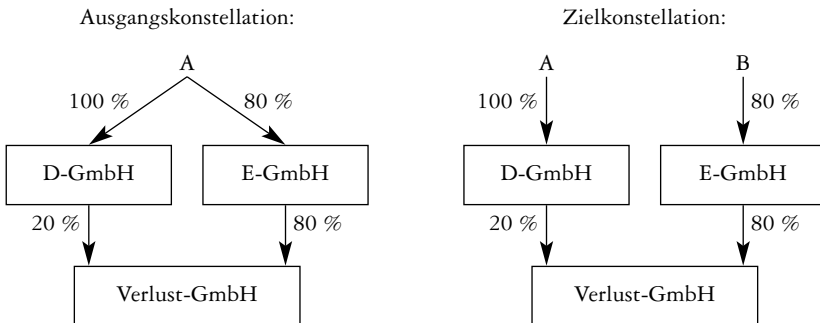
**Beachte:** Konsequenz dieser Betrachtungsweise ist auch, dass die Übertragung auf eine **Personengesellschaft**, an der die übertragende Kapitalgesellschaft mehrheitlich beteiligt ist, ebenfalls als schädlich angesehen wird; das ertragsteuerliche Transparenzprinzip steht dem nicht entgegen<sup>1</sup>.

### b) Mittelbare Anteilsübertragungen

3036 Nach ursprünglicher Ansicht der Finanzverwaltung<sup>2</sup> liegt eine schädliche Anteilsübertragung auch dann vor, wenn nicht die Anteile an der Verlustgesellschaft selbst, sondern Anteile auf einer höheren Konzernstufe (zB die Anteile der Mutter der Verlustgesellschaft) übertragen werden. Die Rechtsprechung ist dem jedoch nicht gefolgt. Der BFH<sup>3</sup> hat vielmehr entschieden, dass die Veräußerung von Geschäftsanteilen einer Kapitalgesellschaft, die an einer anderen (Verlust-)Kapitalgesellschaft beteiligt ist, nicht zum Verlust der wirtschaftlichen Identität der Verlustgesellschaft führt. Die Finanzverwaltung hat sich dieser Auffassung angeschlossen<sup>4</sup>.

#### Beispiel 2

A ist zu 100 % an der D-GmbH und zu 80 % an der E-GmbH beteiligt. Die D-GmbH hält ihrerseits 20 %, die E-GmbH 80 % der Anteile an der Verlust-GmbH. A verkauft seine Anteile an der E-GmbH an B.



1 BFH v. 20.8.2003 – I R 81/02, BStBl. II 2004, 614 = GmbHR 2004, 126; BFH v. 27.8.2008 – I R 78/01, DStR 2009, 158 = GmbHR 2009, 267.

2 Tz. 28 Mantelkaufert., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

3 BFH v. 20.8.2003 – I R 61/01, BStBl. II 2004, 616 = GmbHR 2003, 1441.

4 OFD Erfurt v. 21.12.2004 – S 2745 A - 11 - L233, DStR 2005, 380.

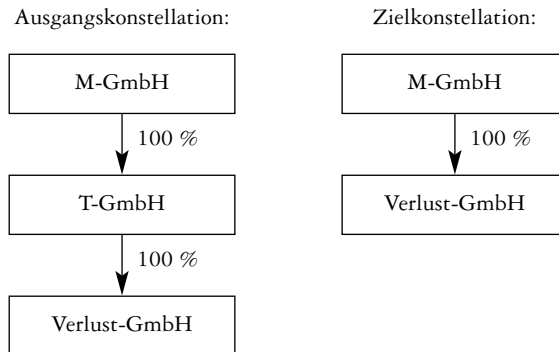
A ist an der Verlust-GmbH durchgerechnet mit  $(80 \% \times 80 \% + 100 \% \times 20 \%) = 84 \%$  beteiligt. Nach Veräußerung der Anteile an der E-GmbH ist er nur noch zu  $(100 \% \times 20 \%) = 20 \%$  beteiligt. Er hat damit mittelbar  $(84 \% - 20 \%) = 64 \%$  der Anteile an der Verlust-GmbH übertragen. Gleichwohl liegt eine schädliche Anteilsübertragung nicht vor, da der unmittelbare Anteilseigner der Verlust-GmbH – die E-GmbH – nicht wechselt.

### c) Umwandlungen im Konzern

Ähnlich wie im Fall der einfachen GmbH können auch im Konzern Um- 3037 wandlungen schädliche Anteilsübertragungen darstellen.

#### Beispiel 3

Die M-GmbH ist zu 100 % an der T-GmbH und diese wiederum an der Verlust-GmbH beteiligt. Die T-GmbH wird auf die Verlust-GmbH verschmolzen (down-stream-merger).



Die überwiegende Literaturmeinung lehnt eine Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG auf diesen Fall ab, weil innerkonzernliche Umstrukturierungen die wirtschaftliche Identität der Verlustgesellschaft nicht tangieren<sup>1</sup>. Die Finanzverwaltung<sup>2</sup> nimmt allerdings auch hier einen schädlichen Anteilseignerwechsel an. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des BFH<sup>3</sup>, da nach der Verschmelzung nicht mehr die T-GmbH, sondern die M-GmbH alleinige Anteilseignerin der Verlust-GmbH ist<sup>4</sup>.

Umstrukturierungen im Konzern sind nach Meinung des BMF generell 3038 schädliche Anteilsübertragungen. Eine Ausnahme wird nur bei Übertragung-

1 Braun, StBp 1999, 13; Breuninger/Frey, GmbHR 1998, 866; Djanani/Brähler/Zölch, BB 2000, 1497; Neyer, BB 1998, 869; Prinz, FR 1996, 769.

2 Tz. 11.30 UmwSt.-Erl., BStBl. I 1998, 268 = GmbHR 1998, 444.

3 BFH v. 20.8.2003 – I R 81/02, BStBl. II 2004, 614 = GmbHR 2004, 126.

4 S. auch BFH v. 20.6.2011 – I B 108/10, GmbHR 2011, 111.

gen im Bereich verbundener Unternehmen iS des § 271 Abs. 2 HGB gemacht, wenn

- **mittelbare** Beteiligungen nach Maßgabe der §§ 11 ff. oder §§ 20 ff. UmwStG erfolgsneutral umstrukturiert werden **und dabei**
- nach der Umstrukturierung weiterhin mittelbare Beteiligungen an der Verlustgesellschaft bestehen<sup>1</sup>.

3038.1 Dagegen sind Umwandlungen mittelbarer Beteiligungen nach den §§ 3 ff. **UmwStG** (Umwandlung Kapitalgesellschaft in Personengesellschaft) nach der Verwaltungsmeinung **nicht begünstigt**. Auch erfolgsneutrale Umwandlungen unmittelbarer Beteiligungen sind nach Verwaltungsauffassung immer schädliche Übertragungen gem. § 8 Abs. 4 KStG.

3039 Nach der **Rechtsprechung**<sup>2</sup> kommt es ausschließlich darauf an, ob die Anteile an der Verlustgesellschaft selbst und unmittelbar übertragen werden; Verschmelzungen von der Verlustgesellschaft übergeordneten Gesellschaften dürften demzufolge unschädlich sein. Die Verschmelzung der Verlustgesellschaft selbst – zB auf die Mutter- oder eine Schwestergesellschaft – stellt demgegenüber eine schädliche Anteilsübertragung iS des § 8 Abs. 4 KStG dar, wenn nach der Umstrukturierung mehrheitlich andere Gesellschafter als bisher an der Verlustgesellschaft beteiligt sind.

## 5. Übertragung von mehr als der Hälfte der Anteile

3040 Bei der Prüfung, ob mehr als die Hälfte der Anteile übertragen werden, ist zunächst zu entscheiden, ob auf den Kapitalanteil oder auf den Stimmanteil abzustellen ist.

- Grundsätzlich ist die **Höhe der Nominalbeteiligung maßgebend**. Dabei sind auch stimmrechtslose **Vorzugsaktien als Anteile** anzusehen. Gleiches dürfte für **Bezugsrechte** auf eine Beteiligung an einer GmbH gelten<sup>3</sup>, da die entgeltliche Einräumung eines Bezugsrechtes einer Anteilsübertragung gleichsteht<sup>4</sup>. Um hier zu einer zutreffenden Berechnung des übertragenen Anteils zu gelangen, ist das maßgebliche Nennkapital allerdings um das Bezugsrecht zu erhöhen.

1 Tz. 28 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

2 BFH v. 20.8.2003 – I R 81/02, BStBl. II 2004, 614 = GmbHR 2004, 126; BFH v. 20.8.2003 – I R 61/01, GmbHR 2003, 1441.

3 R. Neumann, FR 1999, 682.

4 BFH v. 13.10.1992 – VIII R 3/89, BStBl. II 1993, 477 = GmbHR 1993, 378.

- Verteilen sich die Stimmrechte anders als die Kapitalanteile, so ist nach Verwaltungsmeinung in Ausnahmefällen auf die **Stimmrechte** abzustellen<sup>1</sup>. Wann ein solcher Ausnahmefall vorliegt, wird jedoch nicht erläutert.

Hält die Kapitalgesellschaft **eigene Anteile**, so ist die nominelle Beteiligung zu dem um die eigenen Anteile gekürzten Nennkapital ins Verhältnis zu setzen<sup>2</sup>. Bei Existenz eigener Anteile kann dadurch die Schädlichkeitsgrenze des § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG ausnahmsweise auch bei Veräußerung von weniger als 50 % überschritten werden. 3041

#### Beispiel 1

Die Verlust-GmbH mit einem Stammkapital von 100 000 Euro hält eigene Anteile iH von 20 000 Euro. Die übrigen Anteile verteilen sich auf A mit 36 000 Euro und B mit 44 000 Euro. B veräußert seine Anteile an C.

Die übertragenen Anteile belaufen sich auf  $(44\,000/80\,000 =) 55\%$  und übersteigen die Schädlichkeitsgrenze<sup>3</sup>.

Finden mehrere Übertragungen statt, so sind diese ggf. zusammenzurechnen. Dabei gilt nach Ansicht der Finanzverwaltung Folgendes<sup>4</sup>. 3042

- Werden innerhalb von fünf Jahren mehr als 50 % der Anteile übertragen, so liegt eine schädliche Anteilsübertragung vor. Ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Anteilsübertragungen ist nicht erforderlich.
- Die Fünfjahres-Frist ist nur ein Mindestanforderungsmerkmal. Besteht ein wirtschaftlicher oder sachlicher Zusammenhang zwischen den Veräußerungsvorgängen, so können die Übertragungen auch dann zusammengefasst werden, wenn die Fünfjahresfrist überschritten wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn die **zeitliche Streckung** der Anteilsübertragungen durch vertragliche Nebenabreden abgesichert ist und auf einem **einheitlichen Plan** beruht.

1 Tz. 30 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497. S. hierzu auch BFH v. 13.8.1997 – I R 89/96, BStBl. II 1997, 829 = GmbHR 1997, 1111. S. auch R. *Neumann*, FR 1999, 682.

2 BFH v. 25.11.1997 – VIII R 36/96, BFH/NV 1998, 691 = GmbHR 1998, 753 (LS).

3 S. auch *Franzen*, DB 2000, 847; *Klingberg*, BB 1998, 1573.

4 Tz. 6 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.



**Beratungshinweis**

Der BFH hat entschieden, dass die Zusammenrechnung von Anteilsübertragungen grundsätzlich zulässig ist<sup>1</sup>. Allerdings lagen zwischen den Übertragungsvorgängen im entschiedenen Fall fünfzehn Monate und wurde ein wirtschaftlicher Zusammenhang geprüft und bejaht. Es erscheint daher durchaus nicht gesichert, dass die strenge Haltung der Finanzverwaltung einer gerichtlichen Überprüfung standhalten würde. Vielmehr sollte, wie beim Zusammenhang zwischen schädlicher Anteilsübertragung und schädlicher Betriebsvermögenszuführung (s. Rz. III 3047), ein Zeitraum von einem Jahr einen sachlichen Zusammenhang indizieren<sup>2</sup>.

- 3043 Umstritten ist, ob auch solche **Anteilsübertragungen** innerhalb der Fünfjahres-Frist zu berücksichtigen sind, die ganz oder teilweise **vor der Verlustphase** stattgefunden haben.

**Beispiel 2**

A erwirbt im März 01 35 % der Anteile an der X-GmbH. Die Gesellschaft erwirtschaftet bis zum 31.12.02 Gewinne und ab dem Jahr 03 Verluste. Am 1.7.05 erwirbt A weitere 20 % der Anteile.

Innerhalb eines Zeitraums von 5 Jahren wurde die Mehrheit der Anteile übertragen. Da § 8 Abs. 4 KStG eine Missbrauchsvorschrift darstellt und zum Zeitpunkt der Übertragung kein Verlustvortrag vorlag, der „missbräuchlich“ verwendet werden konnte, ist die Anteilsübertragung in 01 nicht einzubeziehen. Eine schädliche Anteilsübertragung liegt demzufolge nicht vor<sup>3</sup>.

- 3044 Eine Mehrzahl von Anteilsübertragungen ist auch dann zusammenzufassen, wenn es sich um **Übertragungen durch mehrere Veräußerer oder an mehrere Erwerber** handelt. Hier kann eine schädliche Veräußerung anzunehmen sein, wenn die Übertragungsvorgänge innerhalb des Fünfjahreszeitraums insgesamt ein Volumen von 50 % des Nennkapitals übersteigen. Dies gilt auch dann, wenn weder Erwerber noch Veräußerer in Ausübung gleichgerichteter Interessen handeln.

1 BFH v. 13.8.1997 – I R 89/96, BStBl. II 1997, 829 = GmbHR 1997, 1111.

2 *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, § 8 KStG Anm. 185b (Stand Mai 2008).

3 AA *R. Neumann*, StB 2002, 246 (248). Wie hier *Hörger/Endres*, GmbHR 2000, 569 (571). S. auch die Hinweise in Rz. III 3115 zu dieser Frage im Zusammenhang mit § 8c KStG.

**Beratungshinweis**

Im Regelfall sehen GmbH-Gesellschaftsverträge vor, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung geknüpft ist. Erkennbar schädliche Anteilsübertragungen, die zu einem Wegfall des Verlustvortrags führen können, sind daher im Allgemeinen von den Mitgesellschaftern vermeidbar. Problematisch sind die Fälle, in denen den Mitgesellschaftern lediglich ein Vorkaufsrecht zusteht.

Die **mehrfache Übertragung eines nämlichen Anteils** innerhalb des 3045  
fünfjährigen Betrachtungszeitraums wird zur Berechnung der maßgeblichen 50 %-Quote nur einmal als Anteilsübertragung gezählt. Dies sollte auch dann gelten, wenn der Anteil anlässlich der zweiten Veräußerung geteilt wird und die nach Teilung entstandenen Anteile an andere Erwerber übertragen werden<sup>1</sup>.

### III. Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens (zweiter Prüfungsschritt)

#### 1. Grundsätze

Liegt eine schädliche Anteilsübertragung vor, so setzt die Anwendung von 3046  
§ 8 Abs. 4 KStG weiter voraus, dass die GmbH ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen fortführt oder wieder aufnimmt.

**Beratungshinweis**

Aufgrund der Formulierung „fortführt oder wieder aufnimmt“ ist das Tatbestandsmerkmal „BetriebsEinstellung“ für § 8 Abs. 4 KStG 1997 – anders als noch in § 8 Abs. 4 KStG 1990 – nicht mehr enthalten. Eine BetriebsEinstellung ist damit ohne Belang, wenn das Tatbestandsmerkmal der „Betriebsvermögenszuführung“ nicht erfüllt ist. Andererseits hindert in diesem Fall auch das Aufrechterhalten des Betriebs die Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG nicht. Die Frage, ob der Verlust-Betrieb eingestellt wurde, ist allerdings für die Sanierungsklausel von Bedeutung (s. Rz. III 3073 ff.).

<sup>1</sup> R. Neumann, StB 2002, 246 (248).

3047 Nach Ansicht der Finanzverwaltung muss zwischen der Zuführung neuen Betriebsvermögens und der Anteilsübertragung ein **zeitlicher Zusammenhang** bestehen. Tz. 12 des **Mantelkauferrlasses** konkretisierte dieses Erfordernis ursprünglich dahingehend, dass idR neues Betriebsvermögen zu berücksichtigen ist, das innerhalb von **fünf Jahren nach** der schädlichen Anteilsübertragung zugeführt wird. Nach Tz. 31 kann jedoch im Einzelfall auch eine Betriebsvermögenszuführung **vor** dem Zeitpunkt der Anteilsübertragung schädlich sein, zB im Fall des kollusiven Zusammenwirkens von Veräußerer und Erwerber.

Der **BFH** vertritt im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen Anteilsübertragung und Betriebsvermögenszuführung die folgenden Grundsätze.

- Ein schädlicher Zusammenhang kann auch dann vorliegen, wenn die Betriebsvermögenszuführung *vor* der Anteilsübertragung erfolgt. Jedenfalls dann, wenn mit dem Anteilseignerwechsel ein Branchenwechsel einhergeht, reicht es für den erforderlichen sachlichen Zusammenhang aus, wenn der neue Anteilseigner im Zeitpunkt seines Anteilserwerbs den objektiv vorhandenen sachlichen Zusammenhang zwischen seinem Anteilswerb und einer vorangegangenen Zuführung neuen Betriebsvermögens erkennt, billigt und sich in dem Sinne zu eigen macht, dass er mit der erworbenen Gesellschaft in dem neu begonnenen Geschäftsbereich zu arbeiten beginnt<sup>1</sup>.
- Der BFH hat im Beschluss vom 15.12.2004<sup>2</sup> entschieden, dass zwischen schädlicher Anteilsübertragung und schädlicher Betriebsvermögenszuführung ein zeitlicher *und sachlicher* Zusammenhang bestehen muss. Es sei ernstlich zweifelhaft, ob ein solcher Zusammenhang gegeben sei, wenn zwischen der schädlichen Anteilsübertragung und der Zuführung des Unternehmens nach Zuführung neuen Betriebsvermögens mehr als drei Jahre liegen. Nach dem Urteil vom 14.3.2006<sup>3</sup> besteht eine Vermutung für einen wirtschaftlichen Zusammenhang, wenn zwischen schädlicher Anteilsübertragung und schädlicher Betriebsvermögenszuführung ein Zeitraum von bis zu *einem Jahr* liegt. Das BMF geht dagegen davon aus, dass ein Zusammenhang zwar nicht mehr, wie noch in Tz. 12 Mantelkauferrl. vertreten, bei einem Zeitraum von bis zu fünf

1 BFH v. 23.2.2011 – I R 8/10, BFH/NV 2011, 1188 = GmbHR 2011, 658.

2 BFH v. 15.12.2004 – I V 88/04, BStBl. II 2005, 528.

3 BFH v. 14.3.2006 – I R 8/05, BStBl. II 2007, 602 = GmbHR 2006, 757. Bestätigt durch BFH v. 29.4.2008 – I R 91/05, BFH/NV 2008, 1258 = GmbHR 2008, 1225. S. dazu *Suchanek*, GmbHR 2006, 757; *Pezzer*, FR 2006, 728.

Jahren, aber noch bei einem Zeitraum von bis zu *zwei Jahren* anzunehmen ist<sup>1</sup>.

### Beratungshinweis

An einem sachlichen Zusammenhang fehlt es, wenn Anteile an einer Verlustgesellschaft mit Gewinn-Tochtergesellschaften übertragen und die Gewinn-Tochtergesellschaften nach der Anteilsübertragung auf die Verlust-Muttergesellschaft verschmolzen werden. Es handelt sich um eine Änderung der Unternehmensstruktur, die auch ohne zeitlichen Zusammenhang mit einer Anteilsübertragung innerhalb des Konzerns möglich gewesen wäre<sup>2</sup>.

Eine Betriebsvermögenszuführung ist nur dann schädlich iS von § 8 Abs. 4 3048 KStG und ist demzufolge nur dann zu prüfen, wenn auch eine schädliche Anteilsübertragung stattfindet. Ist dies nicht der Fall, ist § 8 Abs. 4 KStG nicht anwendbar<sup>3</sup>.

### Beispiel

Unternehmensgegenstand der Verlust-GmbH ist die Unternehmensberatung. Sie hat ihren Betrieb bereits vor einigen Jahren eingestellt und ist vermögenslos. Der alleinige Gesellschafter und Geschäftsführer A sieht in der Unternehmensberatung keine Zukunft mehr und betreibt in der Verlust-GmbH nun einen Handel mit Computerzubehör. Zu diesem Zweck stattet er die Verlust-GmbH mit erheblichem Vermögen aus.

Der Verlustvortrag ist nicht gefährdet, obschon der Geschäftsbetrieb bereits eingestellt war, überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt wird und ein Branchenwechsel vorliegt. Es fehlt am Übergang von mehr als 50 % der Anteile. Dies gilt auch für die Gewerbesteuer. § 10a Satz 4 GewStG ist *lex specialis* zu der in R und H 10a GewStR 2009 kodifizierten Rspr, wonach die Nutzung eines gewerbesteuerlichen Verlustvortrags Unternehmens- und Unternehmeridentität voraussetzt.

1 BMF v. 2.8.2007 – IV B 7 - S 2745/0, BStBl. I 2007, 624.

2 BFH v. 12.10.2010 – I R 64/09, GmbHR 2011, 215 = FR 2011, 423, unter II.3.

3 Insbesondere liegt im Regelfall kein Tatbestand des § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG vor. An einen wirtschaftlich vergleichbaren Sachverhalt im Vergleich zu einer mehr als 50%igen Anteilsübertragung sind besonders strenge Anforderungen zu stellen (FG Köln v. 22.10.2008 – 13 K 3113/07, EFG 2009, 286; rkr.).

## 2. Bilanzielle versus gegenständliche Betrachtungsweise

3049 Nach **Ansicht** der Finanzverwaltung<sup>1</sup> wird die Frage der Betriebsvermögenszuführung überprüft, indem innerhalb eines Zeitraumes von fünf Zeitjahren (nicht: Kalenderjahren)

- die fixe **Vergleichsgröße I** (= Summe der **Teilwerte des Aktivvermögens** im Zeitpunkt der schädlichen Anteilsübertragung, also dem Zeitpunkt, an dem die 50 %-Grenze überschritten wird) mit
- der variablen **Vergleichsgröße II** (Summe der **Teilwerte des Aktivvermögens zu einem beliebigen späteren Überprüfungszeitpunkt**)

verglichen wird. Wenn Vergleichsgröße II zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb der Fünfjahres-Frist – eine logische Sekunde ist ausreichend – größer ist als 200 % von Vergleichsgröße I, so ist von einer schädlichen Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens auszugehen (sog. „**bilanzielle Betrachtungsweise**“).

3050 Nur in Fällen des Branchenwechsels wendet die Finanzverwaltung zusätzlich eine sog. „**gegenständliche Betrachtungsweise**“ an. Dabei wird geprüft, ob überwiegend Wirtschaftsgüter (Aktiva) zum Einsatz kommen, die vorher nicht vorhanden waren (s. Rz. III 3068 ff.). Bei dieser Rechenart dürfen ausgeschiedene Aktiva die Vergleichsgröße II nicht mindern. **Ersatzbeschaffungen** werden damit in vollem Umfang als schädliche Betriebsvermögenszuführung angesehen.

3051 Der **BFH** hat sich in mehreren Entscheidungen generell und nicht nur für den Ausnahmefall des Branchenwechsels für die gegenständliche Betrachtung ausgesprochen<sup>2</sup>. Im Fall des Branchenwechsels gilt dies auch für **Umlaufvermögen**<sup>3</sup>. Liegt kein Branchenwechsel vor, sind jedenfalls solche Betriebsvermögenszuführungen im Bereich des Umlaufvermögens irrelevant, die sich als Ergebnis eines fortlaufenden Wirtschaftens mit dem nämlichen Betriebsvermögen darstellen (zB unfertige Leistungen) bzw. sich auf nicht die wirtschaftliche Identität des Unternehmens prägendes Umlaufvermögen beziehen (zB Anspruch gegenüber einer Rückdeckungsversicherung)<sup>4</sup>.

