

Betriebs Berater

// DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Otto Sandrock, RA
**Ermäßigter Umsatzsteuersatz für Beherbergungsumsätze –
 Das System der Befreiungen und Ermäßigungen im
 Umsatzsteuerrecht ist verfassungswidrig** |

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Lorenz Zabel, LL.M., RA, und Dr. Jan Kappel, RA
**„Genehmigung gegen Zuwendung?“ –
 Compliance-Risiken für Investoren** 131

Dr. Volker Römermann, RA, und Tim Günther, RA
Der Werbevergleich – Humorvoll! Sarkastisch! Zulässig? 137

Dr. Christian Albrecht, FASr/StB, und Dr. Björn Lange, RA
**Zur Fehlerhaftigkeit eines „Um-bis-zu-Kapitalerhöhungs-
 beschlusses“ ohne Durchführungsfrist** 142

BGH: Kapitalanlagemodell – Haftung des
 Mittelverwendungskontrolleurs
 BB-Kommentar von Dr. Michael Zoller, RA/FASr 144

// STEUERRECHT

Univ.-Prof. Dr. Ute Schmiel
**§ 8c KStG in der Kritik: Ungleichmäßigkeit der
 Besteuerung durch Verlustverrechnungsbeschränkung
 beim Mantelkauf und anderen Anteilsübertragungen** 151

Prof. Dr. Wolfgang Wilhelm Fischer, Christian Looks, StB, und
 Stefan im Schlaa, RA
**Dokumentationspflichten für Verrechnungspreise –
 Aktuelle Erfahrungen mit der Betriebsprüfung und
 zukünftige Entwicklungen** 157

Dr. Bernd Ripka, StB/RA, und Daniel Knoll

**Erweiterte Meldepflichten nach dem Mehrwertsteuer-
 Paket ab 1.1.2010** 162

EuGH: Bestandübertragung bei Lebensrückversicherungsverträgen
 BB-Kommentar von Dr. Philipp Besson, RA, und Markus Kunz, RA 165

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Daniel Gutman, LL.M., RA
**Anspruch auf Herausgabe von Arbeitspapieren
 des Wirtschaftsprüfers** 171

BFH: Betriebsvermögenseigenschaft von Grundstücken nach
 Umlegungsverfahren
 BB-Kommentar von Ralph van Kerkom, WP/StB/RA 176

// ARBEITSRECHT

Dr. Sven Persch, RA
**Anwendung des arbeitsrechtlichen Günstigkeitsprinzips
 auf die Länge von Kündigungsfristen** 181

BAG: Entschädigungsanspruch wegen Nichtberücksichtigung
 eines behinderten Bewerbers bei der Stellenbesetzung
 BB-Kommentar von Dr. Stefan Burger, RA 185

// BERUFSPRAXIS: BERUFSRECHT

Im Blickpunkt: WP-Prüfungsauftrag VI

Univ.-Prof. Dr. Ute Schmiel

§ 8c KStG in der Kritik: Ungleichmäßigkeit der Besteuerung durch Verlustverrechnungsbeschränkung beim Mantelkauf und anderen Anteilsübertragungen

Umstritten ist, ob § 8c KStG als Missbrauchsvorschrift zu verstehen ist oder nicht. Der vorliegende Beitrag geht einen anderen Weg: Er zeigt auf, dass nahezu jede Form der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkung bei Anteilsveräußerungen gegen den Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung verstößt. Da sowohl beim Mantelkauf als auch bei der Veräußerung von Anteilen an fortbestehenden Unternehmen Verluste entweder das wirtschaftliche Einkommen des Veräußers oder dasjenige des Erwerbers mindern, ist eine unbeschränkte steuerliche Verlustverrechnung bei Anteilsveräußerungen erforderlich.

I. Einleitung

Nach § 8c Abs. 1 KStG liegt grundsätzlich eine für die Verrechnung von Verlusten schädliche Anteilsübertragung vor, wenn innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 25% des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, der Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft an einen Erwerber oder diesem nahestehende Personen oder an eine Erwerbergruppe mit gleichgerichteten Interessen übertragen werden. Bei einer schädlichen Anteilsübertragung zwischen 25% und bis zu 50% kommt es zu einem quotalen Verlustuntergang. Eine schädliche Anteilsübertragung von über 50% führt zu einem vollständigen Verlustuntergang. § 8c KStG wurde durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009 dahingehend geändert, dass trotz schädlicher Anteilsübertragung nicht genutzte Verluste in Höhe der (anteiligen) stillen Reserven des Unternehmens erhalten bleiben. (Sofern sich die folgenden Ausführungen auf die Alt- und Neufassung beziehen, wird die Bezeichnung § 8c KStG gewählt, ansonsten steht § 8c a.F. KStG für § 8c KStG in der bisherigen Fassung und § 8c n.F. für die durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz im Hinblick auf § 8c Abs. 1 S. 6, 7 KStG geänderte Fassung.¹) Laut Gesetzesbegründung basiert die Einführung von § 8c KStG auf dem Gedanken, „dass sich die wirtschaftliche Identität einer Gesellschaft durch das wirtschaftliche Engagement eines anderen Anteilseigners (oder Anteilseignerkreises) ändert“.² Verluste sollen jedoch nur von *rechtlich* und *wirtschaftlich* identischen Gesellschaften verrechnet werden dürfen. Ebenso wie § 8c KStG knüpft auch bereits die – für einen Übergangszeitraum noch gültige – Vorgängervorschrift § 8 Abs. 4 KStG an die wirtschaftliche Identität an. Anders als § 8c KStG verneint § 8 Abs. 4 KStG die wirtschaftliche Identität einer Kapitalgesellschaft insbesondere dann, wenn mehr als 50% der Anteile übertragen werden und wenn die „Kapitalgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen fortführt oder wieder aufnimmt“.

Während der Gesetzgeber § 8c KStG als Nachfolgevorschrift zu § 8 Abs. 4 KStG und damit als Missbrauchsvermeidungsvorschrift³ versteht, wird im Schrifttum vorgetragen, dass § 8c KStG nicht als Missbrauchsvermeidungsvorschrift gedeutet werden kann. Begründet wird diese Position insbesondere damit, dass nach der Ausgestaltung des § 8c KStG auch Anteilsübertragungen sanktioniert würden, ohne dass ein Verlust der wirtschaftlichen Identität vorläge.⁴ Diese Kritik bezieht sich damit nur auf die gesetzliche Definition der wirtschaftlichen Identität. Im Zusammenhang mit § 8c KStG fehlt aber die Diskussion, ob Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Anteilsveräußerungen überhaupt begründet werden können. Vielmehr wird die Verlustverrechnungsbeschränkung bei Aufgabe der – richtig definierten – wirtschaftlichen Identität im Rahmen einer Anteilsveräußerung implizit oder explizit als adäquat angesehen.⁵

Völlig konträr dazu wird in diesem Beitrag die These vertreten und im Folgenden begründet, dass (nahezu) jede Form der *körperschaftsteuerlichen* Verlustverrechnungsbeschränkung bei Anteilsveräußerungen gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung verstößt. Es ist offensichtlich, dass die Ergebnisse der hier in Kapitel III vorgelegten Analyse von der Explikation des zugrunde gelegten Maßstabs – der Gleichmäßigkeit der Besteuerung – abhängen. Deshalb wird dieser Maßstab zunächst in Kapitel II erörtert. Kapitel IV fasst die Ergebnisse zusammen. Kritische Einwände an der steuerlichen Sanktion des Mantelkaufs sind in der Betriebswirtschaftslehre bereits von *Dieter Schneider* sowie von *Ralf Maiterth* und *Heiko Müller* vorgetragen worden.⁶ Der hier vorgelegte Beitrag unterscheidet sich hiervon in zweifacher Hinsicht: Erstens beschränkt sich der Beitrag nicht auf den

1 Siehe BGBl. I 2009, 3952. Die weiteren Ausnahmen wie beispielsweise die Konzernklausel und Sanierungsklausel werden im Folgenden nicht berücksichtigt.

2 Bundesregierung, in: Breithecker/Förster/Förster/Klapdor, Unternehmenssteuerreformgesetz 2008, 2007, § 8c KStG, 420.

3 Siehe zur Deutung des § 8 Abs. 4 KStG als Missbrauchsvermeidungsvorschrift das BFH-Urteil vom 5.6.2007 – I R 9/06, BStBl. II 2008, 988; Lenz/Ribbrock BB 2007, 587, 588 f.; siehe aber bereits kritisch Crezelius, DB 2002, 2613, 2614.

