

IFSt

SCHRIFT NR. 470
Berlin, April 2011

**Neuordnung der Verlustnutzung nach
Anteilseignerwechsel
– Reformbedarf und haushaltspolitische
Bedeutung des § 8c KStG –**

RA/StB Dr. Markus Ernst LL.M. (NYU)
Allen & Overy LLP, München

In Medienkooperation mit

**DER
BETRIEB**

Zitierhinweis:

Ernst, Neuordnung der Verlustnutzung nach Anteilseignerwechsel
– Reformbedarf und haushaltspolitische Bedeutung des § 8c KStG –
IFSt-Schrift Nr. 470 (2011)

ISBN 978-3-89737-000-5

15,00 € inkl. USt. zzgl. Versandkosten

© Institut Finanzen und Steuern e.V.

Gertraudenstraße 20, 10178 Berlin

In Medienkooperation mit DER BETRIEB

Einzelbezug über www.fachverlag-shop.de/ifst

E-Mail: kundenservice@fachverlag.de

Tel.: (0800) 0001637; Fax: (0800) 0002959

Abonnenten von DER BETRIEB wird ein Rabatt in Höhe von 20% eingeräumt.

IFSt

SCHRIFT NR. 470
Berlin, April 2011

Neuordnung der Verlustnutzung nach Anteilseignerwechsel – Reformbedarf und haushaltspolitische Bedeutung des § 8c KStG –

RA/StB Dr. Markus Ernst LL.M. (NYU)
Allen & Overy LLP, München

In Medienkooperation mit

**DER
BETRIEB**

Das Institut Finanzen und Steuern überreicht Ihnen die IFSt-Schrift Nr. 470

Neuordnung der Verlustnutzung nach Anteilseignerwechsel – Reformbedarf und haushaltspolitische Bedeutung des § 8c KStG

Die Unternehmenssteuerreform 2008 hatte zum Ziel, den Körperschaftsteuersatz auf wettbewerbstaugliche 15 % zu senken. Die damit verbundenen Steuerausfälle sollten in Grenzen gehalten werden, was nur durch Gegenfinanzierungsmaßnahmen möglich war.

Besonders umstritten sind hier § 8c KStG und die sog. Zinsschranke. Beide Vorschriften kamen vor dem Hintergrund der weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise absolut zur Unzeit, da sie Krisensituationen verschärft und Sanierungen erschwert haben. Der Gesetzgeber hat mehrfach nachgebessert, jedoch ist dies „Stückwerk“ geblieben.

Vor diesem Hintergrund setzt sich die vorliegende Schrift mit dem Verlustuntergang nach § 8c KStG auseinander – die Zinsschranke wird in einer der folgenden Schriften behandelt. Ausgehend von den rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen werden die Probleme illustriert, die § 8c KStG hervorruft.

Eine fiskalische Rechtfertigung für eine Regelung wie § 8c KStG wird in der Angst vor der Mobilisierung und schnelleren Nutzung bestehender Verlustvorträge gesehen. Nach Auswertung der Steuerstatistiken der vergangenen Jahre stellt sich diese Befürchtung jedoch als unbegründet heraus. Auch in Zeiten, in denen kaum rechtliche Restriktionen bestanden, ist keine erhöhte Verlustnutzung festzustellen.

Der Gesetzgeber hat angekündigt, das Thema Verlustnutzung grundlegend angehen zu wollen. Die vorliegende Schrift plädiert in diesem Zusammenhang für eine strukturelle Neuordnung, die sich eng an Missbrauchsfällen orientiert und die durch § 8c KStG hervorgerufenen „Kollateralschäden“ nach Möglichkeit vermeidet.

Mit freundlicher Empfehlung
INSTITUT FINANZEN UND STEUERN
Prof. Dr. Johanna Hey

Berlin/Köln, im April 2011

INHALT

I. Einführung	8
II. Verlustnutzung: Wirtschaftliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	11
1. Ökonomische Bedeutung der Verlustnutzung	11
a) Entscheidungs-/Investitionsneutralität erfordert unbeschränkte Verlustnutzung und freien Verlusthandel	11
b) Vernichtung des wirtschaftlichen Werts von Verlustvorträgen	14
aa) Verlustvorträge als werterhöhender Faktor in der Unternehmensbewertung	14
bb) Verlustvorträge als aktive Steuerlatenzen mit Auswirkungen auf die Konzernsteuerquote	15
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben	16
a) Einschränkungen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit .	17
b) Verlustnutzung als Kernbereich des objektiven Nettoprinzips	17
c) Trennungsprinzip und Folgerichtigkeit	20
d) Rechtsprechung zur Verlustnutzung	21
III. Untergang von Verlusten: Von der Rechtsprechung zum „Mantelkauf“ zur Verlustvernichtungsvorschrift des § 8c KStG	25
1. Historie der Rechtsentwicklung zum sog. „Mantelkauf“	26
a) Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs / Bundesfinanzhofs ...	26
b) Aufgabe der Mantelkauf-Rechtsprechung	27
c) Spätere Reaktion des Gesetzgebers: Einführung von § 8 Abs. 4 KStG (und § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F.)	29
d) „Scherbenhaufen“ nach Auslegung des § 8 Abs. 4 KStG durch die Rechtsprechung	31
e) Gegenreaktion: Mechanische Verlustvernichtung durch § 8c KStG	33
f) Nachbesserungen bei § 8c KStG	35
2. Bestandsaufnahme der geltenden Verlustuntergangsvorschriften	39
a) Grundtatbestand des § 8c KStG	39
b) Konzern- und Stille-Reserven-Klausel	43

aa) Konzernklausel	44
bb) Stille-Reserven-Klausel	47
c) Sanierungsklausel	51
3. Zusammenfassende Würdigung des Status quo	58
a) Verstoß gegen Leistungsfähigkeits- und Folgerichtigkeits- prinzip gerechtfertigt?	59
aa) Verletzung des Leistungsfähigkeitsprinzips	59
bb) Durchbrechung des Trennungsprinzips und damit des Gebots der Folgerichtigkeit	59
cc) Verstöße gerechtfertigt?	62
b) Unzählige ungeklärte Fragen schaffen Rechtsunsicherheit	66
IV. Was kostet den Fiskus eine Neuordnung des Mantelkaufs?	71
1. Höhe der Verlustvorträge als „Damoklesschwert“	73
2. Mobilisierung von Verlustvorträgen eigentlicher Hintergrund für § 8c KStG	76
3. Einfluss des Mantelkaufs auf Steueraufkommen / Verlustnut- zung statistisch nicht nachweisbar	77
a) Aussagekraft des verfügbaren Zahlenmaterials – Belastbarkeit und Einschränkungen	79
b) Methodisches Vorgehen: Vergleich der Zeiträume bis 1996 (freier Mantelkauf) mit den Zeiträumen ab 1997 (Mantelkauf nur eingeschränkt möglich)	81
c) Körperschaftsteueraufkommen	85
d) Entwicklung körperschaftsteuerlicher Verlustvorträge	89
e) Zahl der Steuerpflichtigen mit Verlustverträgen relativ be- trachtet konstant geblieben	95
f) Verlustnutzung absolut und im Verhältnis zum Körperschaft- steueraufkommen	97
aa) Verlustnutzung	97
bb) Körperschaftsteuereffekt aus Verlustnutzung	99
g) Schlussfolgerung: Befürchtete Steuerausfälle durch Mantel- käufe ein „Scheinriese“	101
4. Folgerungen für § 8c KStG und dessen Beitrag zum Steuerauf- kommen	102
a) Missbrauchsverhinderung	103