1 Tz. 9 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

2 S. BFH v. 8.8.2001 – I R 29/00, BStBl. II 2002, 392 – GmbHR 2001, 1121 mit Komm. *Hoffmann*; BFH v. 5.6.2007 – I R 106/05, BStBl. II 2008, 986 = GmbHR 2007, 1161; BFH v. 5.6.2007 – I R 9/06, BStBl. II 2008, 988 = GmbHR 2008, 48. S. hierzu *Altrichter-Herzberg*, BB 2008, 34; *Proschka*, BB 2008, 310.

3 BFH v. 5.6.2007 – I R 9/06, BStBl. II 2008, 988 = GmbHR 2008, 48.

4 BFH v. 1.7.2009 – I R 101/08, GmbHR 2009, 1115 = BFH/NV 2009, 1838.

Die Auswirkungen der BFH-Rechtsprechung zeigt das folgende Beispiel<sup>1</sup>. 3052

### Beispiel

Die X-GmbH (Busunternehmen) verfügt über einen Reisebus mit einem (Rest-)Teilwert von 300000 Euro. Nach einem Gesellschafterwechsel erwirbt die GmbH im Eintausch gegen das alte Fahrzeug einen neuen, etwas kleineren Bus für 350000 Euro. Nach den vom BFH aufgestellten Grundsätzen geht ein eventueller Verlustabzug unter, da die (normale) Ersatzbeschaffung eine Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen darstellt und nicht der Sanierung gedient hat.

Die **Finanzverwaltung** hatte auf das Urteil v. 8.8.2001<sup>2</sup> noch mit einem **Nichtanwendungserlass** reagiert<sup>3</sup>. Mit Schreiben vom 4.12.2008<sup>4</sup> hat das BMF die beiden BFH-Entscheidungen vom 5.6.2007 (s. Rz. III 3051) für anwendbar erklärt und gegenteilige frühere Anweisungen im Mantelkauf-erlass aufgehoben. Unklar ist, ob das BMF damit in sämtlichen Fällen die gegenständliche Betrachtungsweise des BFH übernimmt oder nur in Fällen des Branchenwechsels seine – bereits bisher vertretene – gegenständliche Betrachtungsweise nach Maßgabe der neueren BFH-Rechtsprechung modifiziert; es dürfte wohl davon auszugehen sein, dass das BMF-Schreiben insoweit missverständlich ist und die Finanzverwaltung in Nicht-Branchenwechsel-Fällen weiterhin die bilanzielle Betrachtungsweise zugrunde legt<sup>5</sup>. 3053

### 3. Betriebs- versus Teilbetriebsbetrachtung

Unabhängig davon, ob die Betriebsvermögenszuführung bilanziell oder gegenständlich zu prüfen ist, ist die Vergleichsgröße zu bestimmen. 3054

#### Beispiel 1

Die Verlust-GmbH betreibt einen Handel mit EDV-Zubehör in Köln und ein Unternehmensberatungsbüro in Bonn. Der Gesellschafter stattet das Büro in Bonn mit neuem Betriebsvermögen aus.

1 R. Neumann, StB 2002, 246 (256).

2 BFH v. 8.8.2001 – I R 29/00, BStBl. II 2002, 392 = GmbHR 2001, 1121 mit Komm. Hoffmann.

3 BMF v. 17.6.2002 – IV A 2 - S 2745 - 8/02, BStBl. I 2002, 629 = GmbHR 2002, 663.

4 BMF v. 4.12.2008 – IV C 7 - S 2745/07/10003, BStBl. I 2008, 1033 = GmbHR 2009, 107.

5 OFD Münster v. 13.8.2009 – S 2745 - 140 - St 13 - 33 (Ms), FR 2009, 973, Punkt 1. Der BFH geht in seiner Entscheidung v. 24.11.2009 (I R 56/09, GmbHR 2010, 654 = BFH/NV 2010, 1123, unter II.2. a der Entscheidungsgründe) jedoch wohl davon aus, dass sich die Finanzverwaltung vollumfänglich der gegenständlichen Betrachtungsweise angeschlossen hat.

Fraglich ist, ob nur das Aktivvermögen des Büros in Bonn oder das Gesamtvermögen der Verlust-GmbH als Vergleichsgröße I heranzuziehen ist. Nach Auffassung des BMF<sup>1</sup> und Teilen der Literatur<sup>2</sup> hat jede Kapitalgesellschaft nur einen einheitlichen Geschäftsbetrieb und ist eine separate Betrachtung einzelner Teilbetriebe oder Geschäftsparten unzulässig. Eine betriebsteilbezogene Betrachtung wie beim Übergang des Verlustabzugs in Verschmelzungsfällen nach § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG aF scheidet im Geltungsbereich des § 8 Abs. 4 KStG mangels gesetzlicher Grundlage aus. Es kommt daher auch bei mehreren Teilbetrieben einer Kapitalgesellschaft nicht darauf an, ob das überwiegend neue Betriebsvermögen dem verlustverursachenden oder dem gewinnträchtigen Teilbetrieb zugeführt wurde. Die Vergleichsberechnung erstreckt sich immer auf das gesamte Betriebsvermögen der Verlustkapitalgesellschaft.

### Beispiel 2

Die A-GmbH hat zwei Teilbetriebe. Teilbetrieb 1 erwirtschaftete in der Vergangenheit Verluste, während im Teilbetrieb 2 immer Gewinne erzielt wurden.

Wird der verlustverursachende Teilbetrieb 1 nach Veräußerung der Anteilsmehrheit geschlossen und der gewinnträchtige Teilbetrieb 2 weitergeführt, so bestehen keine Bedenken, den Verlustabzug zu gewähren, solange dem weitergeführten Gewinnbetrieb nicht überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt wird.

## 4. Vergleichsgröße I bei bilanzieller Betrachtungsweise

- 3055 Vergleichsgröße I ist das im Zeitpunkt der schädlichen Anteilsübertragung (Überschreiten der 50 %-Grenze; s. Rz. III 3028 ff.) vorhandene **Aktivvermögen** der Verlustkapitalgesellschaft. Vergleichsgröße I ist damit eine **Fixgröße**, die sich innerhalb des fünfjährigen Überprüfungszeitraumes nicht verändert. Die Passivseite der Bilanz bleibt vollständig außer Betracht.
- 3056 Das zum Übertragungsstichtag vorhandene Aktivvermögen ist mit den **Teilwerten** in Ansatz zu bringen. **Immaterielle Wirtschaftsgüter** einschließlich eines nicht bilanzierten Firmenwertes<sup>3</sup> sind einzubeziehen; sie bleiben allerdings unberücksichtigt, wenn sie Gegenstand eines schwebenden Vertrages sind, der noch von keiner Seite erfüllt wurde<sup>4</sup>. S. zur Einbeziehung von **Umlaufvermögen** Rz. III 3051.

1 Tz. 8 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

2 *Füger/Rieger*, DStR 1997, 1427; *Orth*, DB 1997, 2242. AA *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, § 8 KStG Anm. 190a (Stand: Oktober 2001).

3 BFH v. 12.10.2010 – I R 64/09, GmbHR 2011, 215 = FR 2011, 423, unter II.1.b.

4 OFD Kiel v. 8.6.2000 – S 2745 A - St 261, FR 2000, 844.

**Beratungshinweis**

Da die Vergleichsgröße I nur dann zu ermitteln ist, wenn eine (schädliche) Anteilsübertragung vorliegt, können aus einem für die Anteilsübertragung vereinbarten Kaufpreis häufig Rückschlüsse auf den Wert des Aktivvermögens, insbesondere des Firmenwerts, gezogen werden.

**5. Vergleichsgröße II bei bilanzieller Betrachtungsweise**

Beträgt das **Aktivvermögen** der Verlustgesellschaft zu **irgendeinem Zeitpunkt** innerhalb von **fünf Jahren** nach der schädlichen Anteilsübertragung das Doppelte der Vergleichsgröße I, so ist von einer Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen auszugehen. Unerheblich ist, ob das überwiegende Betriebsvermögen auf Dauer zugeführt wird. Auch **kurzfristige** (ggf. unterjährige) Erhöhungen der Aktiva sind schädlich. 3057

Wie bei der Ermittlung der Vergleichsgröße I wird bei der Bestimmung des maßgeblichen „neuen“ Betriebsvermögens auf die **Teilwerte** der aktiven Wirtschaftsgüter (einschließlich Firmenwert) abgestellt. 3058

**Beachte:** Nicht aktivierungsfähige Nutzungsvorteile bleiben außen vor. Allerdings werden sie von der Finanzverwaltung dann berücksichtigt, wenn sie einen Einfluss auf den Geschäftswert haben.

**Beispiel 1**

Das Aktivvermögen der Verlust-GmbH beträgt 100 000 Euro. Der neue Gesellschafter führt der Verlust-GmbH kein neues Vermögen zu. Er überlässt der Gesellschaft aber unentgeltlich ein Betriebsgrundstück mit einem Jahresmietwert von 500 000 Euro. Der Mietvertrag ist für drei Jahre unkündbar. Hierdurch kommt die GmbH schnell in die Gewinnzone und will die aufgelaufenen Verluste mit den neuen Gewinnen verrechnen. Zwar wird der GmbH kein **bilanzierungsfähiges** Aktivvermögen von außen zugeführt, weil die unentgeltliche Nutzungsüberlassung kein einlagefähiges Wirtschaftsgut darstellt<sup>1</sup>. Allerdings erhöht sich durch die unentgeltliche Nutzungsüberlassung nach Ansicht der Finanzverwaltung der Firmenwert der Verlust-GmbH und ergibt sich eine Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen.

Bei der bilanziellen Vergleichsrechnung ist aus Verwaltungssicht nur der Teil des neuen Betriebsvermögens zu berücksichtigen, das **von außen zugeführt** wurde, sei es durch Einlagen oder durch Darlehen (Bankdarlehen, Gesell- 3059

<sup>1</sup> BFH v. 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348 = GmbHR 1998, 159.



schafterdarlehen etc.)<sup>1</sup>. **Innenfinanzierte Betriebsvermögenszuführungen** sind dagegen **unschädlich** und beeinflussen Vergleichsgröße II nicht; konsequenterweise sind dann allerdings Gewinnausschüttungen hinzuzurechnen.

**Beachte:** Der BFH hat entschieden, dass in Fällen des Branchenwechsels eine innenfinanzierte Zuführung neuen Betriebsvermögens einzubeziehen ist; offen gelassen hat er jedoch, ob dies auch bei Branchengleichheit gilt<sup>2</sup>. Die Finanzverwaltung hat mit Schreiben vom 4.12.2008<sup>3</sup> zu der Rechtsprechung des BFH Stellung genommen (s. Rz. III 3053). Die Rechtsprechung wird danach angewandt, jedoch kann auf Antrag des Steuerpflichtigen für schädliche Anteilsübertragungen bis zum 1.1.2009 nach der bisherigen Verwaltungsauffassung, dokumentiert in der Tz. 9 des Mantelkauferrlasses vom 16.4.1999<sup>4</sup>, verfahren werden. Hiernach wäre nur über Einlagen und Fremdmittel zugeführtes Aktivvermögen in die Vergleichsrechnung einzubeziehen. Innenfinanzierungen müssten in Altfällen und bei entsprechendem Antrag damit unschädlich sein.

**3060** Fraglich ist, wie festgestellt werden kann, ob Betriebsvermögenszuführungen innen- oder außenfinanziert sind. Die Finanzverwaltung löst dieses Problem in der Praxis dadurch, dass sie – zu Gunsten des Steuerpflichtigen – unterstellt, dass der Vermögensaufbau vorrangig aus Gewinnen (also Eigenmitteln) finanziert wurde. Es wird mit anderen Worten unterstellt, dass alle Gewinne in erster Linie zur Finanzierung der Aktiva verwandt wurden. Damit ergibt sich im Grundfall folgendes **Rechenschema**:

Aktivvermögen zu Teilwerten	
+/- nach der schädlichen Anteilsveräußerung erzielte Ergebnisse (nicht negativ, mindestens Null Euro), soweit nicht nur aus Veränderungen der Passivseite herrührend (zB Darlehensverzichte)	
+ Offene und verdeckte Gewinnausschüttungen	
= Vergleichsgröße II	

1 Tz. 9 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

2 BFH v. 5.6.2007 – I R 106/05, BStBl. II 2008, 986 = GmbHR 2007, 1161. S. auch FG Münster v. 18.7.2011 – 9 K 2404/09 K, G, EFG 2012, 650 (Revision durch Beschluss I R 67/11 v. 4.12.2012 als unzulässig abgelehnt): Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens liegt vor, wenn Forderungen des Umlaufvermögens nach Branchenwechsel erwirtschaftet werden.

3 BMF v. 4.12.2008 – IV C 7 - S 2745/07/10003, BStBl. I 2008, 1033 = GmbHR 2009, 107.

4 BStBl. I 1999, 455.

**Beispiel 2**

Die Anteile an der Verlust-GmbH werden zum 1.7.04 veräußert. Zu diesem Zeitpunkt beträgt Vergleichsgröße I 500 000 Euro, Verbindlichkeiten bestehen nicht. Die Gesellschaft erzielt folgende Ergebnisse: WJ 05 = 100 000 Euro, WJ 06 = 200 000 Euro, WJ 07 = 300 000 Euro. Im Jahr 07 erfolgt eine Ausschüttung für 06 iH von 200 000 Euro. Die Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten werden ab dem 31.12.06 auf 300 000 Euro aufgebaut. In 06 verzichten die Anteilseigner auf ein Gesellschafterdarlehen iH von 500 000 Euro. Das Aktivvermögen entwickelt sich wie folgt: 31.12.05 = 800 000 Euro, 31.12.06 = 1 500 000 Euro, 31.12.07 = 1 500 000 Euro.

Die maßgeblichen Vergleichsgrößen II ermitteln sich wie folgt:

	31.12.05 [TEuro]	31.12.06 [TEuro]	31.12.07 [TEuro]
Aktivvermögen	800	1 500	1 500
./. Gewinn 05	- 100	- 100	- 100
./. Gewinn 06	+ 0	- 200	- 200
./. Gewinn 07	+ 0	+ 0	- 300
+ Ausschüttungen	+ 0	+ 0	+ 200
= Vergleichsgröße II	700	1 200	1 100

Der Verlust der wirtschaftlichen Identität tritt zum 31.12.06 ein, da Vergleichsgröße II zu diesem Zeitpunkt mit 1 200 000 Euro erstmals mehr als doppelt so groß ist wie Vergleichsgröße I mit 500 000 Euro. Der Verzicht auf die Gesellschafterdarlehen von 500 000 Euro spielt keine Rolle, weil hierdurch die Aktivseite der Bilanz nicht berührt wird (s. Rz. III 3064).

**6. Einzelfälle****Kredittilgung durch den Gesellschafter**

Tilgt der Gesellschafter Fremdkredite der Verlustkapitalgesellschaft, so **3061** handelt es sich nach Ansicht von Vertretern der Finanzverwaltung um eine Abkürzung des Zahlungsweges. Dies bedeutet, dass zunächst die Einlage von Barmitteln unterstellt wird, die das Aktivvermögen der GmbH erhöht; in einem zweiten Schritt werden die Barmittel dann zur Schuldentilgung verwandt<sup>1</sup>. Damit steht der Verzichtsbeitrag der Gesellschaft eine logische Sekunde lang zur Verfügung; auf diesen Zeitpunkt wäre danach zu prüfen, ob Vergleichsgröße II die Schädlichkeitsgrenze überschreitet.

<sup>1</sup> *Dötsch* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG Rz. 74 (Stand: März 2010); *R. Neumann*, StB 2002, 246 (257). AA *Herzberg*, DSrR 2001, 554, der die Aktivseite der Bilanz nur dann berührt sieht, wenn der tatsächliche Zahlungsfluss über Konten der GmbH läuft.

### Übertragung einer Geschäftssparte

- 3062 Übertragungen **gewinnträchtiger Geschäftssparten** (ohne Aktivvermögen) aus anderen Bereichen **in die Verlustkapitalgesellschaft** führen regelmäßig zu einer verdeckten Einlage eines Firmenwerts. Unabhängig davon, ob dieser Mehr-Firmenwert aktivierungsfähig ist, erhöht er das (von außen zugeführte) Aktivvermögen der Verlustkapitalgesellschaft.

### Sonstige nicht aktivierbare Vorteile

- 3063 Vorteilzuwendungen, die sich nicht in der Bilanz niederschlagen, wie zB die **unentgeltliche oder teilentgeltliche Einräumung** von nicht einlagefähigen **Nutzungsrechten** oder unentgeltliches Tätigwerden der Gesellschafter für die GmbH führen grundsätzlich nicht zu einer Erhöhung des Aktivvermögens. Soweit sich hierdurch jedoch der Firmenwert der Gesellschaft erhöht, besteht die Gefahr, dass Vergleichsgröße II beeinflusst wird.

#### Beispiel

Der neue Anteilseigner ersetzt ein bestehendes verzinsliches durch ein unverzinsliches Gesellschafterdarlehen. Durch die Abzinsung der Verbindlichkeit entsteht ein Ertrag, der mit dem bestehenden Verlustvortrag verrechnet wird.

Wenn infolge des Zinsverzichts auf der Ebene der GmbH ein höherer Firmenwert entsteht, wird durch den Ansatz dieses höheren Firmenwerts in der Vergleichsgröße II „überwiegend“ neues Betriebsvermögen zugeführt. Dadurch greift möglicherweise § 8 Abs. 4 KStG und eine Verrechnung der Verluste kommt (wenn keine Sanierung anzunehmen ist) dann ggf. nicht in Betracht<sup>1</sup>.

**Beachte:** Der BFH hat die zinslose Darlehensgewährung in einem ähnlich gelagerten Fall als unschädlich angesehen<sup>2</sup>. Allerdings hat er die Gestaltung lediglich unter dem Blickwinkel des § 42 AO geprüft.

### Verzicht auf Gesellschafterdarlehen

- 3064 Hat der neue Gesellschafter im Rahmen des Anteilserwerbs ein Gesellschafterdarlehen (als Gläubiger) mitübernommen und verzichtet er nun auf seine Forderung, so entsteht hierdurch kein neues Betriebsvermögen iS des § 8 Abs. 4 KStG<sup>3</sup>. Der Grund liegt darin, dass der Forderungsverzicht nur die Passivseite der Bilanz berührt.

1 R. Neumann, StB 2002, 246 (258).

2 BFH v. 17.10.2001 – I R 97/00, GmbHR 2002, 169 mit Komm. Eilers/Schneider.

3 GlA R. Neumann, StB 2002, 246 (258).

### Forderungsverzicht mit Besserungsschein

In der Literatur wird der Schulderrücklass mit Besserungsversprechen als zielführendes **Gestaltungsmodell** zur Verlustnutzung unter Umgehung des § 8 Abs. 4 KStG angesehen<sup>1</sup>. Hierbei wird zunächst ein **Forderungsverzicht mit Besserungsklausel** ausgesprochen. Da die Forderung zu diesem Zeitpunkt idR wertlos ist, hat die GmbH die Verbindlichkeit steuerwirksam auszubuchen<sup>2</sup>. Die Verlustvorträge werden mit dem Ertrag verrechnet, wodurch der Wegfall der Verbindlichkeit auf der Ebene der GmbH iE keine Körperschaftsteuer auslöst; die Mindestbesteuerung ist zu beachten. Im Rahmen der nachfolgenden Anteilsveräußerung wird dann die Besserungsanwartschaft an den Anteilserwerber abgetreten.

In späteren Jahren (nach dem Verlust der wirtschaftlichen Identität) tritt eine wirtschaftliche Besserung ein. Die Besserungsklausel führt zu einer gewinnmindernden Wiedereinbuchung der Verbindlichkeit. Dadurch wird der gefährdete Verlustvortrag unter Umgehung des § 8 Abs. 4 KStG „hinübergerettet“. Nach Auffassung der Finanzverwaltung kann insoweit jedoch **§ 8 Abs. 4 KStG** zur Anwendung kommen<sup>3</sup>: Liegen zu einem Zeitpunkt zwischen der Ausbuchung und der (Wieder-)Einbuchung der Verbindlichkeit die Tatbestandsvoraussetzungen für eine beschränkte Verlustberücksichtigung nach § 8 Abs. 4 KStG vor, so ist der sich aus der (Wieder-)Einbuchung ergebende steuerliche Aufwand (= Differenz zwischen dem Nennbetrag und dem Teilwert der Forderung im Verzichtszeitpunkt) danach als Aufwand zu behandeln, der unter die beschränkte Verlustberücksichtigung nach § 8 Abs. 4 KStG fällt. Der Gewinn des Wirtschaftsjahres der (Wieder-)Einbuchung ist im Rahmen der Einkommensermittlung um den Aufwandsbetrag zu erhöhen. Für die wieder auflebenden Zinsen gilt dies entsprechend. Der BFH hat dieser Rechtauffassung jedoch eine Absage erteilt und sieht in dieser Vorgehensweise auch keinen Missbrauch iS des § 42 AO<sup>4</sup>.

1 S. etwa *Breuninger/Frey*, GmbHR 1998, 866.

2 BFH v. 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307 = GmbHR 1997, 851.

3 BMF v. 2.12.2003 – IV A 2 - S 2743 - 5/03, BStBl. I 2003, 648, Punkt 2. d. S. hierzu auch *Hoffmann*, GmbHR 2005, 49.

4 BFH v. 12.7.2012 – I R 23/11, BFH/NV 2012, 1901 = GmbHR 2012, 1188. S. dazu *Hoffmann*, DStR 2012, 2058; *Hoffmann*, GmbHR 2012, 1188; *Schenkelberg*, BB 2012, 2864.

### Verpachtung von neuem Betriebsvermögen

- 3066 Wird das neue Betriebsvermögen geleast oder gepachtet statt gekauft, so kommt es nicht zu einer Erhöhung der Aktivseite der Bilanz und damit nicht zu einer Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen. Dies gilt auch dann, wenn das neue Betriebsvermögen durch den Gesellschafter oder eine – möglicherweise eigens zu diesem Zweck gegründete – Schwestergesellschaft angeschafft und an die Verlust-GmbH (als Betriebsgesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung) verpachtet wird. Die Betriebsvermögenszuführung beim Gesellschafter oder bei der Schwestergesellschaft kann der Verlust-GmbH nicht zugerechnet werden. Möglicherweise ist allerdings die in Rz. III 3067 erläuterte Rechtsprechung entsprechend anzuwenden<sup>1</sup>.

#### Beratungshinweis

Vorsicht ist geboten, wenn der Gesellschafter das neue Betriebsvermögen der Kapitalgesellschaft **unentgeltlich zur Nutzung überlässt**. Es besteht dann die Gefahr, dass sich entweder der Firmenwert der Verlust-GmbH erhöht oder ein nicht bilanzierungsfähiges, aber für Zwecke des § 8 Abs. 4 KStG (wirtschaftliche Betrachtungsweise) in Ansatz zu bringendes Nutzungsrecht entsteht.

### Bürgschaften und Sicherheiten

- 3067 Nach Ansicht des BFH<sup>2</sup> kann eine schädliche Betriebsvermögenszuführung auch anzunehmen sein, wenn der neue Gesellschafter der GmbH Sicherheiten gewährt bzw. sich für Bankschulden verbürgt. Nachdem die Finanzverwaltung hierauf zunächst mit einem Nichtanwendungserlass reagiert hatte<sup>3</sup>, wurde dieser mit Schreiben vom 4.12.2008<sup>4</sup> wieder aufgehoben.