4 Siehe *Beußer*, DB 2007, 1549; *Hans*, FR 2007, 775, 780; *Lenz/Ribbrock*, BB 2007, 587, 589; *Neyer*, BB 2007, 1415; *Breinersdorfer*, StuW 2008, 216, 225; *Meisel/Bokeloh*, BB 2008, 808; *Olbing*, in: Streck, KStG, 7. Aufl. 2008, § 8c, Rn. 1; *Schwedhelm*, GmbHR 2008, 404, 406; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2008, 897; *Roser*, in: Gosch, KStG, 2. Aufl. 2009, § 8c, Rn. 4, stellt kritisch heraus, dass wirtschaftliche und rechtliche Identität für die Verlustverrechnung nicht mehr entscheidend sind. Nach *Dötsch/Pung*, DB 2008, 1703, orientiert sich der Gesetzgeber an der für die gewerbesteuerliche Verlustverrechnung bei Personengesellschaften relevanten Unternehmeridentität, wobei sie offen lassen, ob sie dies für begründet halten. Nach *Suchanek*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Unternehmenssteuerreform 2008, § 8c KStG, Rdn. J 07-2, ist § 8c KStG zwar von der Grundkonzeption her eine Missbrauchsvorschrift, deren Wirkungen aber weit darüber hinaus gehen.

5 Siehe explizit *Lenz/Ribbrock*, BB 2007, 587, 589–591; *Wiese*, DStR 2007, 741, 745; *Breinersdorfer*, StuW 2008, 216, 223, der zwar nicht für eine an die wirtschaftliche Identität anknüpfende, aber für eine im Vergleich zu § 8 Abs. 4 KStG modifizierte, Mantelkaufregelung eintritt, *Olbing* (Fn. 4).

6 Siehe *Schneider*, BB 1988, 1222; *Maiterth/Müller*, StuB 2003, 254.

Mantelkauf, sondern nimmt aufgrund der Ausdehnung des Regelungsbereichs durch § 8c KStG auch Anteilsveräußerungen eines fortbestehenden Unternehmens in den Blick. Zweitens wird eine (im Detail) andere Leitlinie zur Beurteilung von Verlustverrechnungsbeschränkungen zugrunde gelegt.

II. Gleichmäßigkeit der Besteuerung als Leitlinie für die Verrechnung körperschaftsteuerlicher Verluste

Als Leitlinie für die körperschaftsteuerliche Verlustverrechnung wird das dem Ertragsteuerrecht zugrunde liegende Kriterium der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, hier der Gleichmäßigkeit der Unternehmensbesteuerung gewählt. Denn § 8c KStG soll in diesem Beitrag an der Leitlinie des Gesetzes und nicht an einer anderen Zielsetzung gemessen werden.⁷ Gleichmäßigkeit der Unternehmensbesteuerung bedeutet, dass *gleiche* besteuereungsrelevante Rechtsformsachverhalte *gleich* und *ungleiche* besteuereungsrelevante Rechtsformsachverhalte (relativ gleich) *ungleich* besteuert werden.⁸

Für die Beantwortung der Frage, ob besteuereungsrelevante Rechtsformsachverhalte gleich oder ungleich besteuert werden sollen, wird hier ein individualistisches Unternehmensverständnis zugrunde gelegt. Gemäß einem individualistischen Unternehmensverständnis ist die Unternehmenspolitik abhängig von den Zielen der hinter dem Unternehmen stehenden (potenziellen) Eigenkapitalgeber. Im Gegensatz dazu haben Unternehmen nach einem institutionalen Unternehmensverständnis ein eigenes Gewinnerzielungsstreben und Unternehmenserhaltungsinteresse.⁹ Eine individualistische Sichtweise des Unternehmens ist keine Tatsachenbehauptung, sondern eine methodologische Entscheidung. Im Sinne des methodologischen Individualismus wird unterstellt, dass sich Unternehmen ebenso wie andere soziale Phänomene nicht unmittelbar, sondern nur durch Hypothesen über das Handeln einzelner Personen oder Personengruppen erklären lassen.¹⁰ Für die Ausgestaltung der Unternehmensbesteuerung resultiert aus einer solchen Sichtweise, dass Gleichmäßigkeit der Besteuerung nicht auf das *Unternehmen*, sondern auf den *Unternehmenseigner* bezogen wird. Dabei ist eine etwaige steuerliche Vorbelastung auf Unternehmensebene zu berücksichtigen. Für eine individualistische Unternehmenssichtweise bei der Ausgestaltung einer gleichmäßigen Unternehmensbesteuerung spricht zum einen, dass die Betriebswirtschaftliche Steuerlehre auf ökonomische Theorien rekurriert, die im methodologischen Individualismus verankert sind.¹¹ Zum anderen beruht die Besteuerung von Personenunternehmen im Rahmen der ESt auf einer solchen Sichtweise. Es ist aber überaus fraglich, warum das Unternehmensverständnis rechtsformabhängig sein sollte. So fehlen Argumente dafür, warum ein Einzelunternehmen oder eine Publikumspersonengesellschaft individualistisch, eine Einmann-GmbH oder eine Publikumskapitalgesellschaft hingegen institutional verstanden werden sollte. Dass eine individualistische Unternehmenssichtweise nicht nur häufig in der Betriebswirtschaftslehre eingenommen wird, sondern auch der geltenden Unternehmensbesteuerung nicht fremd ist, wird deutlich, wenn in der Gesetzesbegründung zum Unternehmensteuerreformgesetz ausgeführt wird: „Infolge der Absenkung der Belastung der Körperschaft mit Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer ist es angezeigt, das Halbeinkünfteverfahren zu einem Teileinkünfteverfahren fortzuentwickeln und die Steuerfreistellung auf 40 Prozent zurückzuführen.“¹² Allerdings ist das Gesetz hier

nicht widerspruchsfrei. Denn indem § 8c KStG und § 8 Abs. 4 KStG die Verlustverrechnung an die wirtschaftliche Unternehmensidentität binden, basieren sie implizit auf einem institutionalen Unternehmensverständnis. Auch im steuerrechtlichen Schrifttum wird implizit ein individualistisches Unternehmensverständnis vertreten. So stellt *Joachim Lang* heraus: „Letztlich hat aber Art. 19 III GG die Grundrechte der durch die Rechtsformen handelnden Menschen im Blickfeld ... Die Menschen können zunächst die Gleichbehandlung von Unternehmen nach dem Maßstab der von den Unternehmen verwirklichten objektiven Leistungsfähigkeit verlangen. Sodann ist der Unternehmenserfolg auch bei den unternehmenden Menschen zu berücksichtigen, dabei darf die steuerliche Vorbelastung nicht ausgeblendet werden.“¹³

Nach der individualistischen Unternehmenssichtweise sind Unternehmensgewinne und Unternehmensverluste grundsätzlich Gewinne und Verluste des *Unternehmenseigners*.¹⁴ Legt man diese Sichtweise für die Besteuerung zugrunde, so folgt hieraus, dass Gewinne bei den Unternehmenseignern grundsätzlich zu versteuern und Verluste bei den Unternehmenseignern grundsätzlich steuerlich zu verrechnen sind. Allerdings wird hier die Auffassung vertreten, dass die Besteuerung bzw. die steuerliche Verlustverrechnung nur insoweit zu erfolgen hat, wie die Gewinne bzw. Verluste *positives bzw. negatives wirtschaftliches Einkommen des Unternehmenseigners* darstellen.¹⁵ Hiermit verbunden sind drei Problembereiche: Erstens stellt sich die Frage nach einer adäquaten steuerlichen Gewinn- und Verlustdefinition auf Unternehmensebene, sie umfasst beispielsweise die Frage nach der Adäquanz der steuerbilanziellen Gewinnermittlung. Zweitens ist vor dem Hintergrund gesellschaftsrechtlicher Ausschüttungs- und Entnahmebeschränkungen einerseits sowie unterschiedlicher gesellschaftsrechtlicher Haftungsregelungen andererseits zu klären, *wann* der Unternehmensgewinn bzw. -verlust auf der Ebene des Unternehmenseigners als Einkommen realisiert ist. Im Hinblick auf Unternehmensgewinne fällt in diesen Problembereich, ob eine Einkommensrealisation beim Gesellschafter von einem Gewinnausschüttungsbeschluss abhängig sein sollte oder nicht. Bezogen auf Unternehmensverluste ist zu klären, ob und wenn ja wann ein Unternehmensverlust das wirtschaftliche Einkommen des Unternehmenseigners mindert. Drittens ist festzulegen, ob die Verlustverrechnung wie im geltenden Recht an Verlustverrechnungspotenzial gebunden sein soll, also Gewinne in Vorperioden

7 Deshalb wird in diesem Beitrag nicht die Leitlinie Entscheidungsneutralität zugrunde gelegt, siehe dazu *Wagner*, *StuW* 2006, 101, 102 f. Überdies sprechen gegen diese Leitlinie gewichtige Einwände, siehe hierzu *Schmiel*, *Rechtskritik als Aufgabe der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre*, 2005, 169–176.