b) Sicherung und Generierung von Steueraufkommen	103
c) Verhinderungscharakter zentrales praktisches Problem	105
5. Zwischenergebnis und Handlungsrahmen für Überlegungen de lege ferenda	105
V. Überlegungen de lege ferenda: Kein erneutes Nachbessern („kleine Lösung“), sondern grundlegende Neuausrichtung („große Lösung“).	106
1. Erneute Nachbesserungen am derzeitigen § 8c KStG („kleine Lösung“) nicht zielführend.	107
2. Gesetzliche Neuordnung des Mantelkaufs („große Lösung“)	110
a) Tatbestandsebene	111
aa) Anteilseignerebene.	111
bb) Unternehmensebene	114
b) Rechtsfolgenebene.	116
aa) Anteiliger Verlustuntergang	117
bb) Zeitpunkt	117
cc) Stille Reserven	117
dd) Abschmelzung / Verluststreckung	118
c) Sanierungsklausel	118
VI. Zusammenfassung und Ausblick	118

I. Einführung

Der Gesetzgeber hat im Zuge der Unternehmenssteuerreform 2008 mit dem Verlustuntergang nach § 8c KStG und der Zinsschranke (§ 4h EStG / § 8a KStG) Neuregelungen geschaffen, die zahlreiche Parallelen aufweisen:

Beide Vorschriften gehen auf im Grundsatz anzuerkennende Missbrauchsüberlegungen zurück: im Fall des § 8c KStG der Handel mit sog. Verlustmänteln, im Fall der Zinsschranke die Gefahr der „Absaugung“ inländischen Steuersubstrats durch „übermäßige“ Fremdfinanzierung.

- Beide Vorschriften wurden jedoch nicht zur Missbrauchsverhinderung, sondern zur Gegenfinanzierung u.a. der Senkung des Körperschaftsteuersatzes auf 15 % konzipiert. Vor diesem Hintergrund ist die vergleichsweise mechanische Wirkungsweise von § 8c KStG und der Zinsschranke zu sehen. Dies führt dazu, dass auch Konstellationen erfasst werden, in denen nicht der geringste Anhaltspunkt für einen wie auch immer garteten Missbrauchsvorwurf zu finden ist. Besonders offenkundig tritt dies in wirtschaftlichen Krisensituationen zutage, in denen die Regelungen krisenverschärfend und sanierungsfeindlich wirken.
- Beiden Vorschriften steht die verfassungsrechtliche Problematik gewissermaßen „auf die Stirn geschrieben“. In der praktischen Anwendung sind die Regelungen an Komplexität kaum noch zu überbieten und haben zu einer beispiellosen Flut an Literatur geführt. Sowohl § 8c KStG als auch die Zinsschranke mussten in ihrer vergleichsweise kurzen Geschichte schon mehrmals geändert werden, stellenweise waren sogar Nachbesserungen bei den Nachbesserungen erforderlich. Der viel zu weite Anwendungsbereich wurde so zum Teil eingeschränkt. Die praktische Handhabung ist dadurch jedoch noch schwieriger geworden und stellenweise überhaupt nicht oder zumindest nicht mit vertretbarem Aufwand möglich.

Bereits im Koalitionsvertrag waren Sofortmaßnahmen gegen den krisenverschärfenden Charakter der beiden Vorschriften enthalten, die Neustrukturierung der Regelungen zur Verlustverrechnung wurde als mittelfristiges Ziel proklamiert. Von hochrangigen Vertretern des Bundesfinanzministeriums wird mittlerweile eingeräumt, dass mit § 8c KStG und mit der Zinsschranke „unter dem Vorwand der Missbrauchsbekämpfung an der einen oder anderen Stelle übers Ziel hinausgeschossen worden ist“¹ und hier Kor-

¹ Ministerialdirigent im Bundesministerium der Finanzen *Müller-Gatermann*, Ubg 2010, 153 (161).

rekturen angezeigt sind. Der Reformbedarf bei den Vorschriften zur Verlustverrechnung wurde vom Gesetzgeber unlängst² noch einmal bekräftigt. Vorschläge hierzu sind bis September 2011 avisiert.

Vor diesem Hintergrund setzt sich die vorliegende Schrift mit dem Verlustuntergang nach § 8c KStG auseinander (die Zinsschranke ist einer der folgenden Ausgaben der IFSt-Schriftenreihe vorbehalten). Die Zielsetzung ist dabei eine Zweifache: Zum einen sollen die vorhandenen Probleme und der sich hieraus ergebende Reformbedarf möglichst exemplarisch veranschaulicht werden. Zum anderen sollen Überlegungen zu Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers angestellt werden, die auch haushaltspolitische Aspekte mit einbeziehen.

Die Arbeit stellt zunächst in Grundlinien die wirtschaftlichen und verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen dar. Ökonomisch besteht kein Zweifel daran, dass eine umfassende Verlustnutzung gewährleistet sein muss. Verfassungsrechtlich steht dem Gesetzgeber zwar ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, jedoch betrifft die Verlustnutzung bzw. deren endgültige Veragung auch einen Kernbereich des Leistungsfähigkeits- und Folgerichtigkeitsgebots. Bemerkenswert ist v.a. ein unlängst ergangener Beschluss des I. Senats des BFH,³ in dem dieser ernsthafte Zweifel an der Verfassungskonformität der sog. Mindestbesteuerung anmeldete, wenn diese mit einem endgültigen Untergang von Verlusten nach § 8c KStG zusammentrifft.