**Beachte:** Die Einbeziehung von Bürgschaften erscheint **bedenklich**, da bereits der Geldzufluss bei Aufnahme des Kredits als Betriebsvermögenszuführung zu werten ist. Eine zusätzliche Berücksichtigung einer nicht ak-

1 S. auch *Hoffmann*, GmbHR 2001, 1125. S. zu den sich daraus ergebenden Folgefragen *R. Neumann*, StB 2002, 246 (258).

2 BFH v. 8.8.2001 – I R 29/00, BStBl. II 2002, 392 = GmbHR 2001, 1121 mit Komm. *Hoffmann*.

3 BMF v. 17.6.2002 – IV A 2 - S 2745 - 8/02, BStBl. I 2002, 629 = GmbHR 2002, 663.

4 BMF v. 4.12.2008 – IV C 7 - S 2745/07/10003, BStBl. I 2008, 1033 = GmbHR 2009, 107.

tivierungsfähigen Sicherheit käme einem Doppelansatz gleich. Eine Berücksichtigung von Bürgschaften und Sicherheiten des Gesellschafters wäre nur berechtigt, wenn man die kreditfinanzierte Vermögenszuführung selbst bei der Vergleichsberechnung außer Betracht ließe<sup>1</sup>.

### 7. Vergleichsgrößenermittlung bei gegenständlicher Betrachtungsweise

Beim sog. Branchenwechsel konnte die Zuführung neuen Betriebsvermögens nach Auffassung der Finanzverwaltung schon immer **zusätzlich** zu der oben dargestellten wertmäßigen Berechnung auch gegenständlich betrachtet werden. Nach der Rechtsprechung des BFH ist die gegenständliche Betrachtungsweise jedoch nicht auf Branchenwechsel beschränkt (s. im Einzelnen Rz. III 3051 ff.). Wann ein Branchenwechsel vorliegt, lässt sich dem BMF-Schreiben nicht entnehmen. Von Vertretern der Finanzverwaltung wird der Begriff weit ausgelegt und zB beim Wechsel vom Weinhandel zur Lagerhaltung für Weine und Spirituosen bejaht<sup>2</sup>. Da der Branchenwechsel steuerlich stärker sanktioniert wird als der „Normalfall“ (ua. auch deswegen, weil er nicht „sanierbar“ ist; s. Rz. III 3077), ist er von dem – unschädlichen – **Strukturwandel** abzugrenzen. Als Strukturwandel bezeichnet die Finanzverwaltung einen Branchenwechsel ohne wesentliche Änderung der personellen und sachlichen Ressourcen<sup>3</sup>. 3068

Im Rahmen der gegenständlichen Betrachtungsweise wird geprüft, ob überwiegend Wirtschaftsgüter (Aktiva) zum Einsatz kommen, die vorher nicht vorhanden waren. Dabei kann jedoch nicht auf die Anzahl, sondern nur auf den **Wert** dieser Wirtschaftsgüter abgestellt werden<sup>4</sup>. Schwierig zu beurteilen sind solche Fälle, in denen eine Kapitalgesellschaft auf mehreren Geschäftsfeldern tätig ist und nur eines dieser Geschäftsfelder gegen ein anderes austauscht<sup>5</sup>. 3069

1 Zutreffend R. Neumann, StB 2002, 246 (259).

2 Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG Rz. 109 (Stand: Juni 2009).

3 Tz. 19 Mantelkaufel., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497. S. hierzu aus der Rspr. BFH v. 9.12.1986 – VIII R 26/80, BStBl. II 1987, 342.

4 Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG Rz. 80 (Stand: Dezember 2012).

5 S. zu Einzelfragen Janssen, DStR 2001, 837.

**Beispiel**

Die A-GmbH betreibt einen KFZ-Handel und ein Restaurant. Wegen hoher Verluste wird der unrentable KFZ-Handel aufgegeben und gleichzeitig mit neuem Personal eine gewinnträchtige Modeboutique eröffnet. Das Restaurant wird unverändert weiter betrieben.

Es liegt hier *kein* schädlicher Branchenwechsel vor, weil der Geschäftsbereich „Restaurant“ unverändert weitergeführt wird. Dies gilt selbst dann, wenn der eingestellte Geschäftszweig einen größeren Umfang hatte als der weiterbetriebene Geschäftszweig. Da die GmbH nur über *einen* Geschäftsbereich verfügt, sollte ein Branchenwechsel nur dann anzunehmen sein, wenn **alle wesentlichen Tätigkeitsfelder** gegen neue Geschäftsbereiche ausgetauscht werden. Da der Geschäftsbetrieb der GmbH im Beispielfall nicht als eingestellt gilt, ist er außerdem **sanierbar** (wenn er nicht schädlich abgeschmolzen wird). Eine andere Lösung wäre nur denkbar, wenn § 8 Abs. 4 KStG *betriebszeitbezogen* anzuwenden wäre und es zu einer Verlustquellengliederung käme. Dies ist jedoch nicht der Fall (s. Rz. III 3054).

**8. Betriebsvermögenszuführung bei verbundenen Unternehmen**

- 3070 Probleme in Bezug auf die Berechnung des überwiegend neuen Betriebsvermögens ergeben sich immer dann, wenn die Vermögenszuführung nicht unmittelbar auf der Ebene der Verlustkapitalgesellschaft selbst, sondern auf der Ebene einer **nachgeordneten** Kapital- oder Personengesellschaft erfolgt. Zu entscheiden ist, ob es dem Regelungsgehalt des § 8 Abs. 4 KStG entspricht, die Vermögenszuführungen bei der Tochtergesellschaft der Verlustkapitalgesellschaft (Muttergesellschaft) wie eigene Vermögensmehrungen zuzurechnen.

**a) Organgesellschaften und Mitunternehmerschaften**

- 3071 Ist eine Verlustkapitalgesellschaft an einer (körperschaftsteuerlichen) Organgesellschaft oder an einer Personengesellschaft beteiligt, so ist bei der Vergleichsrechnung nach Ansicht des BMF<sup>1</sup> das Aktivvermögen dieser Tochtergesellschaften einzubeziehen, soweit die zu untersuchende Verlustkapitalgesellschaft beteiligt ist. Dabei wird nicht zwischen Beteiligungen, die die Verlustkapitalgesellschaft vor oder nach ihrem schädlichen Anteilseignerwechsel erworben hat, differenziert<sup>2</sup>.

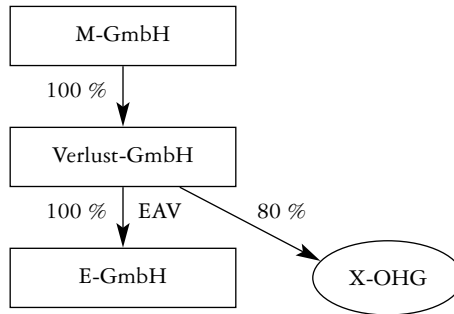
**Beispiel**

100%ige Gesellschafterin der Verlust-GmbH ist die M-GmbH. Die Verlust-GmbH ist ihrerseits alleinige Gesellschafterin der E-GmbH, mit der sie auch einen Ergebnisabfüh-

1 Tz. 9 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

2 Kritisch hierzu *Witt/Kabl*, GmbHR 1999, 511.

rungsvertrag abgeschlossen hat. Des Weiteren ist die Verlust-GmbH zu 80 % an der X-OHG beteiligt.



In den Vergleich des Aktivvermögens der Verlust-GmbH wird das **anteilige (80 %) Aktivvermögen der X-OHG** mit einbezogen<sup>1</sup>. Ebenso wird das **Aktivvermögen** der Organgesellschaft **E-GmbH** wie eigenes Betriebsvermögen der Organträgerin behandelt<sup>2</sup>. Der Organkreis wird also für Zwecke des § 8 Abs. 4 KStG wie ein einziges Betriebsvermögen behandelt. Um Doppelerfassungen zu vermeiden, sind der Wert der Beteiligung an der Organgesellschaft E-GmbH sowie ein bei der Organträgerin gebildeter steuerlicher Ausgleichsposten bei der Berechnung des maßgeblichen Aktivvermögens zu eliminieren. Durch Verlustübernahmen des Organträgers, die auf Organträger-Ebene Aufwand und auf Organebene Ertrag erzeugen, wird ein originärer Verlust der Organgesellschaft auf die Organträgererebene verlagert. Da Verluste des Organträgers bei Berechnung des maßgeblichen Betriebsvermögens eliminiert werden, dürfen auch die Aufwendungen des Organträgers zur Abdeckung vertraglicher Verluste nicht vermögenserhöhend berücksichtigt werden. Bei Betrachtung des Organkreises handelt es sich hierbei auch nicht um Zuführungen von außen<sup>3</sup>.

## b) Beteiligung an nicht organschaftlich verbundenen Tochterkapitalgesellschaften

Nach Auffassung der Finanzverwaltung<sup>4</sup> sind in Ausnahmefällen auch Mit- 3072  
telzuführungen des neuen Anteilseigners der Verlustkapitalgesellschaft in

1 Eingeschränkt ablehnend FG Köln v. 6.2.2001 – 8 K 1533/95, GmbHR 2001, 683 = EFG 2001, 698, rkr.

2 S. zu den Folgen der Begründung oder Beendigung der Organschaft im Fünfjahreszeitraum R. Neumann, StB 2002, 246 (260).

3 Im Ergebnis gleicher Ansicht R. Neumann, StB 2002, 246 (260); s. zu Organschaftsfällen auch Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG Rz. 113 ff. (Stand: Juni 2009).

4 Tz. 32 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.



das Betriebsvermögen **sonstiger Tochterkapitalgesellschaften** (ohne EAV) in die Betrachtung einzubeziehen. Dieser Grundsatz soll in Fällen gelten, in denen die Betriebsvermögenszuführung auf der Ebene der Tochterkapitalgesellschaft erfolgt, um dann durch höhere Ausschüttungen die Verlustvorträge der Muttergesellschaft schneller nutzen zu können.

**Beachte:** Diese Rechtsauffassung dürfte durch den Systemwechsel **überholt** sein, da Dividendenausschüttungen bei der Muttergesellschaft nach § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei vereinnahmt werden und demzufolge nicht (mehr) zur Verringerung eines steuerlichen Verlustvortrages geeignet sind.

## IV. Sanierung (dritter Prüfungsschritt)

### 1. Grundsätze

3073 Haben die Prüfungsschritte 1 (s. Rz. III 3028 ff.) und 2 (s. Rz. III 3046 ff.) zu dem Ergebnis geführt, dass ein schädlicher Anteilseignerwechsel stattgefunden hat und überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt wurde, liegt grundsätzlich ein Mantelkauf vor (Regelfall). Etwas anderes gilt allerdings dann (Ausnahmefall), wenn

- die Betriebsvermögenszuführung allein der Sanierung dient (**keine schädliche Übersanierung**) und
- der Geschäftsbetrieb, der den Verlust verursacht hat, in vergleichbarem Umfang erhalten und von der Verlustkörperschaft mindestens fünf Jahre fortgeführt wird (**kein schädliches Abschmelzen**; s. dazu Rz. III 3081 ff.).

Liegt eine Sanierung in diesem Sinne vor (keine Übersanierung; kein schädliches Abschmelzen), so wird die Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens toleriert.

3074 Der **Sanierungsbegriff** wird in § 8 Abs. 4 KStG nicht definiert. Inwieweit die Voraussetzungen des § 3 Nr. 66 EStG aF vorliegen müssen, ist umstritten<sup>1</sup>. Im Regelfall müssen wohl die folgenden Voraussetzungen erfüllt sein:

- Die Sanierung ist erforderlich (**Sanierungsbedürftigkeit**)<sup>2</sup>.

1 Für eine Anwendung der Kriterien des § 3 Nr. 66 EStG *Dötsch* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG Rz. 146 (Stand: November 2005); *R. Neumann*, FR 1999, 682. S. aus der Rspr FG Köln v. 6.2.2001 – 8 K 1533/95, GmbHR 2001, 683 = EFG 2001, 698. Zum Teil aA *Braun*, StBp 1999, 13; *Cloppenburg/Strunk*, BB 1998, 2446; *Hörger/Endres*, DB 1998, 335; *Orth*, DB 1997, 2242.

2 Vgl. hierzu *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, § 8 KStG Anm. 138 mwN (Stand: Mai 2005).

- Die Gläubiger handeln in der Absicht, die geschäftliche bzw. finanzielle Gesundung des Unternehmens herbeizuführen (**Sanierungsabsicht**).
- Die Sanierungsmaßnahmen müssen geeignet sein, das sanierungsbedürftige Unternehmen vor dem Zusammenbruch zu bewahren und wieder ertragfähig zu machen<sup>1</sup> (**Sanierungsfähigkeit**). Nicht erforderlich ist – anders als nach § 3 Nr. 66 EStG aF – ein allgemeines Zusammenwirken aller Gläubiger und die Beseitigung einer drohenden Überschuldung<sup>2</sup>.

§ 8 Abs. 4 KStG stellt auf den gesamten Betrieb der Verlust-Gesellschaft ab, eine Verlustquellenbetrachtung – wie bei § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG aF – sieht das Gesetz nicht vor (s. Rz. III 3054). Dies gilt auch für die Sanierungsklausel. 3075

## 2. Einzelfälle zur Sanierung

### Eingestellter Geschäftsbetrieb

Eine Sanierung setzt voraus, dass der Geschäftsbetrieb der Verlustkapitalgesellschaft **zu keinem Zeitpunkt eingestellt** war<sup>3</sup>. Ein einmal eingestellter Geschäftsbetrieb kann nach diesem Grundsatz nicht mehr saniert werden. Bei einem bereits eingestellten Geschäftsbetrieb führt die Übertragung von mehr als 50 % der Anteile und die Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens ohne weitere Prüfung zur Versagung des Verlustabzugs. Eine nur vorübergehende Betriebsunterbrechung hindert eine Sanierung noch nicht. Vielmehr muss die GmbH aufgehört haben, werbend tätig zu sein<sup>4</sup>. Wegen der Gesamtbetrachtung des einheitlichen Geschäftsbetriebs (s. Rz. III 3054) muss **der gesamte Betrieb der GmbH** eingestellt gewesen sein. Wird nur ein verlustverursachender Teilbetrieb eingestellt, ein gewinnträchtiger Teilbetrieb aber fortgeführt, so ist keine Betriebseinstellung anzunehmen. Allerdings ist fraglich, ob eine Betriebsvermögenszuführung hier überhaupt der Sanierung dienen kann, wenn der GmbH-Geschäftsbetrieb bereits durch die Einstellung des verlustträchtigen Teilbetriebs saniert gewesen ist, und ob nicht eine schädliche **Übersanierung** vorliegt<sup>5</sup>. 3076

1 BFH v. 18.12.1990 – VIII R 39/87, BStBl. II 1991, 784 = GmbHR 1991, 438.

2 Ebenso *Dötsch* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG Rz. 146 (Stand: November 2005).

3 Tz. 18 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

4 *Bock/Meißner*, GmbHR 1999, 1069; *R. Neumann*, StB 2002, 246 (261).

5 *R. Neumann*, StB 2002, 246 (261).

### Branchenwechsel

3077 Ein Branchenwechsel gilt immer als (schädliche) **Einstellung** des Geschäftsbetriebes<sup>1</sup>, was eine Sanierung begrifflich ausschließt. Denkbar ist in solchen Fällen nur noch eine Sanierung in Bezug auf den „neueröffneten“ Geschäftsbetrieb nach dem Branchenwechsel<sup>2</sup>.

#### Beispiel

Die A-GmbH erzielt in den Jahren 01 bis 04 Verluste. Nach einem Branchenwechsel in 05 entstehen weitere Verluste in den Jahren 05 bis 07. Der schädliche Anteilseignerwechsel und die überwiegende Vermögenszuführung (Verlust der wirtschaftlichen Identität) erfolgen in 08.

Die Verluste aus den Jahren 01 bis 04 sind nach § 8 Abs. 4 KStG nicht mehr vortragsfähig. Sie gehen unwiderruflich verloren. **Sanierbar** ist nur der Geschäftsbetrieb **nach** dem **Branchenwechsel**. Liegen die übrigen Sanierungsvoraussetzungen vor, steht einer Anerkennung der Verluste aus den Jahren ab 05 nichts im Wege.

### Betriebsverpachtung und Betriebsaufspaltung

3078 Auch eine Verpachtung des bisher aktiv betriebenen Geschäftsbetriebes hindert nach Auffassung der Finanzverwaltung eine Sanierung bereits im Ansatz. Der Verpachtungsbetrieb ist mit dem ursprünglichen Geschäftsbetrieb auch dann nicht identisch, wenn er mit denselben sachlichen Ressourcen betrieben wird. Dagegen ist eine Betriebsaufspaltung unschädlich<sup>3</sup>.

### Übersanierung

3079 Der Verlustabzug bleibt nur erhalten, wenn die Zuführung neuen Betriebsvermögens den für eine Sanierung notwendigen Umfang nicht wesentlich überschreitet. Dies bedeutet, dass nicht von einer Sanierungsmaßnahme auszugehen ist, wenn die Verlustkapitalgesellschaft im Zeitpunkt der schädlichen Betriebsvermögenszuführung bereits saniert war. Das Tatbestandsmerkmal „allein der Sanierung dient“ soll nach Auffassung der Finanzverwaltung eine Übersanierung verhindern<sup>4</sup>. Der Grund für diese Beschränkung liegt darin, dass die Übersanierung häufig den Zweck hat, den auf-

1 *Dötsch*, DB 8/1999, S. 13. S. auch BFH v. 13.8.1997 – I R 89/96, BStBl. II 1997, 829 = GmbHR 1997, 1111. Zum Begriff des Branchenwechsels s. Rz. III 3068.

2 *R. Neumann*, StB 2002, 246 (261).

3 Tz. 20 Mantelkaufel., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

4 AA *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, § 8 KStG Anm. 190a (Stand: Oktober 2001); kritisch auch *Breuninger/Frey*, GmbHR 1998, 866.

gelaufenen Verlustvortrag möglichst schnell nutzen zu können. Hierzu werden bewusst Gewinne in die Verlustkapitalgesellschaft verlagert.

Sobald die Verlustkapitalgesellschaft nach einer mittelfristigen Finanzplanung Gewinne erwartet, sollen weitere Betriebsvermögenszuführungen sanierungsschädlich sein<sup>1</sup>. Eine steuerschädliche Übersanierung ist nur anzunehmen, wenn unverhältnismäßig viel neues Betriebsvermögen mit entsprechendem Gewinnpotenzial zugeführt wird, welches in keinem Zusammenhang mit dem ursprünglichen Verlustbetrieb steht, sondern vorrangig dem Zweck dient, die Verlustvorträge möglichst schnell steuerlich nutzbar zu machen<sup>2</sup>.

### Beratungshinweis

In der Praxis besteht insoweit ein erheblicher Ermessensspielraum, denn das BMF-Schreiben enthält keine exakten Grenzwerte, ab welchem Umfang die Zuführung neuen Betriebsvermögens zu einer schädlichen Übersanierung führt. In Zweifelsfällen sollten geeignete Nachweise vorgelegt werden können (zB mittelfristige Finanzplanungen, die vor betrieblichen Investitionen erstellt und schriftlich fixiert wurden). Ist eine solche Planung nachvollziehbar, so ist es nicht gerechtfertigt, eine spätere bessere Erkenntnis (höhere Gewinne als prognostiziert) iS einer Übersanierung negativ auszulegen.

Einstweilen frei.

3080

## V. Fünfjährige Fortführung in vergleichbarem Umfang (vierter Prüfungsschritt)

### 1. Grundsätze

Dient das zugeführte überwiegend neue Betriebsvermögen ausschließlich der Sanierung, kann der Verlustabzug im Grundsatz erhalten bleiben. Dazu ist allerdings erforderlich, dass die GmbH den verlustverursachenden Geschäftsbetrieb fünf Jahre lang in vergleichbarem Umfang fortführt; die Fünfjahresfrist beginnt mit dem Zeitpunkt des Verlustes der wirtschaftlichen Identität. 3081

1 Tz. 14 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

2 FG Münster v. 26.4.2012 – 9 K 2757/09 K F, EFG 2013, 149 (Rev. eingelegt; Az. des BFH I R 79/12).

**Beachte:** Es handelt sich um Zeitjahre, nicht um Kalender- oder Wirtschaftsjahre.

- 3082 Dieser gesetzlichen Anforderung ist nicht Genüge getan, wenn innerhalb von 5 Jahren nach dem Verlust der wirtschaftlichen Identität eine (endgültige) Betriebseinstellung, ein Branchenwechsel, eine Veräußerung des Geschäftsbetriebs (auch innerhalb eines Konzerns<sup>1</sup>) oder eine teilweise Veräußerung des Geschäftsbetriebs (Teilbetrieb) erfolgt; es kommt in diesen Fällen nicht darauf an, ob der Erwerber den Betrieb fortführt oder einstellt<sup>2</sup>. Gleiches gilt, wenn der zunächst aktiv betriebene Geschäftsbetrieb innerhalb des Fünfjahreszeitraums verpachtet wird. Eine Ausnahme dürfte wiederum im Fall der Betriebsaufspaltung gelten<sup>3</sup>. Erfolgt die Übertragung des Geschäftsbetriebs auf einen Dritten durch **Gesamtrechtsnachfolge**, so ist von einer **Fortführung** auszugehen, wenn der Gesamtrechtsnachfolger den Geschäftsbetrieb in vergleichbarem Umfang erhält<sup>4</sup>.
- 3083 Das betriebliche Engagement ist nur dann als beendet anzusehen, wenn die eingestellten betrieblichen Aktivitäten überwiegen. Wird nur ein **Teilbetrieb eingestellt**, so muss untersucht werden, ob der Geschäftsbetrieb schädlich abgeschmolzen wurde (s. dazu Rz. III 3084 ff.).

## 2. Kein schädliches Abschmelzen des Betriebsumfanges

- 3084 Aus der Gesetzesformulierung „in vergleichbarem Umfang in den folgenden fünf Jahren fortführt“ wird entnommen, dass der Gesetzgeber nicht nur eine Betriebseinstellung, sondern auch ein „**Gesundshrumpfen**“ des Verlustbetriebes sanktionieren will. Nach diesem Grundsatz geht der Verlustabzug (trotz erfolgreicher Sanierung) verloren, wenn der Geschäftsbetrieb innerhalb von fünf (Zeit-)Jahren nach der Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens in schädlichem Umfang abgeschmolzen wird. Schädlich ist ein Abschmelzen des verlustverursachenden Betriebs um mehr als die Hälfte seines Umfangs. Der Umfang wird nach Auffassung der Finanzverwaltung durch die folgenden **vier Größen** definiert:

---

1 Unschädlich dürfte die Veräußerung an eine Organgesellschaft oder eine Tochter-Personengesellschaft sein.

2 Tz. 22 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

3 Tz. 20 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

4 Tz. 22 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

5 Tz. 17 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

- Umsatz,
- Auftragsvolumen,
- Aktivvermögen,
- Anzahl der Arbeitnehmer.

Das BMF äußert sich nicht dazu, ob die Verlust-Gesellschaft sämtliche oder nur einige dieser Kriterien erfüllen muss und ob die Kriterien gleichgewichtig sind. In der Literatur wird vorgeschlagen, nur dann ein schädliches Abschmelzen anzunehmen, wenn bei **mindestens drei dieser Merkmale** eine mehr als hälftige Verringerung festgestellt werden kann<sup>1</sup>. 3085

Die Kennzahlen sind während des fünfjährigen Fortführungszeitraums mit den **durchschnittlichen Werten** der **Verlustphase** zu vergleichen. Offen ist, ob eine Verlustphase durch zwischenzeitliche – ggf. einzelne – Gewinnjahre beendet wird oder ob auf den durchschnittlichen Betriebsumfang in allen Verlustjahren abgestellt werden muss<sup>2</sup>. 3086

**Beachte:** Die Verlust-GmbH trägt die Feststellungslast dafür, dass die Zuführung neuen Betriebsvermögens allein der Sanierung gedient hat. Besonderheiten gelten für schädliche Anteilsübertragungen vor dem 6.8.1997<sup>3</sup>.