8 Dieses Gleichmäßigkeitsverständnis bezogen auf die Unternehmensbesteuerung folgt dem allgemeiner formulierten Verständnis von *Schneider*, *Steuerlast und Steuerwirkung*, 2002, 231–239. Dieses Besteuerungskonzept stellt eine aus der Leitlinie der Gleichmäßigkeit der Besteuerung hergeleitete rechtsformneutrale Besteuerung dar. Siehe zum Postulat der Rechtsformneutralität *Schmiel*, *BFuP* 2006, 246, und *Siegel*, in: *FS Schneeloch*, 2007, 271, hingegen kritisch *Schneider*, in: *FS Bareis* 2005, 275, und *Wagner*, *StuW* 2006, 101.

9 Siehe zum Unternehmensverständnis in der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre *Wagner*, *StuW* 2000, 109, 112 f.; *Schneider*, *BFuP* 2006, 262, 264–267.

10 Siehe zu einem Überblick über den methodologischen Individualismus allgemein *Gethmann*, in: *Mittelstraß* (Hrsg.), *Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie*, Band 2, 1995, 226. Zu den frühen Vertretern eines methodologischen Individualismus siehe z. B. *Popper*, *Die offene Gesellschaft und ihre Feinde*, 7. Aufl. 1992, 108, und *von Hayek*, *Individualismus und wirtschaftliche Ordnung*, 2. Aufl. 1976, 15 f.

11 Siehe zur theorieübergreifenden Bedeutung des methodologischen Individualismus in der Ökonomie *Witt*, *Individualistische Grundlagen der evolutiven Ökonomie*, 1987, 14–17.

12 *Bundesregierung* (Fn. 2) § 3 Nr. 40 EStG, 76. Siehe zu einer ähnlichen Beurteilung *Maiterth/Müller*, *StuB* 2003, 254, 255.

13 *Lang*, in: *Tipke/Lang* (Hrsg.), *Steuerrecht*, 19. Aufl. 2008, 92 [im Original teilweise hervorgehoben]. Wenn aber im Schrifttum kritisiert wird, der Gesetzgeber ignoriere in § 8c KStG die Steuerrechtssubjektfähigkeit der Kapitalgesellschaft, siehe *Beußer*, *DB* 2007, 1549, *Hans*, *FR* 2007, 775, 781, *Hey*, *BB* 2007, 1303, 1306, und *Schwedhelm*, *GmbHR* 2008, 404, 406 f., dann basiert diese Kritik auf einem institutionalen Unternehmensverständnis.

14 Siehe auch *Bareis*, in: *Bröner* (Hrsg.), *Die Besteuerung der Gesellschaften*, 18. Aufl. 2007, 1453.

15 Dies schließt eine KSt. auf Unternehmensebene nicht von vornherein aus, sofern die Vorbelastung bei der Einkommensbesteuerung des Gesellschafters berücksichtigt wird.

bzw. in späteren Perioden voraussetzt oder ob ein von Verlustverrechnungspotenzial losgelöster sofortiger Verlustausgleich vorzugswürdig ist.¹⁶ Von diesen Problembereichen wird in diesem Beitrag nur thematisiert, ob und wann ein Verlust auf Unternehmensebene das wirtschaftliche Einkommen des Unternehmenseigners gemindert hat. Im Hinblick auf die Gewinn- und Verlustdefinition auf Unternehmensebene, die steuerliche Zurechnung von Unternehmensgewinnen sowie die grundlegende Verlustverrechnung wird das geltende Recht zugrunde gelegt. Denn für eine gleichmäßige Verlustverrechnung ist es notwendig – wenn auch nicht hinreichend –, dass die uneingeschränkte Verlustverrechnung an die Minderung des wirtschaftlichen Einkommens des Unternehmenseigners durch diesen Verlust gebunden ist. Eine solche Minderung des wirtschaftlichen Einkommens erfolgt rechtsformabhängig durch Haftung, den Verlust der Einlage und den Verlust offener Rücklagen, wobei im Folgenden zur Vereinfachung der Darstellung von besonderen Haftungstatbeständen der Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften (beispielsweise der Vorbelastungs- und Verlustdeckungshaftung) abstrahiert wird. Die Höhe dieses zivilrechtlich begründeten Verlustes, der das wirtschaftliche Einkommen mindert, wird bei Bilanzierungspflicht durch die handelsbilanzielle Gewinnermittlung bestimmt. Hier wird zur Vereinfachung angenommen, dass sich handelsbilanzieller und steuerlicher Verlust entsprechen, Durchbrechungen der Maßgeblichkeit und außerbilanzielle Korrekturen bleiben unberücksichtigt.

Als Leitlinie für die Ausgestaltung der steuerlichen Verlustverrechnung ist damit festzuhalten: Eine gleichmäßige steuerliche Verlustverrechnung liegt vor, wenn (nur) ein Verlust, der das wirtschaftliche Einkommen des Unternehmenseigners gemindert hat, uneingeschränkt verrechnet werden kann.¹⁷

III. Kritische Analyse des § 8c KStG

1. These: Ungleichmäßigkeit der Besteuerung durch § 8c KStG

Nach der in Kapitel II erarbeiteten Leitlinie erfordert eine gleichmäßige steuerliche Verlustverrechnung, dass (nur) ein Verlust, der das wirtschaftliche Einkommen des Unternehmenseigners gemindert hat, uneingeschränkt verrechnet werden kann. § 8c KStG schränkt die Verlustverrechnung bei Anteilsveräußerungen ein. Er bezieht sich dabei auf zwei unterschiedliche Fälle: § 8c KStG erfasst zum einen den Mantelkauf, d. h. den Fall, dass Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft anstelle einer Liquidation die Veräußerung der Anteile wählen. Der Erwerber dieser Anteile führt das bestehende Unternehmen jedoch nicht fort, sondern gründet wirtschaftlich betrachtet ein neues Unternehmen. Aufgrund des – mangels Unternehmensfortführung – fehlenden Unternehmensfortführungswertes wird der Kaufpreis für das Reinvermögen des Unternehmens vermutlich auf der Grundlage einer Einzelbewertung ermittelt. Ferner ist zu erwarten, dass der Erwerber die Bereitschaft haben wird, einen Teil des Vorteils zu vergüten, der ihn dazu motiviert, anstelle der Neugründung die bestehende Kapitalgesellschaft zu übernehmen.

Zum anderen erfasst § 8c KStG Anteilsveräußerungen, bei denen es sich nicht um Mantelkäufe handelt, sondern vielmehr das bestehende Unternehmen fortgeführt wird. In diesem Fall wird der Kaufpreis grundsätzlich auf der Ermittlung einer Gesamtbewertung beruhen. Diesen Regelungsbereich des § 8c KStG negiert allerdings der Gesetzgeber, weil er davon ausgeht, dass mit den von § 8c KStG erfassten

Anteilsveräußerungen die wirtschaftliche Identität aufgegeben und somit kein bestehendes Unternehmen fortgeführt wird. Allerdings wurde deutlich, dass die gesetzliche Explikation wirtschaftlicher Identität und damit die gesetzliche Abgrenzung des Mantelkaufs von der Veräußerung von Anteilen an einem bestehenden Unternehmen kritisiert werden. Im Folgenden wird die Frage, wie der Mantelkauf justiztadel zu definieren ist, zurückgestellt. Denn § 8c KStG, so lautet die hier vertretene These, verstößt *sowohl* beim Mantelkauf *als auch* bei Veräußerung von Anteilen eines Unternehmens, das fortgeführt werden soll, gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Dies gilt *sowohl* für § 8c a. F. KStG *als auch* für § 8c n. F. KStG. Diese Ungleichmäßigkeit resultiert daraus, dass § 8c KStG die Kompensation der aus der mittelbaren körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung resultierenden Verstöße gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung verhindert.