Im Anschluss daran folgt eine kurze Rekapitulierung der Entstehungsgeschichte des sog. Mantelkaufs hin zum heutigen § 8c KStG. Dessen Grundzüge lagen in prinzipiell anzuerkennenden Missbrauchsüberlegungen. Der Gesetzgeber ist davon jedoch immer weiter abgerückt und hat mit § 8c KStG schließlich eine rein mechanisch wirkende Verlustvernichtungsvorschrift geschaffen. Anhand eines Fallbeispiels wird aufgezeigt, wie weit der Anwendungsbereich der Vorschrift in eigentlich völlig „unverdächtigen“ Situationen ist und dass hier die später eingeführten Konzern- und Stille-Reserven-Klauseln nur in sehr begrenztem Umfang entlastend wirken. In diesem Zusammenhang wird auch auf die Sanierungsklausel und die damit zusammenhängende Beihilfeproblematik eingegangen.

Betrachtet man den Status quo, ist zu konstatieren, dass § 8c KStG trotz der zwischenzeitlich erfolgten Nachbesserungen immer noch weit von einer zielgenauen Missbrauchsverhinderungsvorschrift entfernt ist. Dieser Befund

² Vgl. Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen, Steuervereinfachungsgesetz 2011, Bearbeitungsstand 20.12.2010, S. 34.

³ BFH-Beschluss v. 26.08.2010 – I B 49/10, DStR 2010, 2179.

wurde durch die beihilferechtliche Negativentscheidung der Kommission zur Sanierungsklausel noch verstärkt. Die im Vergleich zur Ursprungsfassung geringere Eingriffsintensität reicht nicht aus, die immer noch vorhandene Verletzung des Leistungsfähigkeits- und Trennungsprinzips zu rechtfertigen. Rein praktisch betrachtet ist die Vorschrift stellenweise selbst in Grundfragen kaum vernünftig anwendbar bzw. führt zu rein zufälligen und völlig unbilligen Ergebnissen. Dies alles lässt von verschiedenen Seiten den Ruf nach einer Neuordnung durch den Gesetzgeber laut werden.

Dabei erscheint ein „Herumkurieren“ an den Symptomen der Vorschrift wenig zielführend. Wegen der Grundstruktur des § 8c KStG ist dies möglicherweise auch überhaupt nicht sinnvoll. Vielmehr sollte der Gesetzgeber § 8c KStG im Rahmen einer „großen Lösung“ durch eine „missbrauchszentrierte“ Neuregelung ersetzen.⁴ Die Angst vor Steuerausfällen sollte dabei nicht der treibende Gedanke sein. Die schiere Höhe der Verlustvorträge und die sich hieraus ergebende Bedrohung für das Steueraufkommen liefern ein völlig schiefes Bild. Analysiert man die verfügbaren Daten der vergangenen Jahre, findet man keinen Anhaltspunkt dafür, dass in Jahren, in denen Verlustmängel de facto uneingeschränkt hätten verkauft werden können, mehr Verluste geltend gemacht worden wären als in Jahren mit einer entsprechenden Mantelkaufregelung. Vielmehr sind über die Jahre eine nahezu gleich bleibende Verlustnutzung und ein kontinuierlicher Anstieg der Verlustvorträge zu beobachten. Hinzu kommt, dass die nach Einführung der Konzern- und Stille-Reserven-Klausel erwarteten Steuermehreinnahmen bestenfalls noch als marginal bezeichnet werden können. Dem stehen „Kollateralschäden“⁵ gegenüber, die die Vorschrift aufgrund seines strukturkonservierenden und sanierungsfeindlichen Charakters auslöst.

Eine „große Lösung“, bei der die Missbrauchsverhinderung klarer zutage tritt, könnte etwa so aussehen, dass nicht nur auf das personelle Substrat in Form eines Anteilseignerwechsels abgestellt wird, sondern sich daneben auch das sachliche Substrat der Verlustgesellschaft ändern muss. Hierzu könnten beispielsweise Anleihen an dem Kriterium der Betriebsfortführung genommen werden, wie es der „alte“ § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG vorsah. Ferner sollten auf der Rechtsfolgenseite Einschränkungen vorgenommen werden und eine („beihilfefeste“) Sanierungsklausel mit aufgenommen werden, die möglichst früh eingreift.

⁴ Ebenso zuletzt explizit *Drüen*, DStR 2011, 289 (293).

⁵ Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009 v. 19.09.2008, BR-Drs. 545/08 (Beschluss), S. 49.

II. Verlustnutzung: Wirtschaftliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Die steuerliche Geltendmachung von Verlusten ist letztlich nichts anderes als die Kehrseite der Gewinnbesteuerung und ein Gebot leistungsgerechter Besteuerung. Die Verlustnutzung ist für sich genommen weder missbräuchlich, noch handelt es sich um eine Steuervergünstigung.⁶ Aus ökonomischer Sicht gilt dies vorbehaltlos, also insbesondere auch dann, wenn Verluste übertragen werden.

Der Verlustabzug und Verlustausgleich ist als Ausprägung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) verfassungsrechtlich geboten.⁷ Zwar gilt dies nicht uneingeschränkt, jedoch bedürfen Durchbrechungen einer besonderen Rechtfertigung. Dies gilt insbesondere dann, wenn Verluste – wie im Anwendungsbereich des § 8c KStG – endgültig untergehen.

1. Ökonomische Bedeutung der Verlustnutzung

Um risikoreichere Investitionen nicht strukturell zu benachteiligen und um krisenverschärfende Effekte zu vermeiden, fordern die Wirtschaftswissenschaften unter dem Stichwort der Entscheidungs- bzw. Investitionsneutralität eine unbeschränkte und sofortige Verlustnutzung. Dies schließt die freie Übertragbarkeit von Verlustvorträgen mit ein. Einer Regelung wie § 8c KStG fehlt daher aus ökonomischer Sicht jegliche Rechtfertigung (siehe unter a)).

Die wirtschaftlichen Auswirkungen eines Verlustuntergangs nach § 8c KStG sind erheblich, da mit den Verlusten auch der entsprechende künftige Steuervorteil entfällt. Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf den Wert eines Unternehmens und auf die Konzernsteuerquote (siehe unter b)).

a) Entscheidungs-/Investitionsneutralität erfordert unbeschränkte Verlustnutzung und freien Verlusthandel

Die Wirtschaftswissenschaften gehen in Bezug auf steuerliche Einflüsse ganz allgemein vom Postulat der Entscheidungsneutralität aus.⁸ Entscheidungs-

⁶ Vgl. BFH-Urteil v. 06.09.2006 – XI R 26/04, BStBl. II 2007, 167 und *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Aufl. 2003, S. 759 ff und S. 780 jeweils m.w.N. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht *Schneider*, BB 1988, 1222 (1225, 1228) und *ders.*, DB 1992, 1737. Vom Gegenteil scheint jedoch *Nawrath* (DStR 2009, 2 [4]) auszugehen, wenn er davon spricht, dass „die steuerliche Begünstigung der Übertragung von Verlusten“ nicht förderungswürdig sei.