## VI. Rechtsfolgen und Verfahrensfragen

§ 8 Abs. 4 KStG zielt darauf ab, Gewinne und Verluste wirtschaftlich unterschiedlicher Rechtsgebilde nicht miteinander zu verrechnen. Verluste, die vor dem Verlust der wirtschaftlichen Identität entstanden sind, sollen nicht zum Abzug von danach entstandenen Gewinnen zugelassen werden. 3087

### 1. Zeitpunkt des Wegfalls des Verlustvortrags

Nach Tz. 33 des Mantelkauferrlasses<sup>4</sup> dürfen Verluste, die **bis zum Zeitpunkt des Verlustes der wirtschaftlichen Identität** entstanden sind, mit danach entstandenen Gewinnen weder ausgeglichen noch abgezogen werden. Verluste, die nach diesem Zeitpunkt entstehen, bleiben dagegen 3088

1 *Dötsch* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG Rz. 168 (Stand: Dezember 2010); *R. Neumann*, StB 2002, 292 (293). S. auch die Überlegungen bei *Hörger/Endres*, GmbHR 1999, 569 (579).

2 *R. Neumann*, StB 2002, 292 (293).

3 Tz. 23 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

4 BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

ausgleichs- und abzugsfähig, auch wenn danach weitere Anteile übertragen werden oder zusätzlich neues Betriebsvermögen zugeführt wird. In dem Urteil I R 9/06 vom 5.6.2007<sup>1</sup> hat der BFH jedoch entschieden, dass § 8 Abs. 4 KStG den Verlustabzug **vom Zeitpunkt der schädlichen Anteilsübertragung** an ausschließt. Zuvor festgestellte Verlustvorträge sind deshalb nur insoweit für den Verlustabzug heranzuziehen, als dieser vom anteiligen Gesamtbetrag der Einkünfte vorzunehmen ist, der auf den Zeitraum bis zur Anteilsübertragung entfällt. Die Finanzverwaltung hat daraufhin Tz. 33 des Mantelkauferrlasses aufgehoben und wendet das Urteil an; soweit die schädliche Anteilsübertragung allerdings vor dem 1.1.2009 stattgefunden hat, kann die frühere Regelung aus Gründen des Vertrauensschutzes auf Antrag in ihrer alten Fassung weiterhin zugunsten des Steuerpflichtigen angewendet werden<sup>2</sup>.

#### Beispiel 1

Am 31.12.00 kommt es zu einer schädlichen Anteilsübertragung iS des § 8 Abs. 4 KStG. Zu diesem Zeitpunkt besteht ein Verlustvortrag von 100 000 Euro. In 01 wird ein weiterer Verlust iH von 100 000 Euro erzielt, so dass der Verlustvortrag zum 31.12.01 200 000 Euro beträgt. Die neuen Gesellschafter führen am 31.12.01 überwiegend neues Betriebsvermögen zu, das nicht ausschließlich der Sanierung dient.

Die wirtschaftliche Identität endet am 31.12.01, da zu diesem Zeitpunkt mehr als 50 % der Anteile übergegangen sind und überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt wurde. Nach der ursprünglichen Auffassung der Finanzverwaltung entfällt der zum 31.12.01 bestehende Verlustvortrag von 200 000 Euro. Nach neuerer Ansicht ist dagegen auf den 31.12.00 abzustellen; der wegfallende Verlustvortrag beläuft sich damit lediglich auf 100 000 Euro. Wenn die schädliche Anteilsübertragung vor dem 1.1.2009 stattgefunden hat, sollte in diesem Fall mithin von dem im BMF-Schreiben vom 4.12.2008 gewährten Recht auf Stellung eines Antrags zur Anwendung der in Tz. 33 des Mantelkauferrlasses beschriebenen Rechtsauffassung kein Gebrauch gemacht werden.

#### Beispiel 2

Sachverhalt wie Beispiel 1. Der Verlustvortrag zum Zeitpunkt der schädlichen Anteilsübertragung beträgt wiederum 100 000 Euro. Allerdings wird in 01 ein Gewinn iH von 100 000 Euro erzielt. Zum 31.12.01 ist der Verlustvortrag mithin aufgebraucht.

Nach Tz. 33 des Mantelkauferrlasses ist im Hinblick auf die Höhe des wegfallenden Verlustvortrags auf den 31.12.01 abzustellen. Da zu diesem Zeitpunkt kein Verlustvortrag besteht, ist § 8 Abs. 4 KStG nicht anwendbar. Nach neuer Rechtslage entscheidet jedoch der Bestand des Verlustvortrags zum Zeitpunkt der schädlichen Anteilsübertragung zum

1 BFH v. 5.6.2007 – I R 9/06, BStBl. II 2008, 988 = GmbHR 2008, 48.

2 BMF v. 4.12.2008 – IV C 7 - S 2745/07/10003, BStBl. I 2008, 1033 = GmbHR 2009, 107.

31.12.00 mit der Folge, dass ein Verlustvortrag von 100 000 Euro wegfällt. In diesem Beispiel wäre ein Antrag auf Weitergeltung von Tz. 33 des Mantelkauferrlasses zu empfehlen, wenn die Anteilsübertragung vor dem 1.1.2009 stattgefunden hat.

## 2. Anteilseignerwechsel/Identitätswechsel im Laufe des Wirtschaftsjahres (§ 8 Abs. 4 Satz 4 KStG)

Während die Sätze 1 bis 3 des § 8 Abs. 4 KStG den Verlustabzug einschränken, also ausschließlich in vorangegangenen Veranlagungszeiträumen entstandene Verluste betreffen, enthält § 8 Abs. 4 Satz 4 KStG eine Ausgleichsbeschränkung für das **Jahr der Anteilsübertragung**. Diese Ausgleichsbeschränkung beinhaltet ausschließlich ein Verrechnungsverbot mit späteren Gewinnen im laufenden Wirtschaftsjahr. 3089

Der Gesetzeswortlaut schränkt den Verlustausgleich im **Jahr der Anteilsübertragung** ein. Dies stand mit dem in Tz. 33 des Mantelkauferrlasses dargestellten Grundsatz im Widerspruch, wonach § 8 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 KStG den zum Zeitpunkt des Verlustes der wirtschaftlichen Identität (= idR Zeitpunkt der schädlichen Betriebsvermögenszuführung) bestehenden Verlustvortrag vom Abzug ausschloss. Demzufolge wurde § 8 Abs. 4 Satz 4 KStG gegen seinen Wortlaut dahingehend ausgelegt, dass sie auf das Jahr des Verlustes der wirtschaftlichen Identität anzuwenden war<sup>1</sup>. 3090

Nach **neuerer Rechtsprechung**, der sich die Finanzverwaltung angeschlossen hat, schließt § 8 Abs. 4 Sätze 1 bis 3 KStG jedoch den Verlustabzug zum Zeitpunkt der schädlichen Anteilsübertragung an aus (s. Rz. III 3088, dort auch zum Wahlrecht für vor dem 1.1.2009 erfolgte schädliche Anteilsübertragungen). Vor diesem Hintergrund ist dann auch der Verweis in § 8 Abs. 4 Satz 4 KStG auf das Jahr der schädlichen Anteilsübertragung erklärlich. 3091

### Beispiel

Am 30.6.02 werden 100 % der Anteile an der Verlust-GmbH übertragen. Der Verlustvortrag zum 31.12.01 beträgt 100 000 Euro. Die Verlust-GmbH erzielt im ersten Halbjahr 02 einen Gewinn von 60 000 Euro.

Der im ersten Halbjahr 02 entstandene Gewinn iH von 60 000 Euro kann noch mit dem Verlustvortrag zum 31.12.01 verrechnet werden. Der danach verbleibende Verlustvortrag geht verloren<sup>2</sup>.

1 Tz. 33 Mantelkauferrl., BStBl. I 1999, 455 = GmbHR 1999, 497.

2 S. die Sachverhaltsbeschreibung in BFH v. 5.6.2007 – I R 9/06, GmbHR 2008, 48 = BStBl. II 2008, 988, Punkt I.



3092 **Beachte:** Die Finanzverwaltung will die Rechtsprechung des BFH, wonach im Hinblick auf die Höhe des wegfallenden Verlustvortrags nach § 8 Abs. 4 Satz 1 bis 3 KStG auf den Zeitpunkt des schädlichen Anteilseignerwechsels abzustellen ist, auf alle offenen Fälle anwenden. Auf Antrag darf jedoch auch die in Tz. 33 des Mantelkaufverlasses enthaltene alte Rechtsauffassung angewendet werden, wenn die schädliche Anteilsübertragung vor dem 1.1. 2009 stattgefunden hat (s. Rz. III 3088). Dann sollte wohl auch § 8 Abs. 4 Satz 4 KStG nach der seinerzeit vertretenen Meinung ausgelegt werden (s. Rz. III 3090).

### 3. Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags

3093 Bei der Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags ist der Unterschiedsbetrag zwischen den tatsächlich ausgeglichenen und den „abziehbaren“ Beträgen zu ermitteln. Die Abziehbarkeit richtet sich nach der im Feststellungszeitpunkt geltenden Rechtslage. Hierzu gehört auch die Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG<sup>1</sup>. Eine erneute Prüfung im Jahr des tatsächlichen Verlustabzugs unterbleibt.

3094 Aus der **Bindungswirkung** folgt, dass eine fehlerhafte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zum nächsten Feststellungstermin nur nach den Vorschriften der AO, insbesondere nach § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO, berichtigt werden kann. Dies gilt zB dann, wenn in einem Sanierungsfall der Geschäftsbetrieb nicht fünf Jahre in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang fortgeführt wurde<sup>2</sup>. Da eine schädliche Betriebsvermögenszuführung nach der Rechtsprechung des BFH auf den Zeitpunkt des schädlichen Anteilseignerwechsels zurückwirkt (s. Rz. III 3088), dürfte wohl auch die Betriebsvermögenszuführung ein rückwirkendes Ereignis iS des § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO darstellen<sup>3</sup>. Zu beachten ist jedoch, dass dieses Ereignis nach Erlass des zu ändernden Steuerbescheides eingetreten sein muss. Soweit das Ereignis bereits im Zeitpunkt der Veranlagung des Jahres, in dem der schädliche Anteilseigner-

1 BFH v. 22.10.2003 – I R 18/02, BStBl. II 2004, 468 = GmbHR 2004, 517 m. Komm. *Bock*; BFH v. 26.5.2004 – I R 112/03, BStBl. II 2004, 1085 = GmbHR 2004, 1472 m. Komm. *Bock*. S. auch H 41 KStH 2008 „Bindungswirkung der Verlustfeststellung“.

2 OFD Hannover v. 15.11.2005 – S 2745 - 20 - StO 241, DB 2005, 2662. S. zur entsprechenden Rechtslage bei der Gewerbesteuer OFD Magdeburg v. 19.7.2004 – S 2745 - 33 - St 216, GewSt, DStR 2004, 1608 = GmbHR 2004, 1295.

3 *Lang*, NWB 2008, Fach 4, 5309 (5312).

wechsel vorlag, eingetreten war, kann eine Änderung nicht mehr auf § 175 Abs. 1 Nr. 2 AO, ggfs. aber auf § 173 Abs. 1 Nr. 1 AO gestützt werden.

Einstweilen frei.

3095–3099

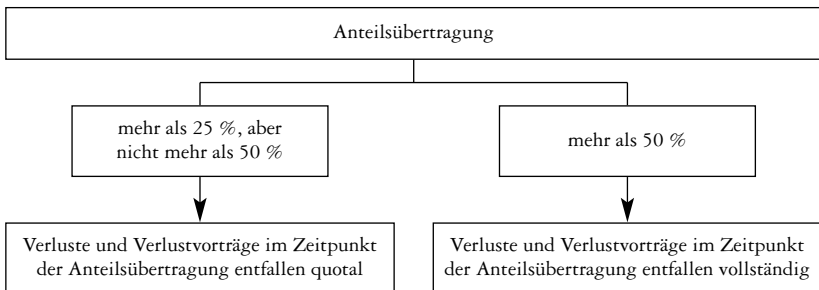
## D. Einschränkungen des Verlustabzugs durch § 8c KStG („Mantelkauf“)

### I. Überblick und zeitlicher Anwendungsbereich

Der Gesetzgeber hat § 8 Abs. 4 KStG mit dem **Unternehmensteuerreformgesetz 2008** durch die Vorschrift des § 8c KStG ersetzt. § 8c Abs. 1 KStG macht den „Verlust von Verlusten und Verlustvorträgen“ nur noch von einem schädlichen Anteilserwerb abhängig. Maßgebend ist, ob innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren mehr als 25 % bzw. mehr als 50 % an einen Erwerberkreis übertragen werden. Im erstgenannten Fall kommt es zu einem Untergang entsprechend des quotalen schädlichen Beteiligungserwerbs, im zweiten Fall in voller Höhe.

Die Zusammenhänge zeigt die folgende Übersicht.

3101



§ 8c KStG ist **erstmalig** für den Veranlagungszeitraum 2008 und für Anteilsübertragungen, die nach dem 31.12.2007 erfolgen, anwendbar (§ 34 Abs. 6 KStG). Die zeitlichen Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein<sup>1</sup>. Parallel dazu ist ggf. § 8 Abs. 4 KStG aF zu berücksichtigen (s. dazu im Einzelnen Rz. III 3020).

<sup>1</sup> BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 35 f. Ein Zwischenerwerb durch eine Emissionsbank im Rahmen eines Börsengangs bleibt unbeachtlich.

- 3102.1 Durch das Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (**MoRaKG**) vom 12.8.2008<sup>1</sup> wurde § 8c KStG um einen Absatz 2 ergänzt, mit dem Anteilserwerbe durch Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften privilegiert wurden. Die Vorschrift ist jedoch mangels Genehmigung durch die EU-Kommission (Art. 8 Abs. 2 MoRaKG) zu keinem Zeitpunkt in Kraft getreten.
- 3102.2 Mit dem **Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung** vom 16.7.2009<sup>2</sup> hat der Gesetzgeber § 8c KStG um eine **Sanierungsklausel** erweitert. Unschädliche Beteiligungserwerbe zum Zwecke der Sanierung der Gesellschaft sollten danach bereits – rückwirkend – ab dem Veranlagungszeitraum 2008 und für Anteilsübertragungen ab dem 1.1.2008 möglich sein. Die Europäische Kommission hatte eine förmliche Prüfung gem. Art. 108 Abs. 2 AEUV eröffnet, ob es sich bei der Sanierungsklausel um eine unzulässige staatliche Beihilfe handelt. Mit BMF-Schreiben v. 30.4.2010<sup>3</sup> wurden die Finanzämter angewiesen, die Sanierungsklausel bis zu einem abschließenden Beschluss der Kommission nicht mehr anzuwenden. Die Europarechtswidrigkeit der Sanierungsklausel wurde schließlich durch die Europäische Kommission bestätigt<sup>4</sup>. Durch das **Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz** vom 7.12.2011<sup>5</sup> wurde § 34 Abs. 7c KStG im Anschluss dahingehend ergänzt, dass die Vorschrift des § 8c Abs. 1a KStG nur anzuwenden ist, wenn a) eine rechtskräftige Entscheidung des EuGH den vorgenannten Beschluss der Europäischen Kommission für nichtig erklärt oder b) die Europäische Kommission einen positiven Beschluss zu § 8c Abs. 1a KStG fasst oder c) die Voraussetzungen des Artikels 2 des Beschlusses der Europäischen Kommission K(2011) 275 erfüllt sind und die Steuerfestsetzung vor dem 26.11.2011 erfolgte. Eine Klage der Bundesregierung gegen den Beschluss der EU-Kommission wurde wegen verspäteten Eingangs abgewiesen<sup>6</sup>. Aller-

---

1 BGBl. I 2008, 1672.

2 BGBl. I 2009, 1959.

3 BMF v. 30.4.2010 – IV C 2 - S-2745a/08/10005:002, BB 2010, 1182 = GmbHR 2010, 616.

4 Beschluss v. 26.1.2011 – K(2011) 275, abrufbar unter [www.ec.europa.eu/competition/state\\_aid/register](http://www.ec.europa.eu/competition/state_aid/register); s. auch Pressemitteilung IP/11/65 v. 26.1.2011. S. dazu etwa *Drien*, DSrR 2011, 289.

5 BGBl. I 2011, 2591.

6 EuG v. 18.12.2012 – T-205/11, ISrR 2013, 101.

dings sind weitere Privatklagen anhängig, denen die Bundesregierung beigetreten ist<sup>1</sup>.

Durch das **Wachstumsbeschleunigungsgesetz** vom 22.12.2009<sup>2</sup> wurden für Anteilsübertragungen nach dem 31.12.2009 weitere Änderungen vorgenommen, um den zum Teil überschießenden Anwendungsbereich der Vorschrift einzuschränken. Konzerninterne Anteilsübertragungen führen hiernach nicht zu einem Untergang nicht genutzter Verluste und Verlustvorträge („**Konzernklausel**“; s. dazu im Einzelnen Rz. III 3119 ff.). Des Weiteren bleiben schädliche Beteiligungserwerbe nach dem 31.12.2009 bis zur Höhe im Inland steuerpflichtiger stiller Reserven ohne Auswirkungen auf den Verlustabzug; die Regelung wurde durch das Jahressteuergesetz 2010<sup>3</sup> modifiziert („**Stille-Reserven-Klausel**“; s. dazu Rz. III 3149 ff.).

**Beachte:** Das FG Hamburg hat in seinem Beschluss 2 K 33/10 vom 4.4.2011 für den Fall einer mehr als 25%igen, aber nicht mehr als 50%igen Anteilsübertragung (§ 8c Abs. 1 Satz 1 KStG) die Auffassung vertreten, dass § 8c KStG jedenfalls aufgrund von Verletzungen des periodenübergreifenden Nettoprinzip und des Trennungsprinzips **verfassungswidrig** ist und die Frage dem BVerfG vorgelegt<sup>4</sup>. Ähnlich hat sich das FG Münster in seinem Beschluss vom 1.8.2011 geäußert<sup>5</sup>. Entsprechendes gilt bei einer mehr als 50%igen Anteilsübertragung (§ 8c Abs. 1 Satz 2 KStG)<sup>6</sup>.

### Beratungshinweis

Entsprechende Bescheide sollten offengehalten werden. Es wird sowohl für Fälle des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG (mehr als 25%iger Anteilserwerb) als auch in den Fällen des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG (mehr als 50%iger Anteilserwerb) Ruhen des Verfahrens gewährt, AdV jedoch nur in Fällen

1 *Kippenberg*, IStR 2013, 106. S. auch FG Münster v. 1.8.2011 – 9 V 357/11 K G, EFG 2012, 165: Ernstliche Zweifel an der Gültigkeit der Entscheidung der Europäischen Kommission (Beschwerde eingelegt; Az. des BFH I B 150/11).

2 BGBl. I 2009, 3950.

3 BGBl. I 2010, 1768.

4 FG Hamburg v. 4.4.2011 – 2 K 33/10, DStR 2011, 1172 = GmbHR 2011, 711 (Az. des BVerfG 2 BvL 6/11).

5 FG Münster v. 1.8.2011 – 9 V 357/11 K G, DStR 2011, 1507. S. auch *Köplin/Sedemund*, BB 2011, 1891; *Roser*, GmbHR 2011, 718; *Karl*, BB 2012, 92.

6 BFH v. 28.10.2011 – I R 31/11, BFH/NV 2012, 605. Die Vorinstanz hatte keinen Verfassungsverstoß angenommen (FG Sachsen v. 16.3.2011 – 2 K 1869/10, EFG 2011, 1457). S. zum Ganzen auch *Kessler/Hinz*, BB 2011, 1771.

des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG und bei Glaubhaftmachung eines berechtigten Interesses<sup>1</sup>. Zu beachten ist der Beschluss des BFH I B 49/10 vom 26.8.2010, wonach es ernstlich zweifelhaft ist, ob die **Mindestbesteuerung** gem. § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält, wenn eine Verlustverrechnung in späteren Veranlagungszeiträumen aus rechtlichen Gründen (hier: nach § 8c KStG) endgültig ausgeschlossen ist; bei einem Zusammenwirken von Mindestbesteuerung und § 8c KStG kann danach ggf. auch in Fällen des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG AdV in Anspruch genommen werden (s. Rz. III 3017), wenn es sich um einen schädlichen Beteiligungserwerb nach § 8c KStG in den Fassungen vor dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009 handelt<sup>2</sup>.

## II. Der Beteiligungserwerb

### 1. Schädliche Beteiligungserwerbe

#### a) Anteilsübertragungen und vergleichbare Sachverhalte

- 3103 § 8c KStG erfasst neben dem **Erwerb von Kapitalanteilen** auch den Erwerb von Mitgliedschaftsrechten und Beteiligungsrechten (jeweils auch ohne Stimmrechte) sowie von Stimmrechten. Werden zugleich mehrere Anteile und Rechte übertragen, ist nach Verwaltungsauffassung diejenige Übertragung maßgebend, die die weitestgehende Anwendung des § 8c KStG erlaubt. Soweit es auf den Übergang einer Eigentumsposition ankommt, ist auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums abzustellen<sup>3</sup>.
- 3104 Von der Vorschrift erfasst werden neben den in Rz. III 3103 dargestellten Varianten zusätzlich diesen **vergleichbare Sachverhalte**. Die Finanzverwaltung subsumiert insbesondere die folgenden Tatbestände hierunter<sup>4</sup>:

1 FinMin. Schleswig-Holstein v. 28.6.2012 – VI 3011 - S - 2745 - 075, DSStR 2012, 1607.

2 S. dazu *Kessler/Hinz*, BB 2012, 555.

3 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 5.

4 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 7; auch eine Kombination verschiedener Sachverhalte kann insgesamt zu einem schädlichen Beteiligungserwerb führen. S. auch Rz. 8 zu Konstellationen mit stimmrechtslosen Vorzugsaktien. S. kritisch zur weiten Auslegung des BMF *Breuninger/Schade*, Ubg 2008, 261; *Dötsch/Pung*, DB 2008, 1701 (1704).

- Erwerb von Genussscheinen iS des § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG;
- Stimmrechtsvereinbarungen, -bindungen, -verzicht;
- Umwandlung auf eine Verlustgesellschaft, wenn durch die Umwandlung ein Beteiligungserwerb durch einen Erwerberkreis stattfindet;
- Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils, wenn durch die Einbringung ein Beteiligungserwerb am übernehmenden Rechtsträger durch einen Erwerberkreis stattfindet;
- Erwerb eigener Anteile, wenn sich die Beteiligungsquoten ändern;
- Kapitalherabsetzung, mit der eine Änderung der Beteiligungsquoten einhergeht.

Nach § 8c Abs. 1 Satz 4 KStG steht eine **Kapitalerhöhung** einer Übertragung des gezeichneten Kapitals gleich, soweit sie zu einer Veränderung der Beteiligungsquoten am Kapital der Körperschaft führt. 3105

Der Wortlaut erfasst sowohl entgeltliche als auch **unentgeltliche Erwerbe**. Die Finanzverwaltung nimmt jedoch den Erwerb seitens natürlicher Personen durch Erbfall (einschließlich unentgeltlicher Erbauseinandersetzung) und unentgeltliche vorweggenommene Erbfolge aus. Erfolgt der Erwerb jedoch auch nur in geringem Maße entgeltlich, ist dies schädlich<sup>1</sup>. 3106

#### b) Unmittelbare und mittelbare Erwerbe

Nach § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG werden nicht nur unmittelbare, sondern auch **mittelbare** Erwerbsvorgänge erfasst. Im Fall eines mittelbaren Beteiligungserwerbs ist dabei auf die durchgerechnete Quote abzustellen<sup>2</sup>. 3107

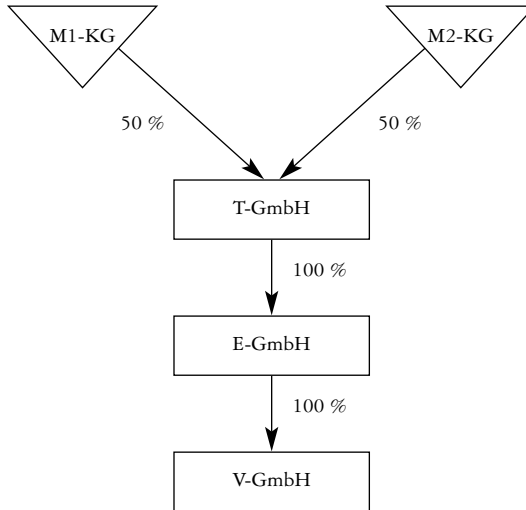
Der unmittelbare Erwerb ist grundsätzlich auch dann schädlich, wenn er mittelbar zu keiner Änderung der Beteiligungsquote führt (für Anteilsübertragungen nach dem 31.12.2009 führt die **Konzernklausel** zu einer differenzierteren Betrachtung; s. dazu Rz. III 3119 ff.). 3108

1 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 4.