2. Begründung der These: Ungleichmäßigkeit der Besteuerung durch mittelbare Verlustverrechnung

Die einkommensteuerliche Verlustverrechnung bei Personenunternehmen ist von ihrer Grundkonzeption her gleichmäßig: Unternehmensverluste werden von den Unternehmenseignern innerperiodisch bzw. interperiodisch verrechnet. Im Gegensatz dazu werden bei Kapitalgesellschaften Unternehmensverluste beim Gesellschafter – sieht man von Verlusten im Rahmen der Organschaft und von Teilwertabschreibungen auf die Beteiligung¹⁸ ab – nur *mittelbar* verrechnet. Verluste werden im Rahmen der KSt auf Gesellschaftsebene abgezogen und kommen damit den Anteilseignern *mittelbar* über die Unternehmensteuererstattung beim Verlustrücktrag oder über den verringerten Körperschaftsteueraufwand beim Verlustvortrag zugute: Durch die Körperschaftsteuererstattung beim Verlustrücktrag werden handelsbilanzielle Verluste verringert, so dass zukünftig handelsrechtliche Gewinnausschüttungen früher möglich sein werden. Durch den Verlustvortrag und den damit einhergehenden geringeren Körperschaftsteueraufwand erhöht sich das handelsrechtliche Gewinnausschüttungspotenzial.¹⁹ Diese *mittelbare* Verlustverrechnung führt in dreifacher Hinsicht zu Verstößen gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung:

Erstens ist die Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften im Vergleich zur Verlustverrechnung bei Personenunternehmen ungleichmäßig, weil aufgrund mittelbarer Verlustverrechnung einerseits und unmittelbarer Verlustverrechnung andererseits die Periodeneinkommen eines Kapitalgesellschafters und eines Personengesellschafters differieren können. Diese Ungleichmäßigkeit illustriert das Beispiel 1:

Beispiel 1: Der Einzelunternehmer A erzielt in seinem gewerblichen Einzelunternehmen in der Periode 1 einen negativen Gewinn aus Gewerbebetrieb (der hier

16 Siehe zum Postulat eines sofortigen Verlustausgleichs bereits *Schneider*, WpG 1970, 69–71; *Schneider*, BB 1988, 1222, 1224 f., 1227; *Wosnitza*, StB 2000, 763, 770 f., der alternativ zum sofortigen Verlustausgleich einen Verlustrücktrag i. V. m. einem verzinslichen Verlustvortrag fordert, siehe auch *König/Wosnitza*, Betriebswirtschaftliche Steuerplanungs- und Steuerwirkungslehre, 2004, 156–160, 172, und *Schneider* (Fn. 8), 287–289.

17 Im Gegensatz hierzu legen *Maiterth/Müller*, StB 2003, 254, zwar ebenfalls Gleichmäßigkeit der Besteuerung als Leitlinie zugrunde. Anders als hier wird die Verlustverrechnung aber nicht daran geknüpft, dass der Verlust auf Unternehmensebene auch eine wirtschaftliche Einkommensminderung des Unternehmenseigners darstellt. *Schneider*, BB 1988, 1222, geht hingegen nicht von Gleichmäßigkeit der Besteuerung, sondern von der Leitlinie „Verbesserung der Marktlenkung von Risikokapital“ aus. Siehe allgemein zur Begrenzung der Verlustverrechnung auf wirtschaftlich getragene Verluste *Schmiel*, BFuP 2006, 246, 253–255, und *Siegel* (Fn. 8), 277.

18 Dabei ist zu beachten, dass die Wertminderung der Beteiligung nicht unbedingt dem Verlust der Kapitalgesellschaft entspricht.

19 In Abhängigkeit von der jeweiligen Einkunftsart erfolgt dann eine einkommensteuerliche Verlustberücksichtigung. Diese kann jedoch die mittelbare körperschaftsteuerliche Verlustverrechnung nicht ersetzen. Vielmehr hat analog zur körperschaftsteuerlichen und einkommensteuerlichen Gewinnbesteuerung eine körperschaftsteuerliche und einkommensteuerliche Verlustzurechnung zu erfolgen.

annahmegemäß dem handelsbilanziellen und steuerlichen Verlust entsprechen soll), i.H. von 40 000 Euro und in der Periode 2 einen Gewinn i.H.v. 100 000 Euro. Neben diesen Einkünften erzielt der Einzelunternehmer in der Periode 1 noch Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung i.H.v. 40 000 Euro. In der Periode 1 beträgt damit die Summe der Einkünfte 0 Euro und 100 000 Euro in der Periode 2. Hätte der A anstelle des Einzelunternehmens eine GmbH gegründet, betrüge hingegen die Summe der Einkünfte des A in der Periode 1 40 000 Euro. In der Periode 2 entsteht unter Berücksichtigung des Verlustvortrags ein zu versteuerndes Einkommen der GmbH i.H.v. 60 000 Euro. Der A erzielt damit in der Periode 2 – Vollausschüttung unterstellt – ein wirtschaftliches Einkommen (vor KSt und ESt)²⁰ i.H.v. 60 000 Euro.

Aus dieser Ungleichmäßigkeit resultiert die Frage, ob nicht auch (bestimmte) Kapitalgesellschaften besser transparent besteuert werden sollten. Dieser Frage wird in diesem Beitrag jedoch nicht nachgegangen. Denn es ist zu erwarten, dass zumindest bei Publikumskapitalgesellschaften keine Alternative zur intransparenten Besteuerung besteht. Bei einer fortbestehenden intransparenten Besteuerung von Kapitalgesellschaften beschränkt sich Gleichmäßigkeit damit auf das Totaleinkommen der Gesellschafter einer Personen- und einer Kapitalgesellschaft, wobei durch Zins- und Progressionseffekte hervorgehobene Einkommensbestandteile außer Acht bleiben. Wenn im Folgenden von Gleichmäßigkeit der Besteuerung die Rede ist, wird diese in diesem Sinne expliziert.

Zweitens ist aufgrund der mittelbaren Verlustverrechnung die steuerliche Zurechnung von Verlusten auf den Gesellschafter möglich, ohne dass die Verluste das wirtschaftliche Einkommen des Gesellschafters gemindert haben. Das ist der Fall, wenn Verluste weder mit einem Haftungstatbestand noch mit einem Verlust der Rücklagen oder des Stammkapitals für den Gesellschafter verbunden sind. Solche Verluste mindern das wirtschaftliche Einkommen des Gesellschafters erst in der Zukunft: Entweder weil durch den handelsbilanziellen Verlustvortrag zukünftige ausschüttungs- bzw. entnahmefähige Gewinne verringert werden oder weil bei einer Beteiligungsveräußerung der Käufer aufgrund der handelsbilanziellen Verlustvorträge einen geringeren Kaufpreis bieten wird. Aus der Leitlinie der Gleichmäßigkeit ist steuerlich eine Beschränkung der Verlustverrechnung geboten: Diese müsste so ausgestaltet sein, dass über die wirtschaftliche Einkommensminderung hinausgehende steuerliche Verluste nur mit zukünftigen Gewinnen aus dieser Beteiligung verrechnet werden dürfen. Eine solche Verlustverrechnungsbeschränkung ist im geltenden Steuerrecht für Kommanditisten und diesen vergleichbaren Gesellschaftern anderer Gesellschaftsformen vorgesehen. § 15a EStG begrenzt die unbeschränkte Verlustverrechnung auf das positive Kapitalkonto.²¹ Darüber hinausgehende Verluste können grundsätzlich – ausgenommen ist der Fall der überschießenden Außenhaftung – nur mit positiven Einkünften aus derselben Beteiligung verrechnet werden.²² Im Gegensatz hierzu gibt es eine entsprechende Beschränkung der mittelbaren Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften nicht. Wie Beispiel 2 zeigt, ist der körperschaftsteuerliche Verlustrücktrag grundsätzlich unabhängig davon möglich, ob das wirtschaftliche Einkommen der Gesellschafter gemindert wurde oder nicht:

Beispiel 2: Das Stammkapital der A-GmbH beträgt 25 000 Euro und wurde durch den Alleingesellschafter A aufgebracht, Rücklagen existieren nicht. Die A-GmbH erzielt in der Periode 1 einen Gewinn i.H.v. 100 000 Euro, der nach Abzug der KSt voll ausgeschüttet wird. In der Periode 2 erzielt die GmbH einen Verlust

i.H.v. 100 000 Euro. Nach § 8 Abs. 1 KStG i.V.m. 10d EStG ist ein Verlustrücktrag i.H.v. 100 000 Euro möglich, so dass bezogen auf die Perioden 1 und 2 ein Totalgewinn von 0 der KSt unterworfen wird, obwohl A ein wirtschaftliches Totaleinkommen (vor KSt und ESt) i.H.v. 75 000 Euro erzielt hat, so dass bei gleichmäßiger Verlustverrechnung der Verlustrücktrag auf 25 000 Euro begrenzt werden müsste. Wäre A hingegen an der A-B-KG als Kommanditist beteiligt und hätte seine Einlage (= Haftsumme) i.H.v. 25 000 Euro erbracht, so wäre bei einem entnommenen Gewinn in der Periode 1 i.H.v. 100 000 Euro und einem gleich hohen Verlust in der Periode 2 der Verlustrücktrag nach § 15a EStG auf 25 000 Euro beschränkt.

Auch im Hinblick auf dieses Problem wird im Folgenden nicht weiter erörtert, ob für (bestimmte) Kapitalgesellschaften eine gleichmäßige Verlustverrechnung erreicht werden könnte. Zumindest bei Publikumsgesellschaften wird man auf unüberwindbare Probleme stoßen. Denn anders als bei ausschließlicher Besteuerung mit ESt sind im System der KSt auf Gesellschaftsebene die individuellen Anschaffungskosten der Gesellschafter für die Beteiligung nicht bekannt.²³ Die mittelbare Verlustverrechnung führt drittens zur Ungleichmäßigkeit der Besteuerung, weil diese bei Liquidation oder Anteilsveräußerung nicht mehr bzw. nur noch über Umwege möglich ist. Die weitere Analyse zeigt, dass § 8c KStG u. a. deshalb gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung verstößt, weil er diesen Umweg versperrt.

3. Begründung der These: Kompensationsverbot durch § 8c KStG beim Mantelkauf

Kernfrage für die Ausgestaltung der steuerlichen Verlustverrechnung ist gem. der hier zugrunde gelegten Leitlinie, ob das wirtschaftliche Einkommen des Veräußerers oder des Erwerbers durch den Verlust gemindert wurde bzw. wird. Das wirtschaftliche Einkommen des veräußernden Gesellschafters wird nur insoweit durch Verluste gemindert, wie die Verluste etwaige Rücklagen und/oder das Stammkapital aufgezehrt haben.²⁴ In diesem Fall müsste der Verlust beim veräußernden Gesellschafter steuerlich verrechnet werden. Wie bereits in Kapitel 2 angedeutet kann die mittelbare Verlustverrechnung jedoch dazu führen, dass ein Verlust das wirtschaftliche Einkommen des Gesellschafters gemindert hat, der Gesellschafter aber aufgrund der Veräußerung seines Anteils hiervon nicht mehr steuerlich profitiert. Sofern jedoch die steuerliche Verlustverrechnung so ausgestaltet ist, dass der Erwerber anstelle des Veräußerers an der zukünftigen Verlustverrechnung auf Gesellschaftsebene partizipiert, könnte diese Ungleichmäßigkeit zumindest partiell kompensiert werden. Denn es ist zu erwarten, dass der Erwerber dem veräußernden Gesellschafter den Verlustverrechnungsvorteil, der für den Erwerber nicht mit der Minderung seines wirtschaftlichen Einkommens verknüpft ist, (partiell) vergüten wird.²⁵ Dabei wird ein vernünftiger

²⁰ Weil sich dieser Beitrag auf die KSt. konzentriert, wird die GewSt. in den Beispielen ausgeblendet. Zur Vereinfachung wird auch auf den SolZ verzichtet.

²¹ Das Kapitalkonto bezieht das Mehr- oder Minderkapital der Ergänzungsbilanz mit ein, siehe Wacker, in: Schmidt, EStG, 28. Aufl. 2009, § 15a, Rn. 83.

²² Dies können auch positive Einkünfte aus einem Veräußerungsgewinn sein, siehe Wacker (Fn. 21), Rn. 224. § 15a EStG lässt sich somit in der Perspektive einer gleichmäßigen Unternehmensbesteuerung begründen. Siehe hingegen kritisch zu § 15a EStG Schneider, BB 1988, 1222, 1228, und grundlegend kritisch zu Verlustverrechnungsbeschränkungen bei beschränkter Haftung Schneider (Fn. 8), 288 f., hingegen zustimmend zu § 15a EStG bereits Siegel, Steuerwirkungen und Steuerpolitik, 1982, 220.

²³ Es wäre deshalb nur möglich, die Verlustrücktragsbeschränkung an das Eigenkapital der Gesellschaft zu binden: Im Vergleich zum Kommanditisten und diesem gleichgestellten Gesellschaftern würden Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft dann aber ungleichmäßig behandelt.

²⁴ Annahmegemäß bleiben darüber hinausgehende Haftungstatbestände aus Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften unberücksichtigt.

²⁵ Ein weiterer Vorteil für den Erwerber besteht darin, dass er sofort – also losgelöst von einem vom Gründer nicht beeinflussbaren Zeitpunkt der Eintragung im Handelsregister – Geschäfte im Rahmen einer Kapitalgesellschaft aufnehmen kann, so dass für vom Erwerber getätigte Geschäfte die Haftungstatbestände im Gründungsstadium nicht greifen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die wirtschaftliche

Erwerber bei der Bewertung des Verlustverrechnungsvorteils neben Zinseffekten und der Belastung des Verlustverrechnungsvorteils mit ESt die mit einem Verlustvortrag verknüpfte Unsicherheit berücksichtigen.²⁶ Der eigentlich bei dem veräußernden Gesellschafter steuerlich zu verrechnende Verlust wirkt sich dann bei diesem zumindest partiell durch die Vergütung des Erwerbers aus. Nur wenn dieser „Umweg“ steuerrechtlich möglich ist, wird eine Kompensation der aus der mittelbaren Verlustverrechnung resultierenden Ungleichmäßigkeit bei Veräußerung erreicht. Darüber hinaus wäre es über diesen Umweg auch möglich, die Mängel der mittelbaren Verlustverrechnung bei der Liquidation zu kompensieren. Denn nach der Liquidation ist ein körperschaftsteuerlicher Verlustvortrag – losgelöst davon, ob die Verluste das wirtschaftliche Einkommen des Gesellschafters verringert haben oder nicht – nicht mehr möglich.²⁷ Indem § 8c KStG aber den Mantelkauf sanktioniert, greift er in diesen Kompensationsmechanismus ein. § 8c KStG verhindert durch den – beim Mantelkauf regelmäßig vorliegenden – vollständigen Verlustuntergang, dass der Veräußerer Verluste, die sein wirtschaftliches Einkommen gemindert haben, wenigstens über Umwege steuerlich verrechnen kann. Indem § 8c KStG damit nicht zulässt, dass die Ungleichmäßigkeit der mittelbaren Verlustverrechnung partiell korrigiert wird, verstößt er selbst gegen das Postulat der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Im Gegensatz dazu kann der Verlust bei einem Personenunternehmen im Rahmen der ESt. zukünftig beim Gesellschafter eines liquidierten Unternehmens bzw. bei einem ausgeschiedenen Gesellschafter verrechnet werden.²⁸ Beispiel 3 verdeutlicht diese Problematik:

Beispiel 3: Das Stammkapital der A-GmbH i.H.v. 25 000 Euro wurde von dem Alleingesellschafter A aufgebracht. Die A-GmbH hat in der Periode 1 einen Gewinn i.H.v. 100 000 Euro, in der Periode 2 einen Gewinn i.H.v. 0 Euro und in der Periode 3 einen Verlust i.H.v. 80 000 Euro erzielt. Der Gewinn der Periode 1 wurde thesauriert. Am Ende der Periode 3 beschließt A die Liquidation. Der Gewinn aus der Abwicklung beträgt 0 Euro. In dieser Konstellation wirkt sich der Verlust i.H.v. 80 000 Euro körperschaftsteuerlich nicht aus, so dass ein Totalgewinn von 100 000 Euro der KSt unterworfen wird, obwohl der Totalgewinn der A-GmbH und das wirtschaftliche Total Einkommen des A (vor KSt und ESt) 20 000 Euro betragen. Wäre A hingegen an der A-B-KG als Kommanditist beteiligt und hätte er seine Einlage (= Haftsumme) i.H.v. 25 000 Euro erbracht, so entstünde bei einem nicht entnommenen Gewinn in der Periode 1 i.H.v. 100 000 Euro durch einen Verlust i.H.v. 80 000 Euro in der Periode 3 für den A ein abzugsfähiger Verlustvortrag i.H.v. 80 000 Euro.