⁷ Vgl. nur *Hey*, in: DStJG Band 33 (2010), S. 139 (156).

⁸ Vgl. statt vieler *Schneider*, Investition, Finanzierung, Besteuerung, 1992, S. 97.

neutralität liegt dann vor, wenn ökonomische Entscheidungen durch steuerliche Aspekte nicht beeinflusst werden.

Dabei wird zwischen verschiedenen Ausprägungen des allgemeinen Grundsatzes der Entscheidungsneutralität unterschieden.⁹ Für die Frage der Nutzung entstandener Verluste ist der Gedanke der Investitionsneutralität von besonderer Relevanz.¹⁰ Sie ist u.a. nur dann gegeben, wenn der Totalerfolg einer Investition nicht davon abhängt, in welchen Zeiträumen die positiven oder negativen Ergebnisse vereinnahmt werden, die Rangfolge möglicher Investitionsalternativen im Entscheidungskalkül steuerbedingt also nicht verändert wird. Eine Investition, die in der Anfangsphase höhere Verluste generiert, die in der Folgezeit durch entsprechend höhere Gewinne ausgeglichen werden – z.B. ein besonders forschungs- oder entwicklungsintensives Engagement – darf nicht schlechter behandelt werden als ein Investment, das weniger starke Ausschläge nach oben und unten aufweist, per Saldo aber denselben Totalerfolg generiert. Allein aus dem zeitlichen Auseinanderfallen der Zahlungsreihen dürfen sich steuerbedingt keine nachteiligen Konsequenzen für den Erwartungswert einer Investitionsalternative ergeben. Andernfalls würden Investitionen in volatilere Geschäftsfelder einem strukturellen Nachteil unterliegen und aus diesem Grund unterbleiben, obwohl sie wirtschaftlich sinnvoll sind. Im Ergebnis führt dies zu Fehlallokationen und wirkt u.a. innovationsfeindlich, krisenverschärfend und strukturkonservierend.¹¹

Vor diesem Hintergrund kommt der Frage der steuerlichen Verlustnutzungsmöglichkeiten entscheidendes Gewicht zu.¹² *Lege artis* ist Investitionsneutralität nur dann gewährleistet, wenn ein sofortiger Verlustausgleich gewährt wird. Dies kann dadurch erreicht werden, dass der Steuerpflichtige im Fall von Verlusten entweder negative Steuern erstattet bekommt oder ihm ein zeitlich unbefristeter Verlustrücktrag kombiniert mit einem verzinslichen (und ebenfalls unbeschränkten) Verlustvortrag gewährt wird.¹³ Andernfalls führt allein schon der Zinseffekt dazu, dass sich Verluste im Rahmen der Investitionsentscheidung nachteilig auswirken. Die Übertragung eines noch

⁹ Hierzu bspw. *König/Wosnitza*, Betriebswirtschaftliche Steuerplanung- und Steuerwirkungslehre, 2004, S. 142 ff.

¹⁰ Ebenso *Braunagel*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, 2010, S. 52 und *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010), S. 9.

¹¹ Vgl. *Braunagel*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, 2010, S. 55 f. jeweils m.w.N.

¹² Vgl. nur *Schneider*, BB 1988, 1222 (1224 f.) mit Beispielsrechnung.

¹³ *Stv. Schneider*, Investition, Finanzierung, Besteuerung, 1992, S. 206 ff. und 266 ff.

nicht genutzten Verlustvortrags auf eine andere Person, die das Unternehmen fortführt, darf unter dem Gesichtspunkt der Investitionsneutralität keinen Beschränkungen unterworfen sein, soweit die Verluste tatsächlich und wirtschaftlich übernommen werden.¹⁴ Kann z.B. der Erwerber im Zuge eines Unternehmenskaufs die vorhandenen Verluste weiter nutzen, führt dies aus betriebswirtschaftlicher Sicht nicht zu ungerechtfertigten Vorteilen, sodass ein Missbrauchsvorwurf von vornherein ausscheidet.¹⁵

Das geltende Steuerrecht ist weit von einer investitionsneutralen Ausgestaltung entfernt. Verluste können nur in einem äußerst begrenzten Umfang zeitlich zurückgetragen werden,¹⁶ der Verlustvortrag ist nicht verzinst und unterliegt der sog. Mindestbesteuerung.¹⁷ Daneben existieren zahlreiche spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen,¹⁸ die allenfalls im Ansatz zu rechtfertigen sind. Einen besonders massiver Verstoß gegen das Postulat der Entscheidungs- bzw. Investitionsneutralität stellt die „Verlustvernichtungsvorschrift“ nach § 8c KStG dar, die im Fall eines als schädlich definierten Anteilseignerwechsels ganz oder teilweise zu einem endgültigen Verlustuntergang führt.

Im Ergebnis führen diese „verlustfeindlichen“ Rahmenbedingungen u.a. dazu, dass risikoträchtigere Investitionen strukturell benachteiligt werden, in Krisensituationen das Liquiditätsrisiko und damit die Insolvenzanfälligkeit von

¹⁴ Vgl. *Maiterth/Müller*, StuB 2003, 254 (258 f.) und *dies.*, DStR 2006, 1861 (1862 f.).

¹⁵ Vgl. *Maiterth/Müller*, StuB 2003, 254 (258 f.). Stellenweise wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur zur Herstellung von Investitionsneutralität sogar ein freier Verlusthandel – beispielsweise in Form von frei handelbaren Verlustverrechnungs-„Gutscheinen“ – gefordert. So insbesondere *Schneider*, BB 1988, 1222 (1229). Ferner *Wosnitza*, StuB 2000, 763 (769).

¹⁶ Gem. § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG (i.V.m. § 8 Abs. 1 KStG) können negative Einkünfte grds. nur zu einem Betrag von € 511.500 zurückgetragen werden; die Rücktragsmöglichkeit gilt jedoch nicht für die Gewerbesteuer, vgl. § 10a Satz 1 und 2 GewStG.

¹⁷ Negative Einkünfte können in folgenden Veranlagungszeiträumen gem. § 10d Abs. 2 EStG nur bis zu einem Betrag von € 1.000.000 unbeschränkt, darüber hinaus nur i.H.v. 60 % des übersteigenden Gesamtbetrags der Einkünfte abgezogen werden, was bei Übersteigen des Sockelbetrags dazu führt, dass 40 % der Einkünfte unabhängig von der Höhe der Verlustvorträge der Besteuerung unterliegen. Ausführlich dazu auch mit Überlegungen de lege ferenda, *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010).