2 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 12.

**Beispiel<sup>1</sup>**

100 %-Gesellschafterin der Verlustgesellschaft V-GmbH ist die E-GmbH. Deren 100 %-Gesellschafterin ist die T-GmbH, an der M1-KG und M2-KG beteiligt sind.



Nach Ansicht der Finanzverwaltung sind zB die folgenden Umstrukturierungsvorgänge schädlich:

- Verschmelzung von E-GmbH auf T-GmbH oder umgekehrt;
- Verschmelzung von M1-KG auf M2-KG oder umgekehrt;
- Übertragung der Anteile an der T-GmbH durch M2-KG aus dem Gesamthandsvermögen in das Sonderbetriebsvermögen eines Gesellschafters der M2-KG.

3109

**Beratungshinweis**

Zu berücksichtigen ist, dass zB die Verschmelzung der T-GmbH auf die E-GmbH lediglich zu einer Verkürzung der Beteiligungskette führt und der unmittelbare Anteilseigner der V-GmbH sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse unverändert bleiben. Es ist fraglich, ob ein solcher Vorgang

<sup>1</sup> BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 11. Im dort erwähnten Beispielfall sind bestimmte Anteilsübertragungs- und Umstrukturierungsvorgänge nach dem 31.12.2009 wegen der seitdem geltenden Konzernklausel unschädlich.

vom Sinn und Zweck der Vorschrift erfasst wird<sup>1</sup>. Unschädlich ist der Formwechsel eines Gesellschafters<sup>2</sup>.

### c) Zeitpunkt des Erwerbs

Da beim Übergang einer Eigentumsposition im Zweifel auf das **wirtschaftliche** und nicht auf das zivilrechtliche Eigentum abzustellen ist (s. Rz. III 3103), bestimmt sich auch der Zeitpunkt des Erwerbs nach dem Übergang des wirtschaftlichen Eigentums. Bei Kapitalerhöhungen (§ 8c Abs. 1 Satz 4 KStG) kommt es auf den Zeitpunkt der Eintragung ins Handelsregister an. Bei der Umwandlung des Anteilseigners einer Verlustgesellschaft ist für den Erwerb der Beteiligung an der Verlustgesellschaft durch den übernehmenden Rechtsträger der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums maßgebend. Nach Ansicht der Verwaltung scheidet ein steuerlicher Rückbezug des Beteiligungserwerbs nach § 2 UmwStG aus<sup>3</sup>.

#### Beispiel

M-GmbH hält sämtliche Anteile an T-GmbH, die wiederum alleinige Anteilseignerin der Verlust-GmbH ist. T-GmbH wird rückwirkend auf den 31.12.2007 auf M-GmbH verschmolzen. Die Verschmelzung wird im Oktober 2008 in das Handelsregister eingetragen.

Die Finanzverwaltung geht von einer schädlichen Anteilsübertragung im Oktober 2008 aus mit der Folge, dass der zu diesem Zeitpunkt bestehende Verlustvortrag entfällt. Es wird jedoch auch die Ansicht vertreten, den Übergang der Anteile an der Verlust-GmbH als rückwirkende Verschmelzungsfolge iS des § 2 Abs. 1 UmwStG zu werten und mithin auf den 31.12.2007 abzustellen. Da § 8c KStG erst ab dem VZ 2008 anzuwenden ist, würde der Fall nicht erfasst<sup>4</sup>.

- 1 Für eine teleologische Reduktion FG Berlin/Brandenburg v. 18.10.2011 – 8 K 8311/10, BB 2012, 1327 (Revision eingelegt; Az. des BFH I R 79/11). S. dazu auch *van Lisbaut*, FR 2008, 789 (794) mwN. Die Frage bleibt auch nach Einführung der Konzernklausel (s. Rz. III 3119 ff.) aufgrund deren eingeschränkten Anwendungsbereichs relevant. S. zur teleologischen Reduktion oder Verfassungswidrigkeit der Einbeziehung mittelbarer Anteilsübertragungen *Karl*, BB 2012, 92; *Roth*, DB 2012, 1768.
- 2 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 11.
- 3 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 13–15.
- 4 *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2008, 897 (899). S. dazu auch *van Lisbaut*, FR 2008, 789 (795 f.).



- 3111 Fraglich ist, ob die **Rückwirkungsfiktion** nach § 2 UmwStG zur Verrechnung andernfalls verloren gehender Verlustvorträge genutzt werden kann.

#### Beispiel

E-GmbH erwirbt sämtliche Anteile an der Verlust-GmbH zum 30.6.2009. Nachfolgend wird die Verlust-GmbH mit Rückwirkung zum 31.12.2008 auf die T-GmbH verschmolzen. In der Bilanz der übertragenden Verlust-GmbH werden Zwischenwerte angesetzt. Der Übertragungsgewinn soll durch den Verlust des Jahres 2008 sowie den zum 31.12.2008 bestehenden Verlustvortrag ausgeglichen werden.

Nach dem durch das JStG 2009 eingefügten § 2 Abs. 4 UmwStG ist der Ausgleich oder die Verrechnung eines Übertragungsgewinns mit verrechenbaren Verlusten, verbleibenden Verlustvorträgen und nicht ausgeglichenen negativen Einkünften des übertragenden Rechtsträgers nur zulässig, wenn dem übertragenden Rechtsträger die Verlustnutzung auch ohne Anwendung der Rückwirkungsfiktion nach § 2 Abs. 1 und 2 UmwStG möglich gewesen wäre. Dies gilt für negative Einkünfte des übertragenden Rechtsträgers im Rückwirkungszeitraum entsprechend. Danach entfällt rückwirkend der Verlustvortrag, so dass er nicht mehr zur Verrechnung mit einem Gewinn aus der Aufstockung auf Zwischenwerte zur Verfügung steht.

- 3112 Nach § 20 Abs. 6 Satz 4 UmwStG in der Fassung des JStG 2009 gilt § 2 Abs. 4 UmwStG für (rückwirkende) Ausgliederungen und Einbringungen eine Geschäftsbetriebs durch eine Verlust-GmbH entsprechend.

- 3113 Die Neuregelungen in § 2 Abs. 4 und § 20 Abs. 6 Satz 4 UmwStG sind nach § 27 Abs. 9 UmwStG auf Umwandlungen und Einbringungen anzuwenden, bei denen der schädliche Beteiligungserwerb nach der dritten Lesung des JStG 2009 (27.11.2008) stattgefunden hat. Die Anwendung ist allerdings ausgeschlossen, wenn sich Erwerber und Veräußerer bereits am 27.11.2008 über den später vollzogenen Anteilserwerb nachweisbar einig waren und die Eintragung der Umwandlung bzw. bei Einbringungen der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bis zum 31.12.2009 erfolgte<sup>1</sup>. Wegen § 8c Abs. 1 Sätze 6 bis 8 KStG (Stille-Reserven-Klausel s. dazu Rz. III 3149 ff.) hat § 2 Abs. 4 UmwStG ab 2010 wohl an Bedeutung verloren.

#### d) Fünf-Jahres-Zeitraum

- 3114 Um die Frage zu beantworten, ob mehr als 25 % bzw. mehr als 50 % der Anteile übertragen werden (s. Rz. III 3101), werden Anteilserwerbe innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren **zusammengerechnet**. Ein Fünf-Jahres-Zeitraum beginnt mit dem ersten (unmittelbaren oder mittelbaren) Beteiligungserwerb an der Verlustgesellschaft durch einen Erwerberkreis.

1 S. zu § 2 Abs. 4 UmwStG *Rödter/Schönfeld*, DStR 2009, 560.

**Beachte:** Nach Ansicht der Finanzverwaltung muss zu diesem Zeitpunkt 3115 noch kein Verlustvortrag der späteren Verlustgesellschaft vorhanden sein<sup>1</sup>. Übertragungen von weniger als 50 % der Anteile an einer Gewinngesellschaft sind demnach nach Verwaltungsauffassung problematisch, da sie gemeinsam mit weiteren – ggf. unwesentlichen – Anteilsübertragungen zum Verlust eines später entstehenden Verlustvortrags führen können.

Die Restriktionen des § 8c KStG greifen ein, wenn die „kritische“ 3116 **Schwelle** von 25 % oder 50 % überschritten ist. Die bis dahin erfolgten Erwerbe bleiben für die Zukunft, jeweils bezogen auf den Fall von Satz 1 und Satz 2 getrennt beurteilt, außer Betracht. Fraglich ist, ob bei Beteiligungsan- und -verkäufen die Verkäufe in Abzug zu bringen sind.

#### Beispiel

M erwirbt am 1.1.01 25 % der Anteile an der Verlust-GmbH. Am 1.8.02 werden 7 % veräußert, am 1.4.04 2 % hinzu erworben.

Werden alle Beteiligungserwerbe zusammengerechnet, hat M innerhalb von fünf Jahren (25 % + 2 % =) 27 % Anteile erworben und damit die kritische 25 %-Grenze überschritten. Andererseits hat er zu keinem Zeitpunkt mehr als 25 % der Anteile besessen. Nach Ansicht des Niedersächsischen FG ist eine Saldobetrachtung anzustellen, so dass im vorliegenden Fall der Verlustvortrag bestehen bleibt; gegen die Entscheidung ist Revision eingelegt worden<sup>2</sup>.

Werden innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums mehr als 25 % der Anteile auf einen Erwerber oder eine Erwerbergruppe übertragen, greift § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG mit einem quotalen Verlustuntergang ein. Kommt es danach zu einer oder mehreren weiteren Anteilserwerben, erfolgt kein weitergehender Verlustuntergang, wenn nicht die Quote des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG überschritten wird. Für § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG sind dagegen alle Erwerbe im Fünf-Jahres-Zeitraum zu berücksichtigen (s. auch das Beispiel in Rz. III 3143)<sup>3</sup>.

1 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 17. Dagegen etwa *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2012, 724 (725) mit Hinweis auf das BFH-Urteil v. 30.11.2011 zum unterjährigen Beteiligungserwerb (s. dazu Rz. III 3144).

2 Niedersächsisches FG v. 13.9.2012 – 6 K 51/10, EFG 2012, 2311; Az. des BFH I R 75/12. S. dazu *Adrian*, Ubg 2013, 8. Die Finanzverwaltung geht von einer Bruttobetrachtung aus (BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 16).

3 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 30.

- 3117 Durch die Rechtsfolge des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG vernichtet ein Erwerb in Tranchen den Verlustvortrag quotale, soweit 25 % überschritten werden. Dabei sollen mehrere Erwerbe als ein Erwerb gelten, wenn ihnen ein Gesamtplan zugrunde liegt. Dabei geht die Finanzverwaltung davon aus, dass Erwerbe innerhalb eines Jahres indiziell als **gesamtplanerischer Erwerb** anzusehen sind<sup>1</sup>.
- 3118 Für die Verlustabzugsbeschränkung des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG im Fall des Überschreitens der **50 %-Grenze** gilt ein eigener Fünf-Jahres-Zeitraum. Demzufolge löst eine quotale Kürzung des nicht genutzten Verlustes nach § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG keinen neuen Fünf-Jahres-Zeitraum iS des Satzes 2 aus. Allerdings sind zu einer quotalen Verlustkürzung führende Vorgänge im Rahmen des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG nochmals zu berücksichtigen. Wird die 50 %-Grenze überschritten, beginnt mit dem nächsten Beteiligungserwerb ein neuer Fünf-Jahres-Zeitraum iS des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG, unabhängig davon, ob zu diesem Zeitpunkt ein nicht genutzter Verlust vorhanden ist<sup>2</sup>.

## 2. Unschädliche Beteiligungserwerbe

### a) Konzernklausel

- 3119 Mit dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009<sup>3</sup> wurde § 8c KStG um eine **Konzernklausel**<sup>4</sup> erweitert. Nach der Gesetzesbegründung<sup>5</sup> sollen von der Verlustverrechnungsbeschränkung alle Umstrukturierungen ausgenommen werden, die ausschließlich innerhalb eines Konzerns vorgenommen werden, an dessen Spitze eine Person oder Gesellschaft steht. Die Regelung soll dagegen nicht greifen, wenn neue Gesellschafter hinzutreten oder konzernfremde Gesellschafter beteiligt sind; die Konzernklausel ist damit auf alle Fälle beschränkt, in denen die Verschiebung von Verlusten auf Dritte ausgeschlossen ist.

1 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 19.

2 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 20.

3 BGBl. I 2009, 3950.

4 Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627; *Dörr*, NWB 2010, 184 (186); *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8; *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11 (12).

5 BT-Drucks. 17/15, S. 31.

Nach dem Gesetzeswortlaut liegt ein schädlicher Beteiligungserwerb nach der Konzernklausel jedoch nur dann nicht vor, wenn an dem übertragenden und an dem übernehmenden Rechtsträger dieselben Person zu jeweils 100 % mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist (§ 8c Abs. 1 Satz 5 KStG idF des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes). Die Konzernklausel setzt damit ihrem Wortlaut nach einen **dreistufigen Konzernaufbau** voraus. Neben der Gesellschaft, die über steuerliche Verluste verfügt, sind ein übertragender und ein übernehmender Rechtsträger sowie ein an beiden zu 100 % beteiligter Anteilseigner erforderlich. Dabei ist der Begriff des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers nicht iS des UmwStG, sondern normspezifisch zu verstehen. Es kann sich sowohl um eine juristische Person als auch um eine Mitunternehmerschaft handeln<sup>1</sup>.

### Beratungshinweis

3121

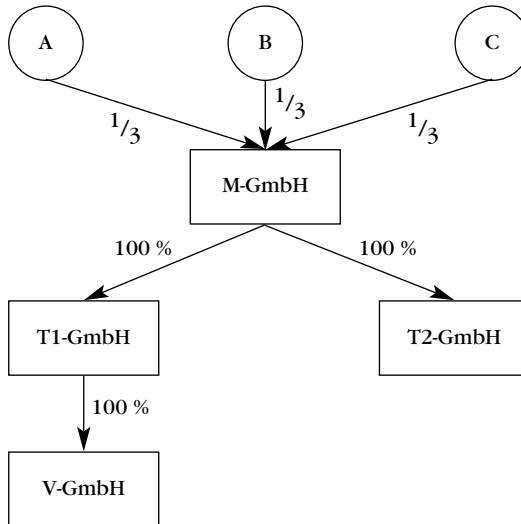
Die Konzernklausel kommt damit nach ihrem Wortlaut insbesondere dann nicht zum Tragen, wenn die Konzernobergesellschaft als übertragender oder übernehmender Rechtsträger am Umstrukturierungsvorgang beteiligt ist und die Anteile im **Streubesitz** stehen. Dasselbe gilt, wenn an dem Umstrukturierungsvorgang eine **natürliche Person als übertragender und übernehmender Rechtsträger** beteiligt ist, da an dieser per se keine andere Person beteiligt sein kann. Obwohl auch in diesen Fällen eine ausschließlich konzerninterne Umstrukturierung und damit keine Verschiebung von Verlusten auf Dritte möglich ist, käme die Konzernklausel nach ihrem Gesetzeswortlaut nicht zur Anwendung. In der Literatur wird daher die Auffassung vertreten, die Vorschrift auf diese Fälle auszudehnen<sup>2</sup>.

### Beispiel

Die Gesellschafterin der Verlust-GmbH (V-GmbH) ist die T1-GmbH. Deren Gesellschafterin ist die M-GmbH, an der A, B, und C zu jeweils einem Drittel beteiligt sind. Die M-GmbH ist zudem alleinige Gesellschafterin der T2-GmbH.

1 Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2010, 923 (924). Ob auch vermögensverwaltende Personengesellschaften einbezogen werden, ist fraglich; ungeklärt ist des Weiteren, ob auch eine Erwerbergruppe iS des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG als eine Person gilt (s. etwa *Watermeyer*, GmbH-StB 2010, 132).

2 S. etwa *Dörr*, NWB 2010, 184 (190); *Ortmann-Babel/Zipfel*, Ubg 2009, 813 (817); *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8 (9); *Sistermann/Brinkmann*, DSStR 2009, 2633.



Die Konzernklausel führt dazu, dass nach dem 31.12.2009 zB folgende Umstrukturierungsvorgänge unschädlich sind:

- Verschmelzung von T1-GmbH auf T2-GmbH;
- Abspaltung oder Verkauf der Anteile an der V-GmbH durch T1-GmbH auf T2-GmbH.

Folgende Umstrukturierungsvorgänge sind dagegen bei wortgetreuer Auslegung von der Konzernklausel nicht erfasst:

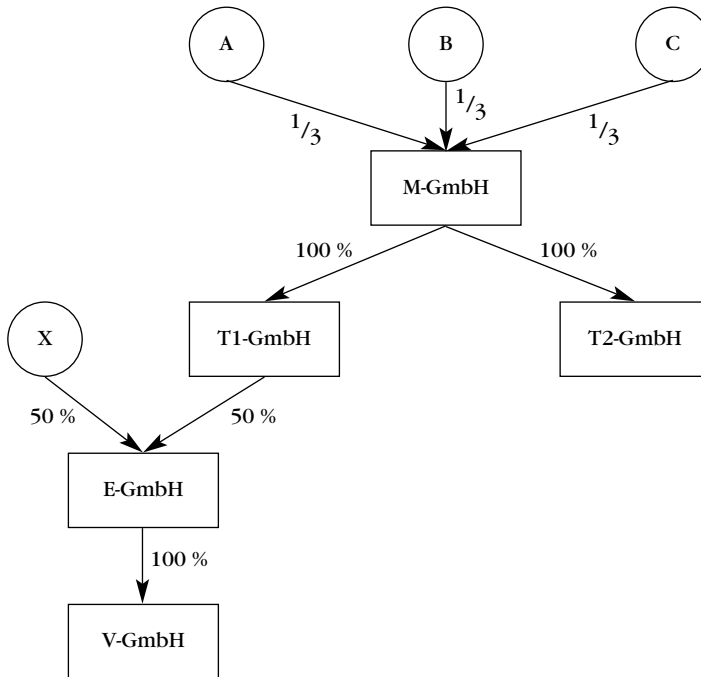
- Verschmelzung der T1-GmbH auf M-GmbH;
- Übertragung der Anteile an der V-GmbH durch T1-GmbH auf M-GmbH;
- Übertragung der Anteile an der T1-GmbH durch M-GmbH auf T2-GmbH.

3122 Nach dem Gesetzeswortlaut schließt eine auch nur sehr geringe – zB 0,1%ige – Beteiligung am übertragenden oder übernehmenden Rechtsträger die Anwendung der Konzernklausel aus<sup>1</sup>. Eine Beteiligung konzernfremder Gesellschafter an der V-GmbH ist dagegen unschädlich.

### Beispiel

Gesellschafterin der Verlust-GmbH (V-GmbH) ist die E-GmbH. Die Gesellschafter der E-GmbH sind zu gleichen Teilen die T1-GmbH und X. Gesellschafterin der T1-GmbH ist die M-GmbH, an der A, B, und C zu jeweils einem Drittel beteiligt sind. Die M-GmbH ist zudem alleinige Gesellschafterin der T2-GmbH.

<sup>1</sup> In der Literatur wird dies kritisch gesehen (s. etwa *Sistermann/Brinkmann*, DSStR 2009, 71 [72]; *Herzig/Bohn*, DSStR 2009, 2342).



Eine Übertragung der Anteile an der E-GmbH nach dem 31.12.2009 durch T1-GmbH auf T2-GmbH ist von der Konzernklausel erfasst, eine Übertragung der Anteile an der V-GmbH durch E-GmbH auf die T2-GmbH hingegen nicht.

Die **Rechtsfolge** der Konzernklausel besteht darin, dass ein schädlicher 3123 Beteiligungserwerb nicht vorliegt. Die Überschreitung der schädlichen Erwerbsschwelle des § 8c Abs. 1 Satz 1 oder 2 KStG löst damit keine nachteiligen Rechtsfolgen aus<sup>1</sup>. Unklar ist, ob ein Erwerb innerhalb der Konzernklausel gleichwohl als **Zählerwerb** gilt und mit nachfolgenden Beteiligungserwerben desselben Erwerbers zu addieren ist. Diese Frage ist dann relevant, wenn für nachfolgende Erwerbe die Begünstigung der Konzernklausel nicht in Anspruch genommen werden kann<sup>2</sup>. Mit der hM sollte von einer gänzlichen Unbeachtlichkeit auszugehen sein<sup>3</sup>.

1 Dörr, NWB 2010, 184 (191).

2 Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2010, 923 (928).

3 So etwa *Dörr*, NWB 2010, 184 (192); *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11 (15).

**b) Sanierungsklausel**

3124 Mit dem Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung vom 16.7.2009<sup>1</sup> wurde § 8c KStG um einen Absatz 1a („Sanierungsklausel“) erweitert. Für die Anwendung des § 8c Abs. 1 KStG sollte danach ein Beteiligungserwerb zum Zwecke der Sanierung des Geschäftsbetriebes der Körperschaft unbeachtlich sein. Die Regelung ist durch das Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz für bestimmte Konstellationen aufgehoben worden (s. im Einzelnen Rz. III 3102.2).

3125–3134 Einstweilen frei.

**c) Anteilerwerbe durch Finanzmarktstabilisierungsfonds**

3135 Mit dem Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 17.10.2008<sup>2</sup> wurde ein Fonds des Bundes unter der Bezeichnung Finanzmarktstabilisierungsfonds errichtet. Der Fonds kann zur Rekapitalisierung von Unternehmen des Finanzsektors auch Anteile dieser Unternehmen erwerben. Gemäß § 14 FMStG bleiben durch den Fonds durchgeführte Stabilisierungsmaßnahmen ohne Auswirkung auf den Verlustvortrag des Finanzunternehmens. § 8c KStG und § 10a letzter Satz GewStG sind insoweit nicht anzuwenden.

### III. Der Erwerber

**1. Grundsätze**

3136 Der Erwerb von Anteilen, Mitgliedschafts- oder Beteiligungsrechten in der für § 8c KStG schädlichen Quote muss grundsätzlich durch *einen* Erwerber erfolgen. Dabei kann jede natürliche oder juristische Person und auch jede Mitunternehmerschaft Erwerber sein. Für vermögensverwaltende Personengesellschaften gilt nach Verwaltungsauffassung eine anteilige Zurechnung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO<sup>3</sup>. Der Erwerb aller Anteile an einer Verlust-Kapitalgesellschaft ist demzufolge grundsätzlich unschädlich, wenn nicht *ein* Erwerber mehr als 25 % der Anteile erwirbt. Dabei kann auch ein bereits beteiligter Anteilseigner Erwerber iS des § 8c Abs. 1 KStG sein und ein schädlicher Anteilerwerb vorliegen, wenn sich seine Beteiligungsquote um mehr als 25 % bzw. 50 % erhöht.

1 BGBl. I 2009, 1959.

2 BGBl. I 2008, 1982.

3 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 24.

## 2. Nahestehende Personen

Der schädliche Anteilerwerb kann nicht nur durch einen Erwerber, sondern auch durch diesem nahestehende Personen erfolgen. Das Gesetz enthält keine Definition der nahestehenden Person, insbesondere verweist § 8c Abs. 1 KStG – anders als § 8a Abs. 2 und 3 KStG – nicht auf § 1 Abs. 2 AStG. Die Finanzverwaltung legt die durch Verwaltung und Rechtsprechung entwickelten **Grundsätze zur vGA** zugrunde<sup>1</sup>. Danach ist eine Person dem unmittelbaren Gesellschafter insbesondere bei familienrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher, schuldrechtlicher oder auch nur tatsächlicher Beziehung nahestehend (s. Rz. III 1124 ff.). Die das Nahestehen begründenden Tatsachen müssen vor dem Anteilerwerb bestanden haben; durch den Anteilerwerb selbst kann die Beziehung einer nahestehenden Person nicht begründet werden<sup>2</sup>.