Würde der A nun seinen Anteil an der A-GmbH an den C im Wege eines Mantelkaufs veräußern und unterstellt man, dass nach der Einschätzung des C die Werte der Vermögensgegenstände und Schulden den Bilanzwerten entsprechen, wäre der C grundsätzlich bereit, 30 000 Euro (dieses resultiert aus dem Stammkapital i.H.v. 25 000 Euro zuzüglich dem thesaurierten Gewinn nach KSt i.H.v. 85 000 Euro abzüglich dem Verlust i.H.v. 80 000 Euro) an den A zu zahlen. Lägen keine steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen vor und abstrahiert man von anderen Vorteilen, die C durch den Mantelkauf anstelle einer Neugründung erzielt, ist zu erwarten, dass C dem A einen Teil der auf dem Verlustvortrag i.H.v. 80 000 Euro ruhenden Körperschaftsteuererstattung vergütet. Da § 8c a.F. KStG und § 8c n.F. KStG (aufgrund der fehlenden Vergütung stiller Reserven) diesen Verlustvortrag unterbinden, wird C lediglich bereit sein, 30 000 Euro an A zu zahlen. Im Rahmen der KSt wird für A bei einem wirtschaftlichen Einkommen aus der A-GmbH (vor KSt und ESt) i.H.v. 20 000 Euro ein Einkommen i.H.v. 100 000 Euro versteuert.

Übersteigt der Verlust die Rücklagen und das Stammkapital, trägt der veräußernde Gesellschafter die Verluste insoweit nicht.²⁹ Allerdings ist der Erwerber aufgrund der Rechtsprechung des BGH dazu verpflichtet, im Fall des gesellschaftsrechtlich definierten Mantelkaufs die Gründungsvorschriften einzuhalten. Demzufolge muss er die Gesellschaft mit dem Vermögen ausstatten, das dem satzungsmäßig festgelegten Vermögen entspricht. Der Erwerber ist damit zivilrechtlich zum Ausgleich eines Verlustes und zur Aufbringung des Stammkapitals verpflichtet.³⁰ Der Mantelkauf lohnt sich damit aus Erwerbersicht nur, wenn die Vorteile aus dem Mantelkauf den zu tragenden Verlust übersteigen. In diesem Fall würde der Verlust das wirtschaftliche Einkommen des Erwerbers mindern, so dass der Erwerber diesen Verlust steuerlich verrechnen können müsste.³¹ § 8c a.F. KStG verhindert diese gleichmäßige Verlustverrechnung, nach § 8c n.F. KStG müsste sie hingegen zulässig sein. Ebenso wird ein nur verrechenbarer Verlust im Sinne des § 15a EStG bei Personengesellschaften auf den Erwerber zumindest indirekt übertragen. Sofern der Erwerber das negative Kapitalkonto des Veräußerers übernimmt, hat er insoweit Anschaffungskosten.³² Beispiel 4 illustriert diesen Zusammenhang:

Beispiel 4: Das Stammkapital der A-GmbH von ursprünglich 25 000 Euro wurde durch Verluste aufgezehrt und beträgt zu Beginn der Periode 1 0 Euro. Die A-GmbH erzielt in der Periode 1 einen Verlust i.H.v. 10 000 Euro, der Alleingesellschafter A veräußert seinen Anteil zu Beginn der Periode 2 an C im Wege eines Mantelkaufs zu einem Kaufpreis von 2 000 Euro. C ist neben der Aufbringung des das Stammkapital deckenden Vermögens i.H.v. 25 000 Euro gesellschaftsrechtlich zum Verlustausgleich i.H.v. 10 000 Euro verpflichtet. C müsste damit der GmbH ein Reinvermögen i.H.v. 35 000 Euro zuführen (damit wird unterstellt, dass die sonstigen Vorteile für den C den Kaufpreis und den zu tragenden Verlust überkompensieren). Durch die Verlustausgleichspflicht mindert sich das wirtschaftliche Einkommen des C i.H.v. 10 000 Euro, in dieser Höhe müsste C den Verlust folglich steuerlich verrechnen können. § 8c a.F. KStG verhindert aber, dass der Verlust i.H.v. 10 000 Euro körperschaftsteuerlich berücksichtigt wird. Nach § 8c n.F. KStG müsste hingegen die Verrechnung in Höhe der stillen Reserven – hier bis zu 12 000 Euro (2000 ./ ./. 10 000 steuerbilanzielles Eigenkapital) – zulässig sein. Hätte C als Kommanditist von A ein negatives Kapitalkonto i.H.v. 10 000 Euro übernommen, würde sich dieses einkommensteuerlich in Form geleisteter Anschaffungskosten auswirken.

Neugründung gegenüber dem Registergericht offengelegt und die Gründungsvoraussetzungen im Anmeldezeitpunkt erfüllt sind, d.h. insbesondere das Stammkapital werthaltig aufgebracht wurde, siehe hierzu *Bayer*, in: *Lutter/Hommelhoff, GmbHG*, 17. Aufl. 2009, § 3, Rn. 16–21.

26 Siehe zur Preisbestimmung im Rahmen des Mantelkaufs *Schneider*, BB 1988, 1222, 1222 f.

27 Siehe kritisch zur Verlustverrechnungsbeschränkung beim Mantelkauf *Schneider*, BB 1988, 1222, 1228 f. aus der Leitlinie „Verbesserung der Marktlenkung von Risikokapital“ und *Maiterth/Müller*, StuB 2003, 254, 256–258. *Maiterth/Müller* vergleichen die Veräußerungsgewinnbesteuerung mit der Liquidationsbesteuerung, wobei als Referenzmaßstab das Einkommen der Totalperiode herangezogen wird. Dabei erfolgt – wie bereits herausgestellt wurde – keine Überprüfung, ob die Verluste das wirtschaftliche Einkommen des veräußernden oder des erwerbenden Gesellschafters gemindert haben oder nicht. Siehe ebenfalls kritisch *Bareis* (Fn. 14), 1452 f., mit dem Vorschlag, der Verlustabzug sei auf die Ebene der Gesellschafter zu verlagern.

28 Auch der BFH hat in seinem Urteil vom 29.10.1986 – I R 202/82, BStBl. II, 309, BB 1987, 185, in dem er die wirtschaftliche Identität als Voraussetzung zur Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften aufgegeben hat, den Vergleich zu einkommensteuerpflichtigen Personen hergestellt. Probleme können bei diesen jedoch durch die zeitliche Beschränkung des Verlustrücktrags sowie durch die Mindestbesteuerung entstehen. Deshalb fordert *Wosnitza*, StuB 2000, 763, 769, dass Verluste bei natürlichen Personen durch Veräußerung auf eine andere Person übertragen werden können.

29 Der hier betrachtete Fall der Anteilsveräußerung bei bilanzieller Überschuldung ist nur denkbar, sofern nicht bereits eine insolvenzrechtliche Überschuldung i.S.d. § 19 InsO zu konstatieren ist.

30 Gesellschaftsrechtlich liegt die Verwendung eines gebrauchten Mantels vor, wenn die unternehmerische Tätigkeit eingestellt wurde, siehe hierzu *Bayer* (Fn. 25), § 3, Rn. 16–21.