¹⁸ Z.B. § 5a Abs. 3 Satz 2 EStG; § 15 Abs. 4 EStG, § 15a EStG, § 15b EStG, § 20 Abs. 6 EStG, § 23 Abs. 3 Satz 9 f. EStG.

Unternehmen steigt (sog. krisenverschärfende Wirkung des § 8c KStG) und ökonomisch sinnvolle Umstrukturierungen behindert werden.¹⁹

b) Vernichtung des wirtschaftlichen Werts von Verlustvorträgen

Diese eher allgemeinen Auswirkungen konkretisieren sich darin, dass sich ein Untergang von Verlustvorträgen nach § 8c KStG unmittelbar auf die Unternehmensbewertung auswirkt, was beim Unternehmenserwerb ein ganz erhebliches Transaktionshindernis darstellt bzw. auf die Konzernsteuerquote durchschlägt.

aa) Verlustvorträge als werterhöhender Faktor in der Unternehmensbewertung

Steuerliche Verlustvorträge sind als werterhöhender Faktor bei der Unternehmensbewertung zu berücksichtigen.²⁰ Über das „Ob“ der Einbeziehung herrscht in Literatur, Bewertungspraxis und Rechtsprechung Einigkeit; umstritten ist lediglich – was allerdings hier nicht weiter zu vertiefen ist –, wie Verlustvorträge konkret zu integrieren sind.²¹

Ein Verlustvortrag impliziert eine künftige (potenzielle) Steuerersparnis, die sich dann realisiert, wenn ausreichend Verrechnungspotenzial in Form von positiven Einkünften erwirtschaftet wird.²² Für den Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft mit Verlustvorträgen wirkt sich dies insoweit positiv aus, als das zur Ausschüttung zur Verfügung stehende Nachsteuerergebnis im Jahr der Verlustnutzung entsprechend höher ist. Bei einer Bewertung für Veräußerungszwecke wird der Inhaber des Unternehmens bei seiner Mindestpreis-Kalkulation diesen künftigen Steuervorteil als preiserhöhend mit einbeziehen, da er an dem künftig erhöhten Ausschüttungspotenzial nicht mehr partizipiert und sich den damit verbundenen Vorteil über den Kaufpreis verbüßen lassen wird.

Der Erwerber wird nur dann bereit sein, einen entsprechenden Aufschlag für die Anteile zu bezahlen, wenn ihm die Nutzung der Verlustvorträge künftig möglich ist. Dies ist jedoch dann nicht der Fall, wenn § 8c KStG einen Untergang der Verluste bei der Kapitalgesellschaft herbeiführt. Der

¹⁹ Weiterführend *Braunagel*, in: Lüdicke/Kempff/Brink (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht*, 2010, S. 55 f. m.w.N.

²⁰ *Stv. König/Zeidler*, DStR 1996, 1098 (1101 m.w.N.).

²¹ Vgl. für einen Literaturüberblick *Jacob/Pasedag*, WPg 2010, 92 (93 m.w.N.). Bei einer Bewertung nach dem DCF-Verfahren wirken sich die steuerlichen Verlustvorträge bspw. auf die zu bewertenden *Cash-Flows*, auf das *Tax Shield* und auf die Kapitalkosten aus, vgl. *Streitferdt*, ZfB 2004, 669.

²² Vgl. z.B. *Sureth/Vollert*, *Corporate Finance* biz 2010, 20 (23).

Erwerber wird daraufhin den Kaufpreis, den er für die Anteile maximal zu zahlen bereit ist, nach unten korrigieren. Der Veräußerer wird hingegen bei seiner Preisvorstellung bleiben, da ja die Verlustvorträge – und damit die künftigen potenziellen Steuervorteile – im Alternativszenario „Behalten der Anteile“ weiterhin bestehen bleiben würden.

§ 8c KStG führt im Ergebnis also zu einer negativen Grenzpreisdifferenz, da der Veräußerer einen höheren Preis verlangen wird, als der Erwerber zu zahlen bereit ist.²³ Dies stellt auch jenseits modelltheoretischer Untersuchungen in der Transaktionspraxis eine ganz erhebliche Hürde dar, an der nicht selten betriebswirtschaftlich sinnvolle und von beiden Seiten eigentlich gewollte Unternehmensübertragungen scheitern. Der Lock-in-Effekt, der durch eine Veräußerungsgewinnbesteuerung ohnehin schon bestehen kann, wird durch § 8c KStG für Anteile an Kapitalgesellschaften mit Verlustvorträgen noch einmal maßgeblich verstärkt.²⁴

bb) Verlustvorträge als aktive Steuerlatenzen mit Auswirkungen auf die Konzernsteuerquote

Der künftige potenzielle Steuervorteil aus der Verlustnutzung kann für Zwecke der Rechnungslegung unter bestimmten Voraussetzungen durch die Bildung aktiver latenter Steuern (Deferred Tax Assets) bereits vorweggenommen werden. Gehen Verluste jedoch (voraussichtlich) nach § 8c KStG unter, scheidet eine Aktivierung latenter Steuern aus bzw. ist ein entsprechender Aktivposten aufwandswirksam auszubuchen.²⁵ Eine Vorschrift wie § 8c KStG schlägt sich daher unmittelbar in der Konzernsteuerquote (Effective Tax Rate) nieder, in die neben den tatsächlichen Steuern (Current Taxes) auch die latenten Steuern (Deferred Taxes) mit einfließen.²⁶ Dies ist gerade für börsennotierte Unternehmen bzw. für Unternehmen mit am Kapitalmarkt gehandelten Anleihen von hoher Relevanz, da kapitalmarktrelevante Informationen wie beispielsweise die Nachsteuerrendite und davon ausgehend die Earnings per Share unter Einbeziehung der Konzernsteuerquote ermittelt bzw. prognostiziert werden.²⁷

²³ Vgl. *Jacob*, ZfB 2008, 579 (585) und *Sureth/Vollert*, Corporate Finance, biz 2010, 20 (23).

²⁴ Ebenso *Jacob/Pasedag*, FB 2009, 464 (468) und *dies.*, WPg 2010, 92, die auch mögliche Verlustnutzungsstrategien erörtern.

²⁵ Vgl. z.B. *Kohl/Meyer*, Corporate Finance Law 2010, 442 (444 f.).

²⁶ Zur Konzernsteuerquote vgl. bspw. *Kröner/Benzel*, in: Kessler/Kröner/Köhler (Hrsg.), Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 12, Rz. 1 ff. und ausführlich *Kröner/Beckenhaub*, Konzernsteuerquote, 2008.