### Beispiel

An der Verlust-GmbH erwirbt Herr B 25 % der Anteile, weitere 25 % erwirbt seine Ehefrau.

Auf Grundlage der Verwaltungsgrundsätze zur vGA sind Ehegatten als nahestehende Personen anzusehen, so dass § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG anzuwenden ist.

### Beratungshinweis

Die uneingeschränkte Anwendung der Grundsätze zur vGA führt dazu, dass diese Erwerber gegenüber fremden Dritten diskriminiert werden. Eine Benachteiligung des Erwerbs allein aufgrund persönlicher Beziehungen ist verfassungsrechtlich zweifelhaft<sup>3</sup>.

**Beachte:** Werden innerhalb des Kreises der nahestehenden Personen Anteilerwerbe vorgenommen, hindert dies die Anwendung des § 8c KStG nach Ansicht der Finanzverwaltung gleichwohl nicht (s. zu den Ausnahmen bei konzerninternen Umstrukturierungen Rz. III 3119 ff.).

1 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 25. So auch bereits *R. Neumann*, GmbH-StB 2007, 245 (251); *Suchanek/Herbst*, FR 2007, 863 (868).

2 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 25.

3 Vgl. *Suchanek/Herbst*, FR 2007, 863 (868).



### 3. Gleichgerichtete Interessen

3139 Als ein Erwerber gilt aufgrund § 8c Abs. 1 Satz 3 KStG auch eine Gruppe von Erwerbern mit gleichgerichteten Interessen. Das Tatbestandsmerkmal ist gesetzlich nicht definiert und in höchstem Maße **unbestimmt**; Streitigkeiten mit der Finanzverwaltung sind zu erwarten. Gemeint war die Erwerbsstruktur über ein Erwerberquartett<sup>1</sup>; der Wortlaut geht jedoch weit darüber hinaus.

3140 Nach Ansicht der Finanzverwaltung ist der Kreis von Erwerbern mit gleichgerichteten Interessen **äußerst weit zu fassen**. Eine Erwerbergruppe mit gleichgerichteten Interessen soll gegeben sein, wenn<sup>2</sup>

- eine Abstimmung zwischen den Erwerbern stattgefunden hat (ein Vertrag muss dazu nicht vorliegen),
- die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks iS des § 705 BGB erfolgt (ist jedoch nicht Voraussetzung),
- mehrere Erwerber zur einheitlichen Willensbildung zusammenwirken oder
- die Körperschaft gemeinsam beherrscht wird.

3141 Darüber hinaus will die Finanzverwaltung die Person des Erwerbers nicht auf einen Erwerber oder nahestehende Person oder Interessengruppen beziehen, sondern auf eine Erwerbergruppe, die sich aus diesen Personen zusammensetzt<sup>3</sup>.

#### 3142 **Beratungshinweis**

Es ist fraglich, ob diese Auslegung von § 8c KStG getragen wird. Richtigerweise ist wohl auf ein tatsächliches Zusammenwirken abzustellen, das gezielt darauf gerichtet ist, die Verlustvorträge nutzen zu wollen<sup>4</sup>.

1 BT-Drucks. 16/5377, S. 28; *Suchanek/Herbst*, FR 2007, 863 (868).

2 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 27.

3 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 3.

4 Kritisch auch *R. Neumann*, GmbH-StB 2007, 249 (252); *Lang*, DSStZ 2008, 549 (558); *Sistermann/Brinkmann*, DSStR 2008, 897 (900). Es wird auch geltend gemacht, die Norm sei wegen fehlender Normenklarheit verfassungswidrig (*Hans*, FR 2007, 775 [780]).

## IV. Rechtsfolgen bei schädlicher Anteilsübertragung

## 1. Grundsätze

Werden innerhalb von fünf Jahren mehr als 25 % der Anteile durch einen Erwerberkreis erworben, geht der Verlust gem. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG grundsätzlich quotial entsprechend der Höhe der schädlichen Beteiligungserwerbe unter. Bei einem schädlichen Beteiligungserwerb über 50 % innerhalb desselben Zeitraums geht der nicht genutzte Verlust vollständig verloren. Die Wirkungsweise zeigt das folgende Beispiel<sup>1</sup>.

Fall	Sachverhalt	Untergang der nicht genutzten Verluste zu
1	Übertragung in 01 = 45 %	45 %, da > 25 % und < 50 %
2	Übertragung in 01 = 19 % Übertragung in 02 = 26 %	} 45 % 45 % in 02, da Summe dann > 25 % und < 50 % (Zusammenrechnung von Anteilsübertragungen innerhalb von 5 Jahren)
3	Übertragung in 01 = 26 % Übertragung in 02 = 19 %	
4	Übertragung in 01 = 21 % Übertragung in 02 = 30 %	} 51 % 100 % in 02, da Summe dann > 50 % (Zusammenrechnung von Anteilsübertragungen innerhalb von 5 Jahren)
5	Übertragung in 01 = 26 % Übertragung in 02 = 25 %	
6	Übertragung in 01 = je 26 % an zwei verschiedene Erwerber	} 52 % (2 × 26 % =) 52 %, nicht 100 %, wenn Erwerber keine Erwerbergruppe bilden

Im Fall des **unterjährigen Beteiligungserwerbs** geht die Finanzverwaltung davon aus, dass der bis zum Beteiligungserwerb entstandene Verlust

<sup>1</sup> S. *Dötsch/Pung*, DB 2008, 1703 (1709), modifiziert und ergänzt. Es wird angenommen, dass Konzern-, Sanierungs- und Stille-Reserven-Klausel nicht zur Anwendung kommen.

verloren geht; er soll auch nicht rücktragsfähig sein<sup>1</sup>. Dabei ist der Verlust des gesamten Wirtschaftsjahres, in dem das schädliche Ereignis eintritt, zeitanteilig aufzuteilen; alternativ ist eine andere, wirtschaftlich begründete Aufteilung zulässig<sup>2</sup>. Wird im gesamten Wirtschaftsjahr ein Gewinn erzielt, ist § 8c KStG bei zeitanteiliger Aufteilung auf das Ergebnis des Veräußerungsjahres auch dann nicht anwendbar, wenn bis zum Übergangsstichtag ein Verlust erzielt wurde<sup>3</sup>. Entsteht insgesamt ein Verlust, im Zeitraum bis zum schädlichen Anteilseignerwechsel jedoch ein Gewinn, sollte dieser Gewinn nach ursprünglicher Verwaltungsauffassung nicht mit dem Verlustvortrag verrechnet werden können<sup>4</sup>. Der BFH hat dies jedoch anders entschieden; das Urteil wurde im Bundessteuerblatt abgedruckt<sup>5</sup>. Es dürfte davon auszugehen sein, dass ein im laufenden Wirtschaftsjahr auf den Zeitraum nach dem schädlichen Beteiligungserwerb entfallender Verlust rücktragsfähig ist<sup>6</sup>.

3145 Die Zusammenhänge zeigt folgende Übersicht. Es wird angenommen, dass am 1.7.02 100 % der Anteile übertragen werden.

---

1 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 30. AA *Dötsch/Pung*, DB 2008, 1703 (1709); *R. Neumann*, GmbH-StB 2007, 249 (250); *Lang*, DStZ 2007, 659. Fraglich ist auch, welche Fälle gemeint sind. Nicht erfasst werden dürften wohl jedenfalls Verluste in dem dem schädlichen Anteilserwerb vorangehenden Wirtschaftsjahr; sie sollten wohl auch nach Ansicht der Finanzverwaltung in das Vorjahr rücktragsfähig sein.

2 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 32.

3 So *Neyer*, BB 2009, 415 (418); *Kutt/Möllmann*, DB 2010, 1150 (1151). AA *von Lisbaut*, FR 2008, 789 (799).

4 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 31.

5 BFH v. 30.11.2011 – I R 14/11, BStBl. II 2012, 360 = GmbHR 2012, 410 mit Komm. *Suchanek*.

6 S. *Möhlenbrock* in Rödder/Möhlenbrock, Ubg 2008, 595 (605).

Fall	Verlustvortrag 31.12.01	Ergebnis 02			Nach § 8c KStG entfallender Verlust	
		gesamt	1. Halb- jahr	2. Halb- jahr	Wirtschaftliche Zuordnung	Zeitanteilige Zuordnung
1	100	+ 100	+ 200	- 100	Wegfall Verlustvortrag 01; kein § 8c KStG für Ergebnis 02, da insgesamt Gewinn	
2		+ 100	- 100	+ 200		
3	0	- 100	- 50	- 50	50	50
4	(Gewinn in 01)	- 100	- 200	+ 100	200	50
5		- 100	+ 100	- 200	0	50

### Beratungshinweis

3146

In den **Fällen 1 und 2** entsteht in 02 per Saldo ein Gewinn, so dass § 8c KStG insoweit nicht einschlägig ist; allerdings geht der Verlustvortrag zum 31.12.01 verloren. In **Fall 3** entspricht die Verteilung nach wirtschaftlicher Verursachung der zeitanteiligen Verteilung. Entsprechend geht der Verlust des 1. Halbjahres iH von 50 verloren, der zumindest nach Ansicht der Finanzverwaltung auch nicht nach 01 zurückgetragen werden kann; rücktragsfähig nach 01 sollte jedoch der dem zweiten Halbjahr zuzuordnende und erhalten bleibende Verlust iH von 50 sein. In **Fall 4** sollte einer zeitanteiligen Ergebnisverteilung gefolgt werden, da damit nur ein Verlust von 50 entfällt; insoweit gelten dann die Hinweise zu Fall 3 entsprechend. In **Fall 5** empfiehlt sich der Nachweis einer abweichenden wirtschaftlichen Verursachung, da der Jahresverlust damit vollständig gerettet werden kann; hinsichtlich der Rechtsfolgen ist wiederum auf Fall 3 zu verweisen.

Von den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 8c Abs. 1 KStG ist nicht nur der körperschaftsteuerliche Verlustvortrag betroffen. Vielmehr wird über entsprechende Verweise auch der **gewerbesteuerliche** Verlustvortrag (§ 10a Satz 10 Halbsatz 1 GewStG) sowie der Zinsvortrag (§ 8a Abs. 1 Satz 3 KStG) berührt<sup>1</sup>.

1 EBITDA-Vorträge iS des § 4h Abs. 1 Satz 3 EStG gehen dagegen nicht unter (*Möhlenbrock/Pung* in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, Die Körperschaftsteuer, § 8a KStG Rz. 243 [Stand: Juli 2010] mwN). S. auch FinMin. Schleswig-Holstein v. 27.6.2012 – VI 3011 - S 2741 - 109, DB 2012, 1897, zum Wegfall eines Zinsvortrags bei unterjährigem schädlichen Ereignis.

**Beachte:** Durch die Übertragung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft kann es auch zum Wegfall des gewerbesteuerlichen Verlustvortrags einer Personengesellschaft kommen, an der die Kapitalgesellschaft beteiligt ist (§ 10a Satz 10 Halbsatz 2 GewStG).

3148 Darüber hinaus soll die Regelung nach Ansicht der Finanzverwaltung<sup>1</sup> zum Wegfall von nicht ausgeglichenen Verlusten nach

- § 2a EStG,
- § 15 Abs. 4 EStG,
- § 15a EStG sowie
- § 15b EStG

führen. Dies ist durchaus fraglich<sup>2</sup>.

## 2. Die Stille-Reserven-Klausel

3149 Erstmals für schädliche Anteilsübertragungen nach dem **31.12.2009** (vgl. § 34 Abs. 7b Satz 2 KStG) sieht § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG idF des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes vom 16.12.2009<sup>3</sup> vor, dass ein grundsätzlich vom Untergang bedrohter Verlust abweichend von § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG abgezogen werden kann, soweit diesem Verlust stille Reserven im inländischen Betriebsvermögen gegenüberstehen, wobei die Regelungen zur Ermittlung der stillen Reserven durch das Jahressteuergesetz 2010 vom 8.12.2010<sup>4</sup> modifiziert wurden. § 8c KStG wird damit auf seinen ursprünglichen Zweck, den Handel mit Verlustmänteln zu unterbinden, zurückgeführt. Maßnahmen, die im Vorfeld einer Anteilsübertragung zur gezielten Hebung stiller Reserven und Verlustnutzung vollzogen wurden, sind damit ab 2010 weniger relevant geworden<sup>5</sup>.

3149.1 Gegenstand der Verschonung sind nicht genutzte Verluste iS des § 8c Abs. 1 Satz 1 bzw. Satz 2 KStG. Gem. § 10a Satz 10 GewStG sind neben den körperschaftsteuerlichen auch gewerbesteuerliche Verluste und Verlustvorträge von der Neuregelung umfasst. Über den ebenfalls neu eingefügten Verweis in § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG ist auch ein **Zinsvortrag** der

1 BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 2.

2 S. etwa *Zervas/Fröblich*, DStR 2007, 1933 (1937).

3 BGBl. I 2009, 3950.

4 BGBl. I 2010, 1768.

5 Vgl. *Dörr*, NWB 2010, 184 (194); *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11 (15).

Körperschaft (s. zur Zinsschranke Rz. III 2750 ff.) von der Begünstigung umfasst, jedoch nur soweit die maßgeblichen stillen Reserven einen vom Ausfall bedrohten Verlust übersteigen<sup>1</sup>.

Die Ermittlung der maßgeblichen **stillen Reserven** wird in § 8c Abs. 1 Satz 6 bis 9 KStG vorgegeben. Danach sind bei einem schädlichen Beteiligungserwerb iS des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG die anteiligen, bei einem schädlichen Beteiligungserwerb iS des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG die gesamten zum Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs vorhandenen stillen Reserven des inländischen Betriebsvermögens zu ermitteln (§ 8c Abs. 1 Satz 6 KStG). Fraglich ist, ob bei Übertragungssequenzen auf die stillen Reserven zu jedem Übertragungszeitpunkt oder zu dem Stichtag abzustellen ist, an dem der schädliche Beteiligungserwerb stattfindet<sup>2</sup>.

Stille Reserven werden definiert als Unterschiedsbetrag zwischen dem anteiligen bzw. gesamten in der steuerlichen Gewinnermittlung ausgewiesenen Eigenkapital und dem auf dieses Eigenkapital entfallenden gemeinen Wert der Anteile, soweit diese im Inland steuerpflichtig sind (§ 8c Abs. 1 Satz 7 KStG). Ist das Eigenkapital negativ, sind stille Reserven der Unterschiedsbetrag zwischen dem (ggf. anteiligen) in der steuerlichen Gewinnermittlung ausgewiesenen Eigenkapital und dem (ggf. anteiligen) gemeinen Wert des Betriebsvermögens der Körperschaft. Die folgende Übersicht zeigt die Ermittlung der stillen Reserven für den Grundfall (positives Eigenkapital) im Überblick.

Gemeiner Wert der Anteile	
./.	Eigenkapital laut Steuerbilanz
=	Stille Reserven
./.	Im Inland nicht steuerpflichtige stille Reserven
=	Stille Reserven iS des § 8c Abs. 1 Satz 6 bis 8 KStG

Bei einer Veräußerung unter fremden Dritten entspricht der **gemeine Wert** idR dem vereinbarten Kaufpreis. Bei einem Beteiligungserwerb von weniger als 100 % kann dieser im Regelfall auf den gemeinen Wert sämtlicher Anteile hochgerechnet werden. Liegt kein fremüblicher Verkaufspreis vor, ist der gemeine Wert nach Unternehmensbewertungsgrundsätzen zu ermitteln<sup>3</sup>.

1 Vgl. *Dörr*, NWB 2010, 184 (199) mwN.

2 S. dazu *Altrichter-Herzberg*, GmbH 2012, 724 (727) mwN.

3 *Dörr*, NWB 2010, 184 (194). S. zu möglichen Bewertungsverfahren *Roser*, EStB 2010, 265 (268).

- 3149.4 Von dem gemeinen Wert der Anteile ist das **Eigenkapital laut Steuerbilanz** im Zeitpunkt der Anteilsübertragung anteilig (bei einem Erwerb iS des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG) bzw. vollumfänglich (bei einem Erwerb iS des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG) zum Abzug zu bringen. Bei unterjährigem Beteiligungserwerb sollte wahlweise eine Aufteilung pro rata temporis erfolgen oder das Jahresergebnis mit Hilfe eines Zwischenabschlusses aufgeteilt werden können<sup>1</sup>.
- 3149.5 Ist das **Eigenkapital negativ**, ist auf den gemeinen Wert des Betriebsvermögens abzustellen.

#### Beispiel

Die A-GmbH weist einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 200 000 Euro und einen entsprechend hohen steuerlichen Verlustvortrag auf, der durch ein Gesellschafterdarlehen (mit Rangrücktritt) iH von 200 000 Euro finanziert wurde. Die Gesellschaft verfügt über keinerlei Vermögen. Der Alleingesellschafter veräußert Anteil und Darlehnsforderung für jeweils 1 Euro.

Nach der Grundregel des § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG ist der gemeine Wert der Anteile entscheidend, der im Beispiel 1 Euro beträgt. Danach betragen die stillen Reserven (1 Euro  $\cdot$   $-$  200 000 Euro  $\Rightarrow$ ) 200 001 Euro. Der Verlustvortrag bliebe danach erhalten. Aus diesem Grund wurde durch das Jahressteuergesetz 2010 Satz 8 eingefügt, wonach in diesem Fall der Wert des Betriebsvermögens zu ermitteln ist. Da dieser hier  $-$  200 000 Euro beträgt, sind die stillen Reserven mit 0 Euro anzusetzen und geht der Verlustvortrag unter<sup>2</sup>.

- 3149.6 Zu den **im Inland nicht steuerpflichtigen stillen Reserven** zählen insbesondere stille Reserven in Anteilen, wenn ein Veräußerungsgewinn nach § 8b Abs. 2 KStG befreit wäre. Ein weiteres Beispiel sind stille Reserven in ausländischem Betriebsstättenvermögen in einem DBA-Staat mit Befreiungsmethode.

---

1 S. hierzu *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627 (2631); *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633 (2636). S. auch die entsprechende Regelung zu § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG in BMF v. 4.7.2008 – IV C 7 - S 2745-a/08/10001 – DOK 2008/0349554, GmbHR 2008, 883 = BStBl. I 2008, 736, Rz. 32.

2 Es wird diskutiert, die Verbindlichkeiten mangels Rückzahlungsmöglichkeit auf 0 Euro abzuwerten und damit im Beispiel zu einem Wertansatz des Betriebsvermögens mit 0 Euro zu gelangen, was zu einem Erhalt des Verlustvortrags führen würde (*Suchanek/Jansen*, GmbHR 2011, 174 [177]). S. zur Diskussion zur Auslegung der Vorschrift vor deren Änderung durch das JStG 2010 *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (76); *Cortez/Brucker*, BB 2010, 734 (740); *Lang*, Der Konzern 2010, 35 (42).

**Beratungshinweis**

3149.7

Ungeklärt ist die Behandlung der neuen Verschonungsregelung bei **ertragsteuerlichen Organschaften**. Aufgrund der Steuerfreiheit und damit einhergehenden Kürzung der stillen Reserven in den Anteilen an der Organgesellschaft stehen auf Ebene des Organträgers maximal die stillen Reserven des Organträgers zur Verfügung. Diese „Stand-alone-Betrachtung“ würde dazu führen, dass die stillen Reserven der Organgesellschaft nur als Verschonungsvolumen für vororganschaftlichen Verluste zur Verfügung stehen, organschaftliche Verluste der Organgesellschaft, welche bei der Verlustfeststellung des Organträgers mit einfließen, insoweit jedoch keine Verschonung erfahren<sup>1</sup>.

Sofern **ausländisches Betriebsvermögen** nicht bereits wegen der Steuerfreiheit eines Veräußerungsgewinns außer Betracht bleibt (s. Rz. III 3149.6), wurde es nach dem Wortlaut des § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG vor Änderung durch das JStG 2010 („... *stillen Reserven im inländischen Betriebsvermögen* ...“) generell bei der Ermittlung der stillen Reserven ausgeschlossen. Unberücksichtigt bleiben danach zB auch stille Reserven in einem Staat, mit dem Deutschland kein Doppelbesteuerungsabkommen (DBA) unterhält oder ein bestehendes DBA für Veräußerungsgewinne die Anrechnungsmethode vorsieht. Da Veräußerungsgewinne in diesen Fällen jedoch im Inland steuerpflichtig waren, war diese Einschränkung nach Sinn und Zweck der Vorschrift überschießend<sup>2</sup> und wurde folgerichtig durch das JStG 2010 korrigiert.

Nach der Gesetzesbegründung gilt (zur Vermeidung von Kaskadeneffekten) für den Fall des Erwerbs in einer **mehrstufigen Beteiligungsstruktur**, dass die stillen Reserven in den Untergesellschaften die im Kaufpreis oder Unternehmenswert der Obergesellschaft enthaltenen stillen Reserven

1 Für eine Einbeziehung stiller Reserven in den Organgesellschaften und organschaftlichen Verlusten des Organs daher etwa *Bien/Wagner*, BB 2009, 2626 (2631); *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633 (2636); *Watermeyer*, GmbH-StB 2010, 132 (136). Einschränkung *Dötsch* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 8c KStG Rz. 76m (Stand: Dezember 2012).

2 *Dötsch* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, Die Körperschaftsteuer, § 8c KStG Rz. 76c (Stand: Dezember 2012). S. zur Frage der Europarechtswidrigkeit bei DBA-befreiten Betriebsstätteneinkünften *Dörr*, NWB 2010, 184 (196); *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (83); *Scheunemann/Dennisen/Bebrens*, BB 2010, 23 (28).



nicht übersteigen dürfen. Liegt die Summe der stillen Reserven nach einer Einzelbetrachtung der Gesellschaften oberhalb der durch den Kaufpreis an der Obergesellschaft bestimmten stillen Reserven, hat eine Anpassung und Deckelung zu erfolgen. Nach welchem Verhältnis diese erfolgt (quotale oder vorrangige Kürzung stiller Reserven bei der Obergesellschaft), ist dem Gesetz nicht zu entnehmen<sup>1</sup>.

- 3149.10 Nach § 8c Abs. 1 Satz 9 KStG ist nur das Betriebsvermögen zu berücksichtigen, das der Körperschaft ohne steuerrechtliche Rückwirkung, insbesondere ohne § 2 UmwStG, zuzurechnen ist. Gestaltungen zur rückwirkenden Erhöhung des Verschonungsvolumens sind damit unbeachtlich; für die Ermittlung der stillen Reserven ist mithin der handelsrechtliche Vermögensübergang maßgeblich<sup>2</sup>.

## E. Verlustverwertung beim Anteilseigner einer einfachen GmbH

### I. Überwindung der Verlustfalle

- 3150 Unabhängig davon, ob eine Verlustverwertung bei der GmbH gelingt oder nicht, ist zu prüfen, ob der Verlust der GmbH – ggf. zusätzlich – auf der Ebene des Gesellschafters verwertet werden kann.

#### 1. Realisierung von Anteilswertverlusten

- 3151 Der Verlustvortrag, den die GmbH aufbaut, impliziert im Regelfall eine Wertminderung der GmbH-Beteiligung auf Gesellschafterebene. Ziel der im Folgenden darzustellenden Maßnahmen ist die Realisierung steuerlich wirksamer Anteilswertverluste, den die Gesellschafter zur Steuerminderung nutzen können.

**Beachte:** Eine Verlustverwertung beim Gesellschafter setzt voraus, dass sich der Verlust bei diesem durch Verrechnung mit positiven Einkünften überhaupt auswirkt.

- 3152 Aufgrund des Teileinkünfteverfahrens sind Anteilsverluste bei einem Gesellschafter, der iS des § 17 EStG beteiligt ist, zu 60 % abzugsfähig. Dies gilt auch dann, wenn es sich um alt-einbringungsgeborene Anteile handelt,

<sup>1</sup> Vgl. hierzu auch *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11 (17).

<sup>2</sup> S. hierzu *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, § 8c KStG Rz. 147 (Stand: Mai 2012).

bei denen ein Veräußerungsgewinn voll steuerpflichtig wäre (s. hierzu Rz. III 4695 ff.).