31 Weil das wirtschaftliche Einkommen des Erwerbers sofort bei dem Erwerb gemindert würde, müsste – bei unterjährigem Erwerb und bei vorhandenem Verlustverrechnungspotenzial – neben dem Verlustvortrag auch ein Verlustrücktrag zulässig sein. Aus dem Konzept der wirtschaftlichen Identität gelangt hingegen *Breinersdorfer*, StuW 2008, 216, 217–223, zu dem Ergebnis, dass die Verrechnung eines Verlustes (gemeint ist sowohl der Verlustrücktrag als auch der Verlustvortrag), der im Rahmen der Liquidation nicht berücksichtigt werden könnte, unzulässig ist.

32 Siehe *Wacker* (Fn. 21), § 15a, Rn. 225.

Weil im Fall des Mantelkaufs Verluste, die das wirtschaftliche Einkommen des Veräußerers gemindert haben, aufgrund von § 8c a.F. KStG und § 8c n.F. KStG steuerlich nicht verrechnet werden dürfen, verhindern § 8c a.F. KStG und § 8c n.F. KStG, dass der Erwerber dem Veräußerer den Verlustvortrag (partiell) vergütet. § 8c a.F. KStG und § 8c n.F. KStG unterbinden damit, dass die aus der mittelbaren Verlustverrechnung resultierende Ungleichmäßigkeit zumindest partiell kompensiert wird. Wird hingegen durch den Verlust das wirtschaftliche Einkommen des Erwerbers verringert, führt § 8c a.F. KStG zu Ungleichmäßigkeit, weil der Erwerber diesen Verlust nicht verrechnen darf. Nach § 8c n.F. KStG müsste hingegen (vom Gesetzgeber wirklich erwünscht?) eine Verlustverrechnung zulässig sein.

4. Begründung: Kompensationsverbot durch § 8c KStG bei Anteilsveräußerung eines fortbestehenden Unternehmens

Anders als im Mantelkauffall ist bei der Anteilsveräußerung eines fortbestehenden Unternehmens grundsätzlich zu erwarten, dass Verluste das wirtschaftliche Einkommen des veräußernden Gesellschafters mindern. Dies gilt immer dann, wenn durch den Verlust Rücklagen aufgezehrt werden. Wird durch einen Verlust das Stammkapital verringert bzw. geht der Verlust darüber hinaus,³³ mindert vordergründig der Verlust das wirtschaftliche Einkommen des Erwerbers.³⁴ Allerdings besteht anders als im Mantelkauffall keine sofortige Verlustausgleichspflicht des Erwerbers. Vielmehr verringert der Verlust das wirtschaftliche Einkommen des Erwerbers erst in der Zukunft, wenn dieser zukünftige Gewinne mindert. Es ist jedoch zu erwarten, dass der Erwerber diese zukünftigen Gewinnminderungen in seinem Kaufpreis antizipiert, so dass aufgrund des geminderten Kaufpreises im Ergebnis das wirtschaftliche Einkommen des Veräußerers verringert wird. Demzufolge müsste der Verlust bei dem Veräußerer steuerlich verrechnet werden. Im Rahmen der mittelbaren Verlustverrechnung würde dies über den Umweg verlaufen, dass der Erwerber die den Kaufpreis verringernde Gewinnminderung aufgrund des steuerlichen Verlustvortrags niedriger bemessen und damit einen höheren Kaufpreis zahlen würde. Eine gleichmäßige Verlustverrechnung müsste einen Verlustvortrag uneingeschränkt zulassen.³⁵

Berücksichtigt der Erwerber in seiner Kaufpreisermittlung die zukünftige Gewinnminderung nicht, mindert der Verlust sein wirtschaftliches Einkommen. Insoweit wie § 8c KStG die Anteilsveräußerung sanktioniert, verhindert er, dass Verluste, die das wirtschaftliche Einkommen des Verkäufers oder des Erwerbers gemindert haben, steuerlich verrechnet werden können. Wie das Beispiel 5 illustriert, verstößt § 8c KStG damit auch bei der Veräußerung von Anteilen an einem fortbestehenden Unternehmen gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Im Gegensatz dazu entstünde bei einem Kommanditisten ein abzugsfähiger Verlust, sofern das Kapitalkonto nicht negativ wird. Ein nur verrechenbarer Verlust im Sinne des § 15a EStG würde indirekt auf den Erwerber übertragen.

Beispiel 5: Das Stammkapital der A-GmbH i.H.v. 25 000 Euro wurde von dem Alleingesellschafter A aufgebracht. Die A-GmbH hat in der Periode 1 einen Gewinn i.H.v. 100 000 Euro, in der Periode 2 einen Gewinn i.H.v. 0 Euro und in der Periode 3 einen Verlust i.H.v. 85 000 Euro erzielt. Der Gewinn der Periode 1 wurde thesauriert. Am 1. 1. der Periode 4 veräußert der Alleingesellschafter A seinen Anteil an C. Ohne Berücksichtigung des Verlustes i.H.v. 85 000 Euro wäre C dazu bereit, den von ihm (unter Berücksichtigung eines Kalkulationszinsfußes nach Steu-

ern von 6%) ermittelten Ertragswert i.H.v. 60 000 Euro zu zahlen. C rechnet in der Periode 4 mit einem Gewinn i.H.v. 90 000 Euro (der niedrige Ertragswert bei verhältnismäßig hohem Gewinn in der Periode 4 resultiert aus erwarteten negativen Einzahlungsüberschüssen in den Folgeperioden). Bei uneingeschränktem Verlustvortrag wäre außerdem zu erwarten, dass C dem A (partiell) die Steuererstattung aus dem Verlustvortrag i.H.v. 85 000 Euro vergüten würde. C könnte bei unterstellter Sicherheit und unter der Annahme, dass die Dividende des C nach § 32d Abs. 1 EStG besteuert wird, ohne wirtschaftlichen Nachteil einen Kaufpreis i.H.v. 69 021 Euro ($60\,000 + 85\,000 \cdot 0,15 \cdot 0,75 \cdot 1,06^{-1}$) zahlen. § 8c a.F. KStG unterbindet den Verlustvortrag hingegen vollständig, so dass C maximal 60 000 Euro zahlen wird. § 8c n.F. KStG begrenzt den Verlustvortrag auf 35 000 Euro (60 000 Kaufpreis ./ 25 000 steuerbilanzielles Eigenkapital). C wird deshalb bei unterstellter Sicherheit maximal 63 714 Euro ($60\,000 + 35\,000 \cdot 0,15 \cdot 0,75 \cdot 1,06^{-1}$) an A zahlen (dass die Vergütung des Verlustvortrags die vergüteten stillen Reserven und damit den Verlustvortrag und so wiederum die mögliche Vergütung des Verlustvortrags erhöhen, wird hier und im Folgenden ausgeblendet).

Abwandlung des Beispiels 5: Würde der Verlust der A-GmbH in der Periode 3 statt 85 000 Euro 110 000 Euro betragen, wäre für C eine Ausschüttung des Gewinns der Periode 4 erst nach Auffüllung des durch den Verlust aufgezehrten Stammkapitals möglich. § 8c a.F. KStG unterbindet auch hier den Verlustvortrag vollständig, so dass C maximal 36 415 Euro ($60\,000 ./ 25\,000 \cdot 1,06^{-1}$) an C zahlen wird. § 8c n.F. KStG begrenzt den Verlustvortrag auf 60 000 Euro (60 000 Kaufpreis ./ 0 steuerbilanzielles Eigenkapital). C wird deshalb bei unterstellter Sicherheit maximal 42 783 Euro ($60\,000 ./ 25\,000 \cdot 1,06^{-1} + 60\,000 \cdot 0,15 \cdot 0,75 \cdot 1,06^{-1}$) an A zahlen.