²⁷ Vgl. *Kröner/Beckenhaub*, Konzernsteuerquote, 2008, S. 37 ff. und *Kröner/Benzel*, in: Kessler/Kröner/Köhler (Hrsg.), Konzernsteuerrecht, 2. Aufl. 2008, § 12, Rz. 1.

Aktive latente Steuern sind nach IAS 12.24 auf noch nicht genutzte steuerliche Verlustvorträge dann zu bilden, wenn es wahrscheinlich ist, dass diese künftig mit positiven Ergebnissen verrechnet werden können.²⁸ Dieses Konzept wurde für die HGB-Bilanz mit größenabhängiger Erleichterung für Kapitalgesellschaften und haftungsbeschränkte Personengesellschaften²⁹ im Zuge des BilMoG³⁰ für den Ausweis latenter Steuern nach § 274 HGB mehr oder weniger übernommen. Im Rahmen des Aktivierungswahlrechts nach § 274 Abs. 1 Satz 2 HGB sind gemäß Satz 4 bei der Berechnung aktiver latenter Steuern steuerliche Verlustvorträge in Höhe der innerhalb der nächsten fünf Jahre zu erwartenden Verlustverrechnung zu berücksichtigen. Diese Verlustnutzungsplanung muss einen potenziellen Untergang von Verlustvorträgen z.B. nach § 8c KStG berücksichtigen.³¹ Sind Umstrukturierungsmaßnahmen absehbar, die zu einer Verlustvernichtung nach § 8c KStG führen, scheidet insoweit ein Ansatz aktiver latenter Steuern aus.

Die durch § 8c KStG eingeschränkte Verlustnutzungsmöglichkeit wirkt sich so unmittelbar auf das HGB-Ergebnis und die Konzernsteuerquote aus. Dies hat entsprechende Folgewirkungen für die kapitalmarktrelevante Nachsteuerrendite.

2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Die verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Ausgestaltung der Verlustnutzung sind zwar grundsätzlich weniger strikt als die ökonomischen, da das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) dem Gesetzgeber einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt. Jedoch ergeben sich insbesondere aus dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG Einschränkungen, die der Gesetzgeber hierbei zu beachten hat (siehe unter a)). So erscheint ein endgültiger Verlustuntergang mit dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit nicht mehr vereinbar (siehe unter b)). Das Gebot der Folgerichtigkeit verbietet es, eine systematische Grundentscheidung – wie z.B. das Trennungsprinzip bei der Kapitalgesellschaftsbesteuerung – ohne gewichtige Gründe zu durchbrechen und z.B. die Verlustnutzung bei einer Kapitalgesellschaft allein von Vorgängen auf Anteilseignerebene abhängig zu machen (siehe unter c)). Der Bundesfinanzhof (BFH) hat unlängst in einer entsprechenden

²⁸ Vgl. z.B. *Pellens/Fülhbier/Gassen/Sellhorn*, Internationale Rechnungslegung, 2008, S. 223 f.

²⁹ Ausführlicher *Prinz/Ruberg*, Der Konzern 2009, 343 (344).

³⁰ Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts v. 25.05.2009, BGBl. I 2009, 1102.

³¹ Ebenso *Hoffmann/Lüdenbach*, NWB Kommentar Bilanzierung, 2011, § 274, Rz. 36 und *Kirsch*, DStZ 2009, 510 (515).

Konstellation ganz erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet, was auf der Linie der Rechtsprechung des BVerfG liegt (siehe unter d)).

a) **Einschränkungen der gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit**

Der allgemeine Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG fordert, dass Steuerpflichtige in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gleichmäßig belastet werden.³² Zwar betont das BVerfG, dass der Gesetzgeber im Bereich des Steuerrechts bei der Auswahl des Steuergegenstands und bei der Bestimmung des Steuersatzes einen weitreichenden Entscheidungsspielraum hat.³³ Der Gesetzgeber ist jedoch insoweit in seiner Gestaltungsfreiheit eingeschränkt, als die jeweilige Steuerlast am Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit ausgerichtet sein muss und das Gebot der Folgerichtigkeit zu beachten ist.³⁴

Das BVerfG bezeichnet den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und das Folgerichtigkeitsgebot als „eng miteinander verbundene Leitlinien“³⁵. Im Ergebnis bedingen sich Leistungsfähigkeits- und Folgerichtigkeitsprinzip also gegenseitig, da der Gesetzgeber die gewählte Belastungsentscheidung folgerichtig umzusetzen und innerhalb dieses Korridors die Steuerbelastung leistungsgerecht auszugestalten hat.³⁶

b) **Verlustnutzung als Kernbereich des objektiven Nettoprinzips**

Der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit findet eine Ausprägung im objektiven Nettoprinzip. Das objektive Nettoprinzip besagt, dass Erwerbsaufwendungen die Bemessungsgrundlage mindern und nur das Nettoeinkommen der Besteuerung unterliegt. Gesetzlich kommt dieses Prinzip in § 2 Abs. 2 EStG zum Ausdruck. Dies gilt gleichermaßen im Bereich der Körperschaftsteuer.³⁷ Aus dem Verweis in § 8 Abs. 1 KStG folgt, dass sich auch für Kapitalgesellschaften die Leistungsfähigkeit nach dem

³² St. Rspr. vgl. nur BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., *Pendlerpauschale*, DStR 2008, 2460 und BVerfG-Urteil v. 20.04.2004 – 1 BvR 1748/99 u.a., *Ökosteuern*, BVerfGE 110, 274.

³³ Vgl. BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., *Pendlerpauschale*, DStR 2008, 2460.

³⁴ Vgl. stv. BVerfG-Urteil v. 06.03.2002 – 2 BvL 17/99, *Rentenurteil*, BVerfGE 105, 73 (125 m.w.N.).

³⁵ Zuletzt BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., *Pendlerpauschale*, DStR 2008, 2460 m.w.N.

³⁶ Vgl. J. Lang, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 4 Rz. 75 ff, 81ff; Tipke, Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2. Aufl. 2000, S. 485, 494.

³⁷ So jetzt explizit BVerfG-Beschluss v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, *5%-Schachtelstrafe*, DStR 2010, 2393.