Der BFH hat entschieden, dass Anteilswertverluste im Fall der Liquidation bzw. Insolvenz zu 100 % abzugsfähig sind, wenn der Gesellschafter zu keinem Zeitpunkt Einnahmen erzielt hat, die dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren unterlegen haben<sup>1</sup>; die Finanzverwaltung wendet das Urteil an<sup>2</sup>. Ein symbolischer Kaufpreis von 1 Euro ist unschädlich<sup>3</sup>. Dividenden, die noch unter das körperschaftsteuerliche Anrechnungsverfahren fielen, gelten nicht als Einnahmen in diesem Sinne<sup>4</sup>.

Der Gesetzgeber hat mit dem Jahressteuergesetz 2010 § 3c Abs. 2 EStG dahingehend geändert, dass es für die Anwendung der Norm **ab dem 1.1.2011** ausreichend ist, wenn die **Absicht** einer Einnahmenerzielung besteht und es mithin auf das tatsächliche Entstehen von Einnahmen nicht ankommt<sup>5</sup>.

### a) Anteilsveräußerung

Ist der Gesellschafter an der GmbH mit mindestens 1 % beteiligt, so führt **3153** ein daraus entstehender Verlust zu negativen Einkünften aus Gewerbebetrieb, der zu 60 % abzugsfähig ist. Ein voller Abzug sollte – jedenfalls bis zum Jahre 2010 – in Betracht kommen, wenn die in Rz. III 3152 dargestellten Voraussetzungen erfüllt sind (einnahmelose Beteiligung). Eine

1 BFH v. 25.6.2009 – IX R 42/08, BStBl. II 2010, 220 = GmbHR 2009, 1110 m. Komm. Hoffmann; BFH v. 14.7.2009 – IX R 8/09, BFH/NV 2010, 399; BFH v. 18.3.2010 – IX B 227/09, GmbHR 2010, 543. S. hierzu etwa Korn, DSr 2009, 2509; Jebke/Pitzal, DSr 2010, 256; Jebke/Pitzal, DSr 2010, 1163; Loose/Michel, NWB 2010, 1736.

2 BMF v. 28.6.2010 – IV C 6 - S-2244/09/10002, GmbHR 2010, 840. Der zunächst veröffentlichte Nichtanwendungserlass (BMF v. 25.2.2010 – IV C 6 - S-2241/09/10002, BStBl. I 2010, 181) wurde damit aufgehoben. S. auch OFD Rheinland v. 6.7.2010 – Kurzinfor ESt Nr. 33/2010, DB 2010, 1560. S. umfassend dazu Förster, GmbHR 2010, 1009.

3 So BFH v. 6.4.2011 – IX R 61/10, BFH/NV 2011, 1575 = GmbHR 2011, 865. AA OFD Rheinland v. 6.7.2010, Kurzinformation Einkommensteuer Nr. 033/2010, DB 2010, 1560. Im Übrigen sind Einnahmen jedoch auch dann schädlich, wenn sie geringfügig sind (BFH v. 6.4.2011 – IX R 40/10, BFH/NV 2011, 1574 = GmbHR 2011, 939).

4 BFH v. 6.4.2011 – IX R 28/10, BFH/NV 2011, 1753 = GmbHR 2011, 1048. So auch FG Köln v. 24.8.2010 – 8 K 4878/06, EFG 2011, 215; der BFH konnte die Frage im Revisionsverfahren offen lassen (BFH v. 11.10.2012 – IV R 45/10, BFH/NV 2013, 518).

5 S. im Einzelnen Förster, GmbHR 2011, 393.

Veräußerung iS des § 17 EStG liegt vor bei einer entgeltlichen Übertragung auf einen anderen Rechtsträger<sup>1</sup>. Das wesentlichste Hindernis stellt § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG dar, der die Realisierung von Veräußerungsverlusten für einen Zeitraum von fünf Jahren seit dem Anteilerwerb in bestimmten Fällen verhindert<sup>2</sup>.

3154 Wird unterstellt, dass der Veräußerungsverlust für den Anteilseigner steuerlich beachtlich ist, so kommen als denkbare Erwerber neben fremden Dritten insbesondere nahe stehende Personen in Betracht.

- Erwerber kann eine **Kapitalgesellschaft** sein, an der der Gesellschafter beteiligt ist. Als Übertragungsvehikel kommen dabei der Verkauf, aber auch die offene oder verdeckte Einlage in Betracht<sup>3</sup>. Der BFH hat auch in der Übertragung auf eine vom Veräußerer kurz zuvor gegründete Kapitalgesellschaft keinen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten gesehen<sup>4</sup>.
- Wird die Beteiligung auf eine mitunternehmerische **Personengesellschaft** gegen eine nach dem Verkehrswert der Anteile bemessene Bar- oder Sachvergütung übertragen, an der der Gesellschafter beteiligt ist, so führt dies zur Gewinn- bzw. Verlustrealisierung<sup>5</sup>. Nach der Rechtsprechung stellt auch die Einbringung grundsätzlich einen Veräußerungstatbestand dar mit der Folge, dass ein Veräußerungsgewinn bzw. -verlust entsteht<sup>6</sup>.

1 Die Abgrenzung zwischen verlustrealisierender entgeltlicher und nicht verlustrealisierender unentgeltlicher Übertragung gestaltet sich insbesondere dann schwierig, wenn Anteile zu einem symbolischen Preis („1 Euro“) an eine nahe stehende Person übertragen werden (s. dazu *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 31. Aufl. 2012, § 17 Rz. 100).

2 Zu Einzelheiten s. Rz. III 4481 ff.

3 Die verdeckte Einlage gilt als Veräußerung (§ 17 Abs. 1 Satz 2 EStG). Im Fall der Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten kann die Einbringung unter den Voraussetzungen des § 21 UmwStG erfolgsneutral, jedoch auch erfolgswirksam (hier: verlustrealisierend) erfolgen. Sind die Voraussetzungen des § 21 UmwStG nicht erfüllt, ist die Verlustrealisierung zwingend.

4 BFH v. 29.5.2008 – IX R 77/06, GmbHR 2008, 996 m. Komm. *Hoffmann*. AA Vorinstanz FG Münster v. 30.5.2006 – 11 K 6601/02 E, EFG 2006, 1302.

5 *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 31. Aufl. 2012, § 17 Rz. 115.

6 BFH v. 19.10.1998 – VIII R 69/95, BStBl. II 2000, 230 = GmbHR 1999, 430. So auch BMF v. 29.3.2000 – IV C 2 - S 2178 - 4/00, BStBl. I 2000, 462 = GmbHR 2000, 589. Dies gilt auch, wenn die Beteiligung nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern auch anderen Kapitalunterkonten gutgeschrieben wird (BFH v. 24.1.2008 – IV R 37/06, GmbHR 2008, 548).

- Die Veräußerung der GmbH-Anteile **an die GmbH selbst** ist nach § 33 Abs. 2 GmbHHG idF des BilMoG nur dann zulässig, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt des Erwerbs eine Rücklage in Höhe der Aufwendungen für den Erwerb bilden könnte, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter verwandt werden darf<sup>1</sup>. Ist diese Voraussetzung erfüllt, kann sich aus der Veräußerung ein steuerlich relevanter Verlust ergeben (s. zu der steuerlichen Behandlung eigener Anteile Rz. III 4215 ff.).

### b) Antragstellung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 UmwStG aF

Im Rahmen der Einbringung von Betrieben, Teilbetrieben, Mitunternehmeranteilen sowie mehrheitsvermittelnden Kapitalgesellschaftsanteilen in eine GmbH wird bei Buchwertfortführung in der Bilanz der aufnehmenden GmbH eine Besteuerung der stillen Reserven vermieden. Für entsprechende Umwandlungen, die **bis zum 12.12.2006** angemeldet wurden, und für im Wege der Einzelrechtsnachfolge erfolgte Einbringungen, bei denen das wirtschaftliche Eigentum an den eingebrachten Wirtschaftsgütern vor diesem Stichtag übergegangen war, waren die als Gegenleistung gewährten Anteile steuerverstrickt iS des § 21 UmwStG (sog. **einbringungsgeborene Anteile**). Einbringungsgeborene Anteile entstanden auch dann, wenn Zwischenwerte angesetzt wurden. Dies hatte zur Folge, dass eine spätere Veräußerung – unabhängig von der Beteiligungsquote – zu steuerlich relevanten Veräußerungsgewinnen bzw. -verlusten nach § 16 EStG führte. Auf Antrag wurden die stillen Reserven auch ohne Veräußerung aufgedeckt (s. im Einzelnen Rz. III 4695 ff.).

Die Steuerfolgen von Einbringungsvorgängen wurden durch das **SEStEG** 3156 v. 7.12.2006<sup>2</sup> vollständig neu geregelt (s. hierzu im Einzelnen Rz. III 5220 ff.). Einbringungsgeborene Anteile mit der oben beschriebenen Möglichkeit, die stillen Reserven auf Antrag zu versteuern, sieht das Gesetz danach nicht mehr vor. Allerdings bleibt die Antragsmöglichkeit für nach altem Recht geschaffene einbringungsgeborene Anteile zeitlich unbegrenzt bestehen<sup>3</sup>.

1 BGBl. I 2009, 1102.

2 BGBl. I 2006, 2782.

3 § 27 Abs. 3 Satz 1 UmwStG idF des SEStEG v. 7.12.2006, BGBl. I 2006, 2782.

### c) Liquidation

- 3157 Ist die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs der GmbH nicht mehr erforderlich bzw. sinnvoll, so können die Verluste der GmbH endgültig insoweit durch Liquidation auf die Anteilseignerebene transferiert werden, als sich der GmbH-Verlust in den Anteilen niederschlägt. Allerdings ist im Anwendungsbereich des § 17 EStG auch hier nur ein 60%iger Verlustabzug möglich. Hat der Gesellschafter in der Vergangenheit und auch im Rahmen der Liquidation keinerlei Einnahmen bezogen, ist der Verlust nach der Rechtsprechung für Altfälle zu 100 % abzugsfähig (s. dazu Rz. III 3152). S. zur Liquidation im Einzelnen Rz. III 6250 ff.

### d) Umwandlung in eine Personenunternehmung

- 3158 Wird eine Verlust-GmbH in eine Personengesellschaft umgewandelt, so geht der verbleibende Verlustvortrag der GmbH nach § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG nicht auf das übernehmende Personenunternehmen über. Beim Gesellschafter entsteht ein Übernahmeverlust iH der Differenz zwischen seinen Anschaffungskosten und dem Buchwert des übergehenden Vermögens. Nach § 4 Abs. 6 UmwStG bleibt dieser Übernahmeverlust jedoch **außer Ansatz**; ein step up mit anschließender Abschreibung ist nicht möglich.

#### Beispiel

Die Verlust-GmbH mit einem Stammkapital von 50 000 Euro weist einen Verlustvortrag von 150 000 Euro und einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 100 000 Euro aus. Die Anschaffungskosten des Alleingeschafters A betragen 50 000 Euro. Die Verlust-GmbH wird formwechselnd in eine GmbH & Co. KG umgewandelt, an der A als alleiniger Kommanditist zu 100 % am Kapital beteiligt ist.

Der Verlustvortrag geht nicht auf die A-GmbH & Co. KG über (§ 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG). Der bei A entstandene Übernahmeverlust iH von (50 000 Euro – [- 100 000 Euro] =) 150 000 Euro kann steuerlich nicht geltend gemacht werden (§ 4 Abs. 6 UmwStG).

- 3159 Nach § 4 Abs. 6 UmwStG idF des SEStEG wird ein Übernahmeerfolg **aufgeteilt**
- in einen **Ausschüttungsteil** (offene Gewinnrücklagen) und
  - in einen **Veräußerungsteil** (übriges Eigenkapital).

Soweit sich aus dem Veräußerungsteil ein **Verlust** ergibt, darf dieser mit den aus dem Ausschüttungsteil ergebenden Einnahmen aus Kapitalver-

mögen (§ 20 EStG) **verrechnet** werden<sup>1</sup>. § 4 Abs. 6 Satz 5 UmwStG idF des SEStEG enthält vielmehr eine verschärfende Sonderregelung, wonach trotz der Steuerpflicht der Bezüge nach § 7 UmwStG ein Übernahmeverlust außer Ansatz bleibt, soweit bei Veräußerung der Anteile an der umzuwandelnden Gesellschaft ein Veräußerungsverlust nach § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG nicht zu berücksichtigen wäre oder soweit die Anteile an der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem steuerlichen Übertragungsstichtag entgeltlich erhoben wurden<sup>2</sup>.

### Beratungshinweis

Die Umwandlung einer Verlust-GmbH in eine Personengesellschaft im Wege der Verschmelzung oder des Formwechsels ist damit keine geeignete Verlustverwertungsmaßnahme auf der Ebene des Gesellschafters. Umwandlungsverluste sind damit steuerlich ungünstiger als Liquidations- oder Veräußerungsverluste. Vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, der Umwandlung eine verlustrealisierende Veräußerung vorzuschalten und erst dann eine Umwandlung vorzunehmen.

## 2. Sale & lease back

Als Sale & lease back wird das Verfahren bezeichnet, Wirtschaftsgüter von der (hier: Verlust-)Gesellschaft an eine andere – häufig: nahe stehende – Person zu veräußern, die ihrerseits das Wirtschaftsgut dem Veräußerer zur Nutzung überlässt. Dies kann, muss aber nicht zur Begründung einer Betriebsaufspaltung führen. Die Verlustverwertung besteht in der Abschreibung des Wirtschaftsguts auf Erwerberebene, während der Veräußerungsgewinn bei der GmbH iH des Verlustvortrags steuerfrei vereinnahmt werden kann. 3160

**Beachte:** Der Einsatz dieses Gestaltungselements ist nur unter einer Reihe von **Voraussetzungen** sinnvoll. Die Wesentlichsten sind:

- Der Verlustvortrag muss größer sein als die stillen Reserven, da der Veräußerungsgewinn bei der GmbH nur dann ohne Steuerbelastung realisiert werden kann. Entscheidend ist dabei nicht der bilanzielle, sondern der körperschaft- bzw. gewerbesteuerliche Verlustvortrag. Die Veräußerung muss wie unter fremden Dritten erfolgen. Zu niedrige Kauf-

<sup>1</sup> Im Einzelnen s. Rz. III 5106 ff.

<sup>2</sup> S. hierzu *Rödler/Schumacher*, DStR 2006, 1525 (1532).

preise führen zu verdeckten Gewinnausschüttungen, die zu Mehrsteuern führen können.

- Die Abschreibungen auf der Ebene des Erwerbers müssen sich bei diesem steuerlich auswirken, insbesondere darf der Erwerber nicht seinerseits Verluste erwirtschaften.
- Die Gestaltung ist umso sinnvoller, je schneller das erworbene Wirtschaftsgut abschreibbar ist. Nicht abnutzbare Wirtschaftsgüter (zB Kapitalgesellschaftsbeteiligungen) sind daher als Verlustnutzungsvehikel ungeeignet.
- Handelt es sich bei dem zu veräußernden Wirtschaftsgut um eine Immobilie, ist die aus der Veräußerung resultierende Grunderwerbsteuer zu berücksichtigen.

### 3. Verzicht auf zukünftige Vergütungen

3161 Erhält der Gesellschafter einer einfachen GmbH Vergütungen aus schuldrechtlichen Leistungsbeziehungen (zB aus Geschäftsführer- oder Darlehensverträgen), so werden diese Beträge bei der GmbH wegen der dort annahmegemäß vorhandenen Verlustvorräte nicht unmittelbar steuerwirksam, führen jedoch beim Empfänger zu Ertragsteuerzahlungen. Diese Rechtsfolgen treten dagegen nicht ein, wenn die Darlehensgewährung oder die Geschäftsführertätigkeit ohne Entgelt erfolgt; da es sich um die Überlassung von Nutzungen handelt, liegen auch keine Einlagen vor. Infolgedessen ist es erwägenswert, auf *zukünftige* Vergütungen zu verzichten, um auf diese Weise die laufenden Verluste der GmbH zu verringern und Steuerzahlungen auf Gesellschafterebene zu vermeiden (s. zum Verzicht auf noch nicht erdiente Pensionsansparungen Rz. III 6927 ff.). Zum Verzicht auf bereits entstandene Vergütungsansprüche s. Rz. III 2515.

3162 Der **Wechsel** von der Voll- zur Teil- bzw. Unentgeltlichkeit darf nicht willkürlich erfolgen, da andernfalls die Ernsthaftigkeit der Verträge und damit die Abzugsfähigkeit der Vergütungen insgesamt – also auch der in der Vergangenheit gezahlten – in Frage steht; dies gilt insbesondere dann, wenn in Gewinnjahren wieder zu einer angemessenen Vergütung zurückgekehrt wird<sup>1</sup>. Aus diesem Grund sind längerfristige Teilverzichte ständigen Schwan-

---

1 BFH v. 30.3.1994 – I B 185/93, GmbHR 1995, 236 = BFH/NV 1995, 164. S. dazu auch *Tillmann/Schmidt*, GmbHR 1995, 796 (804).

kungen bei den Vergütungen vorzuziehen<sup>1</sup>. Alternativ kommt ein Verzicht mit Besserungsvereinbarung in Betracht, bei dem iH der Verzichtsbeiträge im Jahr des Eintritts der Besserungsbedingung Betriebsausgaben bei der GmbH entstehen<sup>2</sup>.

### Beratungshinweis

Erfolgen die beschriebenen Vorteilszuwendungen nach einer schädlichen Anteilsübertragung iS des § 8 Abs. 4 KStG, so ist zu beachten, dass hiermit möglicherweise eine schädliche Betriebsvermögenszuführung verbunden sein kann (s. Rz. III 3046 ff.; s. zum zeitlichen Anwendungsbereich Rz. III 3022).

## 4. Forderungsverzicht

S. hierzu Rz. III 2671 ff.

3163

## II. Vermeidung der Verlustfalle

### 1. Begründung einer GmbH & Still

Die Begründung einer GmbH & Still zwischen der GmbH und ihrem Ge- 3164  
sellschafter stellt eine interessante Möglichkeit dar, insbesondere Anlauf-  
verluste von der Gesellschaftsebene auf die Ebene des Gesellschafters zu  
transferieren. Dabei ist in der Praxis davon auszugehen, dass Rspr. und Fi-  
nanzverwaltung eine stille Gesellschaft zwischen einer GmbH und ihrem  
beherrschenden Gesellschafter idR als **atypisch stille Gesellschaft** quali-  
fizieren. Dies hat zur Folge, dass der – einheitlich und gesondert festzustel-  
lende – (Anlauf-)Verlust der stillen Gesellschaft den Gesellschaftern ent-  
sprechend ihrer Quote zuzuordnen ist, so dass der auf den Stillen entfal-  
lende Verlustanteil unmittelbar mit dessen übrigen positiven Einkünften  
verrechnet werden kann, während der in der GmbH „eingeschlossene“  
und damit nur vortragsfähige Verlust entsprechend geringer ausfällt.

Im Einzelnen sind insbesondere die **folgenden Aspekte** zu beachten: 3165

1 *Korn/Strahl*, KÖSDI 1996, 10886 (10891).

2 S. dazu BFH v. 30.5.1990 – I R 41/87, BStBl. II 1991, 588 = GmbHR 1991, 73. Die Besserungsvereinbarung ist so zu fassen, dass der Eintritt des Besserungsfalls und die Höhe der Nachzahlung klar und eindeutig geregelt ist (BFH v. 18.12.2002 – I R 27/02, GmbHR 2003, 546).



- Der Verlustanteil aus der atypisch stillen Beteiligung wirkt sich steuerlich voll aus und nicht nur zu 60 %.
- Verluste sind lediglich im Rahmen des § 15a EStG verwertbar.
- Der Verlust der atypisch stillen Beteiligung – etwa aufgrund einer Insolvenz der GmbH – ist steuerwirksam nach § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG. Steuerliche Wartezeiten wie in § 17 Abs. 2 Satz 6 EStG existieren nicht.
- Die GmbH-Anteile sowie etwaige Darlehensforderungen gehören zum notwendigen Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters. Entsprechende Vermögensverluste sind ebenfalls nach § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG zu erfassen. Damit entfallen steuerliche Unsicherheiten hinsichtlich der Behandlung von Darlehensverlusten im Privatvermögen<sup>1</sup>. Allerdings greift auch für Verluste aus Anteilen im (Sonder-)Betriebsvermögen das Teilabzugsverbot.
- Nicht nur die auf den Stillen entfallenden Verlustanteile sind als gewerbliche Einkünfte zu qualifizieren, sondern auch die Tätigkeitsvergütung. Dies kann zu einer gewerbesteuerlichen Mehrbelastung führen.
- Da der Verlust gewerbesteuerlich für die atypisch stille Gesellschaft festgestellt wird, schlägt dieser nicht auf die Gesellschafterebene durch und ist damit beim Gesellschafter nicht verwertbar.

### Beratungshinweis

Die Vor- und Nachteile einer atypisch stillen Gesellschaft sind sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Im Vergleich zur alternativ denkbaren Gründung einer GmbH & Co. KG mit anschließender Umwandlung in eine GmbH besteht der Vorteil insbesondere in der fehlenden Öffentlichkeitswirksamkeit, so dass der Wechsel zur reinen GmbH geräuschlos und kostengünstig vonstatten gehen kann.

3166 Der GmbH-Gesellschafter kann sich grundsätzlich auch **typisch still** an „seiner“ GmbH beteiligen (s. hierzu Rz. III 3457 ff.). Ist dies der Fall, so sind Verlustzuweisungen – im Rahmen des § 15a EStG – bis 2008 als Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu berücksichtigen. Im Gegensatz zur atypisch stillen Beteiligung erfolgt die Verlustzuweisung allerdings nicht bereits zum Ende des Geschäftsjahres der Verlust-GmbH, sondern erst mit Feststellung der Bilanz der GmbH. Ob sich ein etwaiger

1 S. dazu Rz. III 2659 ff.

Vermögensverlust der typisch stillen Beteiligung steuerlich auswirkt, sollte nach denselben Grundsätzen wie bei Darlehensverlusten zu prüfen sein (s. Rz. III 2671 ff.). Seit 2009 unterliegen Erträge aus einer im Privatvermögen gehaltenen stillen Beteiligung der Abgeltungsteuer (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG) und sind Werbungskosten grundsätzlich nicht abzugsfähig (§ 20 Abs. 9 EStG). Verlustzuweisungen sind nach Ansicht der Finanzverwaltung im Zeitpunkt der Abbuchung vom Einlagekonto des stillen Gesellschafters zu berücksichtigen<sup>1</sup>. Die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 6 ff. EStG ist zu beachten.

Zur GmbH & Still im Einzelnen s. Rz. III 3452 ff.

## 2. Sonstige Gestaltungen

Der Verzicht auf zukünftige Vergütungen ist nicht nur als Maßnahme zur **3167** Auswertung bereits entstandener (s. dazu Rz. III 3161), sondern auch als Instrument zur Vermeidung zukünftiger Verluste einsetzbar. Ist mithin eine negative Ertragsentwicklung zu befürchten, so kann der Aufbau eines Verlustvortrags durch entsprechende Gestaltung der Vergütungsstruktur ganz oder teilweise verhindert werden. Eine Alternative stellen erfolgsabhängige Vergütungselemente (zB Tantiemen) dar, die das Ergebnis der GmbH nur in Gewinnperioden schmälern<sup>2</sup>.

Einstweilen frei.

3168–3179

## F. Verlustverwertung beim Anteilseigner einer konzerngebundenen GmbH

### I. Überwindung der Verlustfälle

#### 1. Teilwertabschreibung auf Beteiligung und/oder Gesellschafterdarlehen

Werden Anteile an einer GmbH von einer anderen **Kapitalgesellschaft** ge- **3180** halten, so führt die Freistellung von Beteiligungserträgen nach § 8b KStG

1 BMF v. 22.12.2009 – IV C 1 - S-2252/08/10004, BStBl. I 2010, 94, Rz. 4. S. dazu *Weber-Grellet* in Schmidt, EStG, 31. Aufl. 2012, § 20 Rz. 82.