Wie im Fall des Mantelkaufs, verstößt § 8c KStG auch bei der Veräußerung von Anteilen an einem fortbestehenden Unternehmen gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Denn auch bei der Veräußerung von Anteilen an einem fortbestehenden Unternehmen haben die Verluste entweder das wirtschaftliche Einkommen des Veräußerers oder des Erwerbers gemindert. Hat der Verlust das wirtschaftliche Einkommen des veräußernden Gesellschafters verringert, verhindert § 8c a.F. KStG vollständig, dass der Erwerber dem Veräußerer den Verlustvortrag (partiell) vergütet. Wird hingegen durch den Verlust das wirtschaftliche Einkommen des Erwerbers verringert, führt § 8c a.F. KStG zu Ungleichmäßigkeit, weil der Erwerber diesen Verlust nicht verrechnen darf. § 8c n.F. KStG begrenzt die Verlustverrechnung auf die stillen Reserven. Hat der Verlust das wirtschaftliche Einkommen des veräußernden Gesellschafters verringert und unterschreitet der Verlust die stillen Reserven, verhindert § 8c n.F. KStG (teilweise), dass der Erwerber dem Veräußerer den Verlustvortrag (partiell) vergütet. Wird durch den Verlust das wirtschaftliche Einkommen des Erwerbers verringert, führt § 8c n.F. KStG insoweit zu Ungleichmäßigkeit, wie die stillen Reserven den Verlust unterschreiten und damit die Verlustverrechnung begrenzen.

Neben dieser Ungleichmäßigkeit des § 8c KStG besteht darüber hinaus bei der Veräußerung von Anteilen an einer fortbestehenden Kapitalgesellschaft das zusätzliche Problem, dass § 8c KStG nicht nur für den veräußernden bzw. erwerbenden Gesellschafter, sondern darüber hinaus auch für die verbleibenden Gesellschafter eine ungleichmäßige Besteuerung hervorruft. Denn § 8c KStG schränkt auch für

33 Wie im Fall des Mantelkaufs ist auch dieser Fall der Anteilsveräußerung nur denkbar, sofern nicht bereits eine insolvenzrechtliche Überschuldung i. S. d. § 19 InsO vorliegt.

34 Bei der AG gilt dies außerdem insoweit, wie der Erwerber zur Bildung gesetzlicher Gewinnrücklagen verpflichtet ist.

35 Aufgrund der fehlenden Verlustausgleichspflicht des Erwerbers müsste eine gleichmäßige Verlustverrechnung den *Verlustrücktrag* auf den Betrag beschränken, der das wirtschaftliche Einkommen gemindert hat. Wie bereits in Beispiel 2 deutlich wurde, ist diese aus dem Gebot der Gleichmäßigkeit resultierende Verlustrücktragsbeschränkung keine Besonderheit der Anteilsveräußerung.

die verbleibenden Gesellschafter die oben skizzierte mittelbare Verlustzurechnung quotall oder in vollem Umfang ein.³⁶

IV. Zusammenfassung

§ 8c KStG beschränkt die Verlustverrechnung sowohl beim Mantelkauf als auch bei (bestimmten) Veräußerungen von Anteilen an fortbestehenden Unternehmen. Begründet wird die Verlustverrechnungsbeschränkung damit, dass sich durch die von § 8c KStG erfassten Anteilseignerwechsel die wirtschaftliche Identität der Gesellschaft ändert. Zumindest im Hinblick auf Mantelkäufe wird diese Begründung in weiten Teilen des Schrifttums akzeptiert. Völlig konträr dazu wird in diesem Beitrag die These vertreten, dass (nahezu) jede Form der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkung bei Anteilsveräußerungen gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung verstößt. Dieses Ergebnis ist an eine individualistische Explikation von Gleichmäßigkeit der Besteuerung gebunden. Demzufolge setzt eine gleichmäßige steuerliche Verlustbehandlung voraus, dass (nur) ein Verlust, der das wirtschaftliche Einkommen des Unternehmenseigners gemindert hat, uneingeschränkt verrechnet werden kann.

Die Analyse zeigt, dass sowohl beim Mantelkauf als auch bei der Veräußerung von Anteilen an fortbestehenden Unternehmen Verluste entweder das wirtschaftliche Einkommen des Veräußerers oder des Erwerbers mindern: Beim (gesellschaftsrechtlich definierten) Mantelkauf hat ein Verlust entweder das wirtschaftliche Einkommen des Veräußerers oder des Erwerbers gemindert. Damit ist eine unbeschränkte steuerliche Verlustverrechnung erforderlich. Bei der Veräußerung von Anteilen an einem fortbestehenden Unternehmen verringert der Verlust entweder durch Aufzehrung von Rücklagen das wirtschaftliche Einkommen des Veräußerers oder durch zukünftige Minderung des wirtschaftlichen Einkommens des Erwerbers das wirtschaftliche Einkommen des Veräußerers oder des Erwerbers. Deshalb müssten ein unbeschränkter Verlustvortrag und ein auf die Minderung des wirtschaftlichen Einkommens beschränkter Verlustrücktrag zulässig sein. Indem § 8c a. F. KStG sowohl beim Mantelkauf als auch bei Veräußerungen von Anteilen an fortbestehenden Unternehmen die Verlustverrechnung quotall oder

vollständig untersagt, verstößt er gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung. § 8c n. F. KStG verhindert im Fall des Mantelkaufs die Verlustverrechnung, sofern der Verlust vom Veräußerer getragen wurde, lässt diese aber vermutlich insoweit zu, wie der Verlust das wirtschaftliche Einkommen des Erwerbers mindert. Bei Veräußerungen von Anteilen an fortbestehenden Unternehmen verhindert § 8c n. F. KStG quotall oder vollständig die Verlustverrechnung insoweit, wie die vergüteten stillen Reserven den Verlust unterschreiten. Die Einschränkung der Verlustverrechnung nach § 8c n. F. KStG ist zwar im Vergleich zu § 8c a. F. KStG geringer. § 8c n. F. KStG verstößt aber weiterhin gegen die Gleichmäßigkeit der Besteuerung, weil die vergüteten stillen Reserven in keinem Zusammenhang dazu stehen, ob das wirtschaftliche Einkommen des Veräußerers oder Erwerbers gemindert wurde.

Nach der hier vorgelegten Analyse erfordert eine gleichmäßige Verlustverrechnung grundsätzlich die unbeschränkte Verlustverrechnung bei Anteilsveräußerungen. Damit widerspricht nicht nur § 8c KStG, sondern auch § 8 Abs. 4 KStG der Gleichmäßigkeit der Besteuerung. Vertritt man mit *Heinrich Montag* die Auffassung, dass auch die GewSt der Gleichmäßigkeit der Besteuerung zu folgen hat,³⁷ gilt dieses Ergebnis auch für die gewerbsteuerlichen Auswirkungen von § 8c KStG und § 8 Abs. 4 KStG.³⁸

// Autorin

Prof. Dr. Ute Schmiel ist Inhaberin des Lehrstuhls für Unternehmensbesteuerung an der Universität Duisburg-Essen, Campus Essen. Ihre Forschungsschwerpunkte sind die ökonomische Analyse ausgewählter Fragen der Unternehmensbesteuerung sowie methodologische Probleme der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre.



³⁶ Hingegen kommt *Wiese*, DStR 2007, 741, 744, zu dem Ergebnis, § 8c KStG benachteiligt die verbleibenden Gesellschafter anstelle des veräußernden Gesellschafters. Nach der hier vorgelegten Analyse dürften weder verbleibende noch veräußernde Gesellschafter benachteiligt werden.

³⁷ Siehe *Montag*, in: *Tipke/Lang* (Fn. 13), 459 f.

³⁸ Und darüber hinaus für die Verlustverrechnungsbeschränkungen bei der Anteilsveräußerung bei Personengesellschaften, siehe Beschluss des BFH vom 3.5.1993 – GrS 3/92, BStBl. II 1993, 616, BB 1993, 1499.

Prof. Dr. Wolfgang Wilhelm Fischer, Christian Looks, StB, und Stefan im Schlaa, RA

Dokumentationspflichten für Verrechnungspreise – Aktuelle Erfahrungen mit der Betriebsprüfung und zukünftige Entwicklungen

Grundsätzlich sind die Dokumentationspflichten für steuerliche Verrechnungspreise nach § 90 Abs. 3 AO ab dem Veranlagungszeitraum 2003 anzuwenden. Da nunmehr diese Zeiträume betriebsprüfungsrelevant geworden sind, können erste Aussagen getroffen werden, wie den Dokumentationspflichten seitens der Finanzverwaltung begegnet wird. Insofern knüpft der Artikel an den Beitrag der Autoren aus dem Jahr 2007 an.

I. Einleitung

Mit dem Steuervergünstigungsabbaugesetz 2003¹ hat der Gesetzgeber in § 90 Abs. 3 AO erstmals Dokumentationspflichten für steuerliche

¹ BGBl. I 2003, 660.