Nettoeinkommen richtet.³⁸ Das BVerfG hat bisher offen gelassen, ob das objektive Nettoprinzip aus sich selbst heraus Verfassungsrang hat,³⁹ allerdings auch ausdrücklich klargestellt, dass eine Durchbrechung eines besonderen, sachlich gerechtfertigten Grundes bedarf.⁴⁰

Dabei darf das objektive Nettoprinzip nicht an einer Besteuerungsperiode „Halt machen“. Negative Einkünfte, die innerhalb eines Veranlagungszeitraumes nicht mit positiven Einkünften ausgeglichen werden können und damit zu einem Netto-Verlust führen, müssen abschnittsübergreifend geltend gemacht werden können, z.B. indem die Verluste vor- bzw. zurückgetragen werden können. Andernfalls würde das Fundamentalprinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit dem der Rechtssicherheit geschuldeten Grundsatz der Abschnittsbesteuerung untergeordnet werden, was m.E. nicht gewollt sein kann.⁴¹ Vor dem Hintergrund der damit verbundenen Rechtssicherheit kommt zwar auch der Abschnittsbesteuerung eine gewisse verfassungsrechtliche Dimension zu.⁴² Jedoch hat sich der Gesetzgeber selbst für eine zeitlich grundsätzlich unbegrenzte Verlustvortragmöglichkeit und damit gegen das Abschnittsprinzip entschieden, sodass eine Abweichung hiervon jedenfalls einer besonderen Rechtfertigung bedarf.⁴³ Im Ergebnis ist dies – wie *Christian Dorenkamp*⁴⁴ zutreffend darlegt – auch kein Streit zwischen Lebenseinkommen⁴⁵ und Periodeneinkommen⁴⁶ als sachgerechtem Maßstab der steuerlichen Leistungsfähigkeit. Denn selbst bei einer rein periodenbezogenen Betrachtung müsste ein interperiodischer Verlustausgleich zugelassen werden, solange ne-

³⁸ Vgl. nur *Hey*, DStR Beihefter zu Heft 34/2009, 109 (110), wobei umstritten ist, ob Körperschaften über eine eigene, vom Anteilseigner unabhängige Leistungsfähigkeit verfügen, vgl. dazu die Nachweise ebd. in Fn. 15.

³⁹ Zum Streitstand vgl. *Schneider, Englisch, Wernsmann, Hey, Heger, Reimer und Jachmann*, jeweils in DStR Beihefter zu Heft 34/2009.

⁴⁰ Vgl. zuletzt BVerfG-Beschluss v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, *5%-Schachtelstrafe*, DStR 2010, 2393 m.w.N.

⁴¹ Ähnlich *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band I, 2. Aufl. 2000, S. 503.

⁴² Vgl. *Oenings*, FR 2009, 606 (609 m.w.N.).

⁴³ So auch *Oenings*, FR 2009, 606 (609 m.w.N.).

⁴⁴ Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010), S. 11 f.

⁴⁵ Wohl h.M., stv. *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band II, 2. Aufl. 2003, S. 754 ff.; *J. Lang*, in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 20. Aufl. 2010, § 9 Rz. 62 und *J. Lang/Englisch*, StuW 2005, 3 (6 ff m.w.N. in Fn. 37).

⁴⁶ Vgl. v.a. *Kirchhof*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, § 2 EStG, Rz. A136 und *Lehner*, JZ 2002, 772 (773 f.), der die Leistungsfähigkeit als „gegenwartsbezogen“ ansieht.

gative Einkünfte nicht für den jeweiligen Veranlagungszeitraum zu einer Steuergutschrift in Form von negativen Steuern führen und allein schon dadurch die Symmetrie zwischen positiven und negativen Einkünften durchbrochen ist.

Der Ausgleich laufender Verluste (Verlустаusgleich) und die Verrechnung mit Ergebnissen vorangegangener oder künftiger Steuerjahre (Verlustabzug) stellen „Kernbestandteile“ des objektiven Nettoprinzips dar.⁴⁷ Eine Regelung wie § 8c KStG, die die Verlustnutzung nicht „nur“ zeitlich streckt, sondern dauerhaft versagt, stellt einen besonders massiven Eingriff in das objektive Nettoprinzip dar.⁴⁸ Umso mehr muss – wie oben dargelegt – ein solcher Eingriff durch gewichtige Gründe sachlich gerechtfertigt sein.⁴⁹ Die rein fiskalische Motivation, das Steueraufkommen zu erhöhen, kann hierfür unter keinem Gesichtspunkt genügen.⁵⁰ Als Rechtfertigungsgründe kommen prinzipiell insbesondere der Gedanke der Vereinfachung durch Typisierung und Pauschalisierung⁵¹ sowie die Missbrauchsabwehr in Betracht. Jedoch – und hier zeigt sich im Besonderen die enge Verbundenheit zwischen Leistungsfähigkeits- und Folgerichtigkeitsprinzip – darf weder eine Verallgemeinerung noch eine Missbrauchsabwehr „über das Ziel hinausschießen“. Es muss ein in sich stimmiges Konzept gewählt werden, das sich am grundsätzlichen gesetzlichen Leitbild – hier der Verlustnutzungsmöglichkeit – orientiert. Wird hingegen der Ausnahmefall – vorliegend der endgültige Verlustuntergang – in bestimmten Konstellationen zum Regelfall, liegt weder eine zulässige Ty-

⁴⁷ Hey, DStR Beihefter zu Heft 34/2009, 109 (113).

⁴⁸ In diese Richtung unlängst ausdrücklich auch der BFH, vgl. BFH-Beschluss v. 26.08.2010 – I B 49/10, DStR 2010, 2179. Ebenso *Wendt*, in: DStJG Band 28 (2005), S. 41 (69).

⁴⁹ Dies gilt – wie das BVerfG explizit ausführt (siehe oben) – unabhängig davon, ob man – wofür viel spricht – dem objektiven Nettoprinzip Verfassungsrang einräumt. Ebenso *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010) S. 12 m.w.N. in Fn. 31.

⁵⁰ St. Rspr., vgl. z.B. BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., *Pendlerpauschale*, DStR 2008, 2460: „Nicht als besonderer sachlicher Grund für Ausnahmen von einer folgerichtigen Umsetzung und Konkretisierung steuergesetzlicher Belastungsentscheidungen anerkannt ist demgegenüber der rein fiskalische Zweck staatlicher Einnahmenerhöhung. Der Finanzbedarf des Staates oder eine knappe Haushaltslage reichen für sich allein nicht aus, um ungleiche Belastungen durch konkretisierende Ausgestaltung der steuerrechtlichen Grundentscheidungen zu rechtfertigen. Auch wenn der Staat auf Einsparungsmaßnahmen angewiesen ist, muss er auf eine gleichheitsgerechte Verteilung der Lasten achten.“

⁵¹ Vgl. hierzu unlängst BVerfG-Beschluss v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, *5%-Schachtelstrafe*, DStR 2010, 2393 m.w.N.