2 *Heidemann*, Inf 1990, 491 (492). S. zu den Einzelheiten, vor allem im Hinblick auf die Vermeidung verdeckter Gewinnausschüttungen beim beherrschenden Gesellschafter Rz. III 1090 ff.

nicht nur zur Befreiung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen, sondern auch zur Nichtberücksichtigung von Verlusten. Demzufolge wirken sich durch Teilwertabschreibung antizipierte Wertverluste steuerlich nicht mehr aus (§ 8b Abs. 3 KStG; s. hierzu Rz. III 4152 ff.). Befinden sich die GmbH-Anteile im Betriebsvermögen einer **natürlichen Person oder einer Personengesellschaft**, so sind Veräußerungsverluste und Wertminderungen zu 60 % zu berücksichtigen; dies gilt auch dann, wenn eine körperschaftsteuerliche Organschaft besteht (§ 3 Nr. 40 Satz 1 Buchst. a EStG, § 8b Abs. 2 Satz 1 KStG). Eine Teilwertabschreibung auf Anteile im Betriebsvermögen einer natürlichen Person oder einer Personengesellschaft kann, wie der Verlust aus einer Liquidation (s. Rz. III 3152), zu 100 % abzugsfähig sein, wenn sie vor dem 1.1.2011 erfolgt, in der Vergangenheit keine dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren unterliegenden Einnahmen angefallen sind und davon auszugehen ist, dass solche auch in der Zukunft nicht anfallen werden<sup>1</sup>. Wurde die Teilwertabschreibung nur zu 50 % bzw. 60 % berücksichtigt und stellt sich später heraus, dass auch in der Zukunft keine dem Halb- bzw. Teileinkünfteverfahren unterliegenden Betriebsvermögensmehrungen oder Einnahmen anfallen, so liegt ein rückwirkendes Ereignis iS des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO vor<sup>2</sup>.

**3181** Hat der betrieblich beteiligte Gesellschafter der GmbH ein Darlehen gewährt und gerät die GmbH in wirtschaftliche Schwierigkeiten, so stellt sich die Frage, ob auch für den Aufwand aus der Abschreibung des Darlehens § 3c Abs. 2 EStG anzuwenden ist. Der BFH hat dies verneint<sup>3</sup>. Der Gesetzgeber plant eine Änderung des § 3c Abs. 2 EStG, mit der die Sicht der Finanzverwaltung durchgesetzt werden soll<sup>4</sup>.

**3182–3184** Einstweilen frei.

---

1 BMF v. 8.11.2010 – IV C 6 - S 2128/07/10001 – DOK 2010/0805444, GmbHR 2010, 1285 = BStBl. I 2010, 1292, Tz. 7; OFD Rheinland v. 6.7.2010 – Kurzinformation Einkommensteuer Nr. 033/2010, DB 2010, 1560.

2 S. die Hinweise bei *Förster*, GmbHR 2011, 393 (395). S. einschränkend dazu OFD Rheinland v. 6.7.2010 – Kurzinformation Einkommensteuer Nr. 033/2010, DB 2010, 1560.

3 BFH v. 18.4.2012 – X R 5/10, GmbHR 2012, 867 = FR 2012, 868. S. dazu *Hoffmann*, DStR 2012, 1324; *Weber-Grellet*, BB 2013, 43.

4 BT-Drucks. 17/12037.

## 2. Verschmelzung

Die Verschmelzung kann als Verlustverwertungsmaßnahme eingesetzt 3185 werden, indem

- entweder die Verlustgesellschaft auf eine Gewinngesellschaft verschmolzen wird, auf die der Verlustvortrag übergeht und die diesen mit eigenen positiven Ergebnissen verrechnet,
- oder eine Gewinngesellschaft auf die Verlustgesellschaft verschmolzen wird und damit der Verlustvortrag der steuerfreien Vereinnahmung der übergegangenen Ertragspotentiale dient.

Ob die Verlustverwertung gelingt, ist insbesondere davon abhängig, ob es sich bei dem profitablen Unternehmen um eine Personengesellschaft oder um eine Kapitalgesellschaft handelt und ob die Personen- oder Kapitalgesellschaft im Verhältnis zur Verlust-GmbH Mutter-, Tochter- oder Schwes-tergesellschaft ist (s. im Einzelnen zu den Steuerfolgen von Umstrukturierungen Rz. III 5050 ff.).

### a) Verschmelzung der Verlust-GmbH mit einer Gewinn-Kapitalgesellschaft

Wird eine Verlust-Kapitalgesellschaft mit einer Gewinn-Kapitalgesellschaft 3186 verschmolzen, so ergeben sich bei **nach dem 12.12.2006 zum Handelsregister angemeldeten Verschmelzungen** (§ 27 Abs. 1 UmwStG idF des SEStEG v. 7.12.2006<sup>1</sup>) die folgenden steuerlichen Konsequenzen.

- Bei der **übertragenden Kapitalgesellschaft** sind grundsätzlich die gemeinen Werte der Wirtschaftsgüter anzusetzen (§ 11 Abs. 1 UmwStG); alternativ können unter bestimmten Voraussetzungen die Buchwerte fortgeführt werden.
- Die **übernehmende Kapitalgesellschaft** führt die Wertansätze fort. Ein bestehender Verlustvortrag sowie verrechenbare Verluste (zB nach § 2a oder § 15a EStG) und Zinsvorträge nach § 4h Abs. 4 EStG gehen jedoch unter (§ 12 Abs. 3 Halbsatz 2 iVm. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG). Ein sich bei der Übernehmerin ergebender Übernahmeverlust bleibt vollständig, ein Übernahmegewinn nach Maßgabe des § 8b KStG außer Ansatz.

---

1 BGBl. I 2006, 2782.

- Beim **Anteilseigner** gelten die Anteile der übertragenden Gesellschaft als veräußert und die der übernehmenden Gesellschaft als erworben. Unter bestimmten Voraussetzungen können die Buchwerte bzw. Anschaffungskosten fortgeführt werden.

3187 Im Hinblick auf sich hieraus ergebende Verlustverwertungsmöglichkeiten ergibt sich Folgendes:

- Wird eine **Verlust-GmbH auf eine Gewinnkapitalgesellschaft verschmolzen**, geht ein bestehender Verlustvortrag nicht über. Die übernehmende Gesellschaft kann auch einen Übernahmeverlust nicht geltend machen. Als Verlustverwertungsmaßnahme bleibt insbesondere die Möglichkeit, stille Reserven in der Übertragungsbilanz durch Aufstockung bis maximal zu den gemeinen Werten aufzulösen und den Verlustvortrag der übertragenden Gesellschaft dann bei der übernehmenden Gesellschaft insbesondere über zusätzliche Abschreibungsbeträge zu nutzen.

### Beratungshinweis

Voraussetzung hierfür ist selbstverständlich, dass die Wirtschaftsgüter stille Reserven enthalten oder ein Firmenwert vorhanden ist. Zu beachten ist, dass körperschaft- und gewerbesteuerliche Verlustvorträge oftmals voneinander abweichen. Besonderes Augenmerk ist schließlich auf die Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG zu legen; eine Aufstockung über den Basisbetrag von 1 Mio. Euro hinaus kann daher auch bei ausreichenden Verlustvorträgen unattraktiv sein (s. zur Mindestbesteuerung Rz. III 3012 ff., dort auch zur möglichen Verfassungswidrigkeit eines dadurch ausgelösten Wegfalls von Verlustvorträgen).

- Wird umgekehrt eine **Gewinn- auf die Verlustkapitalgesellschaft verschmolzen**, so ist eine Verlustverwertung in der Weise möglich, dass die Verluste der übernehmenden Gesellschaft mit zukünftigen Gewinnen der übertragenden Gesellschaft verrechnet werden können. Allerdings plant der Gesetzgeber eine Gesetzesänderung in § 2 Abs. 4 UmwStG, wonach eine Verlustverwertung im steuerlichen Rückwirkungszeitraum eingeschränkt werden soll<sup>1</sup>. Danach soll der Ausgleich oder die Verrechnung von positiven Einkünften des übertragenden Rechtsträgers im Rückwirkungszeitraum mit verrechenbaren Verlusten,

<sup>1</sup> JStG-E 2013 v. 22.2.2013, BR-Drucks. 139/13.

verbleibenden Verlustvorträgen, nicht ausgeglichenen negativen Einkünften und einem Zinsvortrag nach § 4h Abs. 1 Satz 5 EStG des übernehmenden Rechtsträgers nicht zulässig sein; entsprechende Regelungen sollen in Organschaftsfallen sowie bei Umwandlungen in Personengesellschaften gelten. Die Einschränkungen gelten nicht, wenn übertragender und übernehmender Rechtsträger vor Ablauf des steuerlichen Übertragungstichtags verbundene Unternehmen iS des § 271 Abs. 2 HGB sind.

### Beratungshinweis

War der Verschmelzung eine Übertragung der Anteile an der Verlustgesellschaft vorangegangen, könnte die Verschmelzung allerdings eine schädliche Betriebsvermögenszuführung iS des § 8 Abs. 4 KStG darstellen. Auch kann die Verschmelzung (ggf. gleichzeitig) eine schädliche Anteilsübertragung iS dieser Vorschrift bedeuten, wenn sich hiermit die Beteiligungsverhältnisse bei der Verlustgesellschaft ändern (zu § 8 Abs. 4 KStG s. Rz. III 3020 ff.). Auch im Anwendungsbereich des seit 2008 geltenden § 8c KStG kann der Vorgang schädlich sein, wenn dadurch mehr als 25 % der Anteile übertragen werden (s. hierzu im Einzelnen Rz. III 3100 ff., dort auch zur Konzern- und Stille-Reserven-Klausel). Nach Ansicht des FG Thüringen soll die Verschmelzung einer Gewinngesellschaft auf eine gesellschafteridentische Verlustgesellschaft mit eingestelltem Geschäftsbetrieb ggf. einen Gestaltungsmissbrauch iS des § 42 AO darstellen<sup>1</sup>.

Bei der Entscheidung für die Verschmelzungsrichtung ist zusätzlich die **3188 Grunderwerbsteuer** zu beachten, so dass – vorbehaltlich Grunderwerbsteuerlicher Befreiungsvorschriften, insbesondere § 6a GrEStG (s. dazu Rz. III 5534 ff.) – möglichst auf die grundbesitzhaltende Gesellschaft verschmolzen werden sollte. Daneben spielen häufig **außersteuerliche Motive** eine Rolle (zB Vermeidung unerwünschter handelsrechtlicher Verschmelzungsverluste)<sup>2</sup>.

1 FG Thüringen v. 28.9.2011 – 3 K 1086/09, FR 2013, 37 (Revision eingelegt; Az. des BFH I R 25/12).

2 S. hierzu im Einzelnen *Dreissig*, DB 1997, 1301.

### b) Verschmelzung der Verlust-GmbH mit einer Gewinn-Personengesellschaft

3189 Wird eine Verlust-GmbH mit einer Gewinn-Personengesellschaft verschmolzen<sup>1</sup>, so ergeben sich folgende steuerlichen Konsequenzen<sup>2</sup>.

- Bei der **übertragenden Kapitalgesellschaft** sind grundsätzlich die gemeinen Werte der Wirtschaftsgüter anzusetzen (§ 3 UmwStG idF des SEStEG); alternativ können unter bestimmten Voraussetzungen die Buchwerte fortgeführt werden.
- Die **übernehmende Personengesellschaft** führt die Wertansätze der übertragenden Kapitalgesellschaft fort. Ein bestehender Verlustvortrag sowie verrechenbare Verluste (zB nach § 2a oder § 15a EStG) und auch ein Zinsvortrag iS des § 4h Abs. 4 EStG gehen jedoch unter (§ 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG). Ein sich bei der Übernehmerin ergebender Übernahmeverlust bleibt bei den Gesellschaftern der Personengesellschaft vollständig, ein Übernahmegewinn nach Maßgabe des § 3 Nr. 40 EStG bzw. § 8b KStG außer Ansatz. Der Übernahmeverlust kann jedoch insoweit genutzt werden, als bei der Übernehmerin offene Rücklagen als ausgekehrt gelten (§ 4 Abs. 6 Satz 2 ff. UmwStG). Zu beachten ist die Verlustverwertungssperre in § 4 Abs. 6 Satz 6 UmwStG.

#### Beratungshinweis

Übernahmeverluste sind damit bei natürlichen Personen als Gesellschaftern steuerlich ungünstiger als Liquidations- oder Veräußerungsverluste. Vor diesem Hintergrund ist in solchen Fällen zu erwägen, der Umwandlung einen **Verkauf** vorzuschalten. Des Weiteren ist eine Buchwertaufstockung auf der Ebene der Verlustgesellschaft zu prüfen; zu den insoweit zu beachtenden Aspekten s. Rz. III 3187, auch im Hinblick auf die mögliche Verfassungswidrigkeit des Wegfalls von Verlustvorträgen aufgrund der Mindestbesteuerung.

3189.1 Ist umgekehrt **die Verlust-GmbH die aufnehmende und die Gewinn-Personengesellschaft die übertragende Gesellschaft**, so erfolgt eine Ver-

1 Anstelle einer Verschmelzung einer Personengesellschaft auf eine GmbH kommt alternativ die Einbringung der Anteile an der Personengesellschaft, ggf. mit anschließender Anwachsung, in Betracht.

2 S. hierzu im Einzelnen Rz. III 5050 ff., dort auch zur Diskussion über die Zulässigkeit einer Aufstockung in Altfällen.

lustverwertung in der Weise, dass der Verlustvortrag der GmbH in der Zukunft durch Gewinne aus dem übertragenen Betrieb der Personengesellschaft genutzt wird (zu den Steuerfolgen nach §§ 20 ff. UmwStG s. Rz. III 5220 ff.).

### Beratungshinweis

Die Verschmelzung der Personengesellschaft auf die **Verlust-GmbH** kann unter Umständen zu einer schädlichen Anteilsübertragung iS des § 8 Abs. 4 KStG führen, wenn die damit verbundene Kapitalerhöhung – ggf. verbunden mit weiteren Anteilsübertragungen – dazu führt, dass mehr als 50 % der Anteile an der Verlust-GmbH als übertragen gelten. Zusätzlich (oder alternativ) kann eine schädliche Betriebsvermögenszuführung vorliegen, wenn sich die Summe der Teilwerte des Aktivvermögens hierdurch verdoppelt. Beides kann zur Folge haben, dass der Verlustvortrag verloren geht. Bei unter § 8c KStG fallenden Übertragungsvorgängen ist allein auf die Quotenänderung abzustellen (s. hierzu Rz. III 3100 ff.).

### 3. Spaltung

Für die Spaltung von Kapitalgesellschaften auf Kapitalgesellschaften bzw. 3189.2 auf Personengesellschaften gelten die unter Rz. III 3186 ff. dargestellten Grundsätze entsprechend. Insbesondere geht ein **Verlustvortrag** auch in Spaltungsfällen nicht auf den übernehmenden Rechtsträger über (§ 15 Abs. 1 und § 16 UmwStG idF des SEStEG). Bei einer Abspaltung mindert sich ein verbleibender Verlustvortrag und auch ein Zinsvortrag nach § 4h Abs. 4 EStG der übertragenden Gesellschaft in dem Verhältnis, in dem bei Zugrundelegung des gemeinen Werts das Vermögen auf eine andere Körperschaft übergeht (§ 15 Abs. 3 UmwStG); insoweit geht der Verlustvortrag der übertragenden Gesellschaft verloren.

### 4. Sonstige Gestaltungen

Neben den genannten Instrumenten zur steuerlichen Verlustverwertung 3190 kommt der Einsatz einer Vielzahl anderer Maßnahmen in Betracht, die dazu dienen sollen, die bei der GmbH bereits eingetretenen Verluste beim Gesellschafter bzw. einer anderen nahestehenden Person zu nutzen.

- Werden **rentable Unternehmensteile auf die Verlustgesellschaft übertragen**, so können die damit entstehenden Erträge aufgrund des Verlustvortrags in der GmbH steuerfrei vereinnahmt werden. Als Einbringungsobjekte kommen bspw. Wertpapiere oder gewinnträchtige Teil-



betriebe in Betracht. Insoweit gelten die Ausführungen s. Rz. III 3189 zur Verschmelzung einer Personengesellschaft auf die Verlust-GmbH entsprechend.

### **Beratungshinweis**

**GmbH-Beteiligungen** eignen sich nicht als Einbringungsobjekte, da die Dividendenbezüge nach § 8b Abs. 1 KStG steuerfrei sind.

- Wie im Fall der einfachen GmbH, allerdings mit naturgemäß deutlich größerem Einsatzgebiet, können bestehende Verlustvorträge durch Modifikation der zwischen der Verlust-GmbH und ihren Gesellschaftern (bzw. diesen nahe stehenden Personen) bestehenden schuldrechtlichen Vereinbarungen reduziert werden. Für die Praxis von besonderer Relevanz ist dabei die Gestaltung des **Miet- bzw. Pachtentgelts** im Fall der Betriebsverpachtung bzw. Betriebsaufspaltung<sup>1</sup> sowie von konzerninternen **Verrechnungspreisen**.

### **Beratungshinweis**

Zu beachten ist, dass eine unentgeltliche oder teilentgeltliche Nutzungsüberlassung im Rahmen einer Betriebsaufspaltung dazu führen kann, dass entsprechende Aufwendungen wegen § 3c Abs. 2 EStG möglicherweise nur teilweise abzugsfähig sind<sup>2</sup>.

## II. Vermeidung der Verlustfalle

### 1. Organschaft

- 3191 Für eine körperschaft- und gewerbesteuerliche Organschaft ist eine finanzielle Eingliederung und zusätzlich ein Ergebnisabführungsvertrag erforderlich (s. hierzu im Einzelnen Rz. III 5830 ff.).
- 3192 Durch die Organschaft wird grundsätzlich ein uneingeschränkter Verlustausgleich ermöglicht, da die Abschirmwirkung der Organkapitalgesellschaft

1 Dörner, Inf 1996, 587. Der frühzeitige Verzicht auf Teile des Pachtzinses im Rahmen einer Betriebsaufspaltung führt nicht dazu, dass die Einkünfteerzielungsabsicht des Besitzunternehmens in Frage gestellt wird (BFH v. 24.4.1991 – X R 84/88, BStBl. II 1991, 713 = GmbHR 1991, 441).

2 Senator für Finanzen Bremen v. 23.7.2004 – S 2240 - 4182 - 110, EStK § 15 (I) Nr. 1 EStG Nr. 1005; FG Bremen v. 27.4.2006 – 1 K 204/05, EFG 2006, 1234. Offen gelassen durch BFH v. 18.4.2012 – X R 5/10, GmbHR 2012, 867 = FR 2012, 868, unter II.2.d.dd).

entfällt. Dies betrifft die Verrechnung von Verlusten der Organgesellschaft mit Gewinnen des Organträgers und umgekehrt sowie die Verrechnung von Verlusten und Gewinnen mehrerer Organgesellschaften untereinander. Zu prüfen ist, wie **vororganschaftliche Verluste** des Organträgers bzw. des Organs berücksichtigt werden<sup>1</sup>.

- Verfügt die **Organgesellschaft** über **vororganschaftliche Verluste**, 3193 so können diese nach § 15 Satz 1 Nr. 2 KStG bzw. § 10a Satz 3 GewStG nicht auf die Ebene des Organträgers transferiert werden, sondern bleiben in der Organgesellschaft eingeschlossen.

### Beratungshinweis

Gewinne der Organgesellschaft werden damit auf der Ebene des Organträgers versteuert, obwohl auf der Ebene der Organgesellschaft selbst noch Verlustvorträge bestehen. Diese Situation sollte daher tunlichst vermieden werden. Empfehlenswert ist bspw. die vorherige Auflösung stiller Reserven in der Organgesellschaft oder der Abschluss des Ergebnisabführungsvertrags erst nach Verbrauch der Verlustvorträge der Organgesellschaft.

- Verfügt der **Organträger** über **vororganschaftliche Verluste**, so können diese mit Gewinnabführungen der Organgesellschaft verrechnet werden. Dies gilt auch dann, wenn auf der Ebene des Organträgers ein Rücktrag in die vororganschaftliche Zeit oder ein Vortrag in die nachorganschaftliche Zeit erforderlich sein sollte.

Erleidet die Organgesellschaft Verluste, so wirkt sich dies ggf. auf den **Be- 3194 teiligungswert** aus. Zwar werden Verluste vom Organträger übernommen und berühren den Wert der Organbeteiligung damit grundsätzlich nicht. Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen dennoch eine Teilwertabschreibung geboten ist, zB dann, wenn der Organträger die Organbeteiligung unter Abgeltung stiller Reserven erworben hat. Insoweit gilt Folgendes:

- Ist Organträger eine Kapitalgesellschaft, so ist die Teilwertabschreibung **körperschaftsteuerlich** irrelevant (§ 8b Abs. 3 KStG). **Einkommensteuerlich** wirkt sie sich zu 60 % aus (§ 3c Abs. 2 EStG); s. zu einer möglichen vollständigen Abzugsfähigkeit Rz. III 3180.
- Soweit sich eine Teilwertabschreibung auf den Gewinn aus Gewerbebetrieb ausgewirkt hat, darf sie den **Gewerbeertrag** des Organträgers

<sup>1</sup> *Altendorf*, GmbH-StB 2003, 137; *Rödder*, Stbg 1998, 291 (293); *Rödder*, DStR 2001, 780 (781).

nicht mindern, soweit die Teilwertabschreibung betragsmäßig den erlittenen Verlusten der Organgesellschaft entspricht<sup>1</sup>.

## 2. Betriebsführungsverträge

3195 Ein umfassender steuerlicher Gewinn- und Verlustausgleich kann erreicht werden, wenn der Konzern über Betriebsführungsgesellschaften organisiert ist<sup>2</sup>. Hierbei führen die nach außen in selbständig auftretenden Kapitalgesellschaften den Betrieb im eigenen Namen, aber für Rechnung der Konzernobergesellschaft. Das im Betrieb eingesetzte Vermögen ist Betriebsvermögen der Obergesellschaft, so dass jeder Ertrag und Aufwand der Betriebsführungsgesellschaft unmittelbar Ertrag bzw. Aufwand der Obergesellschaft ist. Im Hinblick auf die Verlustnutzung steht die Betriebsführungsgesellschaft damit der Körperschaftsteuerlichen Organschaft gleich.

## 3. Gewinngemeinschaft

3196 Eine Gewinngemeinschaft ist ihrer Rechtsnatur nach eine GbR, deren gemeinsamer Zweck der gleichberechtigten Beteiligung die Vergemeinschaftung (Pooling) des Gewinns ist. Darin unterscheidet sich die Gewinngemeinschaft von einer Arbeitsgemeinschaft oder einem Joint Venture, die immer auch einen weiteren, darüber hinausgehenden Gesellschaftszweck haben. Die Gewinngemeinschaft wird steuerlich anerkannt, wenn sie Fremdvergleichsgrundsätzen entspricht und aus im Unternehmensinteresse liegenden Gründen errichtet wird<sup>3</sup>.

## 4. Sonstige Gestaltungen

3197 Wie bei der einfachen GmbH ist der Verzicht auf zukünftige Vergütungen nicht nur als Maßnahme zur Auswertung bereits entstandener (s. dazu Rz. III 3190), sondern auch als Instrument zur Vermeidung zukünftiger Verluste einsetzbar. Dabei können ebenfalls erfolgsabhängige Vergütungselemente eingebaut werden, zB in Form einer umsatz- oder gewinnabhängigen **Pacht** im Fall der Betriebsaufspaltung.

3198–3449 Einstweilen frei.

1 H 7.1 (5) GewStH 2009 „Teilwertabschreibungen bei Organschaft“; BFH v. 22.4.1998 – I R 109/97, BStBl. II 1998, 748 = GmbHR 1998, 1141.

2 S. dazu *Dreissig*, StbJb. 1993/94, 255 (258).

3 Vgl. dazu *Walter*, BB 1995, 1876.