pisierung noch eine zielgerichtete Missbrauchsverhinderung vor. Der Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip ist dann nicht gerechtfertigt.

c) Trennungsprinzip und Folgerichtigkeit

Kapitalgesellschaften werden als eigenständige Steuersubjekte und damit unabhängig von den dahinterstehenden Gesellschaftern der Besteuerung unterworfen. Kraft ihrer Rechtspersönlichkeit hat eine Kapitalgesellschaft ihre eigene originäre steuerliche Leistungsfähigkeit, die nicht von den Anteilseignern abgeleitet wird.⁵² Gewinne und Verluste dürfen nicht zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Anteilseignern verrechnet werden.⁵³ Andererseits dürfen Vorgänge auf Anteilseignerebene auch nicht auf die Verlustnutzungsmöglichkeit auf der Ebene der Kapitalgesellschaft durchschlagen.⁵⁴

Dieses sog. Trennungsprinzip, das der Kapitalgesellschaft eine von den Anteilseignern losgelöste Leistungsfähigkeit zubilligt, muss der Gesetzgeber folgerichtig umsetzen.⁵⁵ Auch hier manifestiert sich das enge Zusammenspiel zwischen dem Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und dem Folgerichtigkeitsgebot. Denn der Gesetzgeber muss das Trennungsprinzip und damit die originäre Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft als einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig im Sinne von Belastungsgleichheit umsetzen und darf hiervon nur aufgrund besonderer sachlicher Gründe abweichen.⁵⁶

Eine Regelung wie § 8c KStG, die den Erhalt der Verlustvorträge im Wesentlichen nur an Vorgänge knüpft, die sich auf Anteilseignerebene abspielen, durchbricht unstreitig das Trennungsprinzip.⁵⁷ § 8c KStG genügt also nur dann dem Gebot der Folgerichtigkeit, wenn diese Durchbrechung durch gewichtige Gesichtspunkte gerechtfertigt ist. Wie weiter unten⁵⁸ dargestellt wird, ist dies nicht der Fall.

⁵² Ausführlich hierzu *Hey*, DStR Beihefter zu Heft 34/2009, 109.

⁵³ Vgl. stv. *Herzig*, in: DStJG Band 28 (2005), S. 184 (187).

⁵⁴ Ebenso z.B. *Hey*, DStR Beihefter zu Heft 34/2009, 109 (113).

⁵⁵ Vgl. nur *Thiel*, in: Spindler/Tipke/Rödter (Hrsg.), FS Schaumburg, 2009, S. 515 (532).

⁵⁶ So die ständige Rechtsprechung des BVerfG, vgl. BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., *Pendlerpauschale*, DStR 2008, 2460 m.w.N.

⁵⁷ Ausführlicher unten unter III. 3. a) bb).

⁵⁸ Siehe unten unter III. 3. a) cc).

d) Rechtsprechung zur Verlustnutzung

Zur Frage des Verlustausgleichs bzw. des Verlustabzugs lässt sich der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG zumindest als Eckpunkte entnehmen, dass einerseits eine uneingeschränkte Verlustnutzung nicht garantiert wird, andererseits der völlige Ausschluss der Verlustverrechnung trotz laufender Einkünfte verfassungswidrig ist.

Das BVerfG hat in der Vergangenheit in mehreren Entscheidungen gewisse Einschränkungen der Verlustnutzung hingenommen. So wurde beispielsweise die Beschränkung des Verlustvortrags auf bestimmte Einkunftsarten oder auf bestimmte Betriebsverluste verfassungsrechtlich nicht beanstandet.⁵⁹ Ferner sah das BVerfG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1991⁶⁰ keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Beschränkung des Verlustabzugs auf einen einjährigen Rücktrag und einen fünfjährigen Verlustvortrag.⁶¹ Auf der anderen Seite erklärte der 2. Senat des BVerfG in einem Beschluss aus dem Jahr 1998⁶² den völligen Ausschluss der Verlustverrechnung bei laufenden Einkünften aus der Vermietung beweglicher Gegenstände (§ 22 Nr. 3 Satz 3 EStG 1983) für verfassungswidrig:

„Im Rahmen dieses gesetzlichen Belastungssystems benachteiligt § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG Steuerpflichtige mit Einkünften aus laufender sonstiger Leistung, wenn Erwerbsaufwendungen und Erwerbseinnahmen in verschiedenen Veranlagungszeiträumen anfallen. Die Erwerbseinnahmen unterliegen dann in vollem Umfang der Einkommenbesteuerung, ohne daß die Erwerbsaufwendungen im Veranlagungszeitraum ihrer Entstehung oder in dem Veranlagungszeitraum, in dem die Erwerbseinnahmen erfaßt werden, Berücksichtigung fänden. Für diese Ungleichbehandlung sind keine rechtfertigenden Gründe ersichtlich.“

Der BFH hat in mehreren Entscheidungen diese Grundsätze übernommen und ausgeführt, dass eine Regelung, die den Verlustausgleich nicht versagt, sondern „nur“ zeitlich streckt und damit das „Wann“ des Verlustabzugs be-

⁵⁹ Vgl. BVerfG-Beschluss v. 08.03.1978 – 1 BvR 117/78, HFR 1978, 293.

⁶⁰ BVerfG-Beschluss v. 22.07.1991 – 1 BvR 313/88, HFR 1992, 423.

⁶¹ Jedoch hat das BVerfG in der o.g. Entscheidung seine frühere Rechtsprechung, wonach das Abschnittsprinzip ohne Weiteres einen Ausschluss des Verlustausgleichs rechtfertigt (BVerfG-Beschluss v. 08.03.1978 – 1 BvR 117/78, HFR 1978, 293), revidiert und von einem „Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der Abschnittsbesteuerung und dem Grundsatz des abschnittsübergreifenden Nettoprinzips als Ausfluß des Leistungsfähigkeitsprinzips“ gesprochen. Vgl. hierzu J. Lang/Englisch, StuW 2005, 3 (7).

⁶² BVerfG-Beschluss v. 30.09.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88.

trifft, für sich genommen keinen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt ist.⁶³ Es soll genügen, dass die Verluste überhaupt, sei es auch in einem späteren Veranlagungszeitraum, steuerlich genutzt werden können. Der damit verbundene Zinsnachteil wird – was allerdings problematisch erscheint⁶⁴ – offenbar nicht als hinreichend substanzieller Eingriff gewertet.

Jedoch hat der BFH⁶⁵ auch deutlich gemacht, dass die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der „Verluststreckung“ nicht zugleich die Konstellationen erfasst, in denen negative Einkünfte aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr vorgetragen werden können und damit das „Ob“ der Verlustnutzung infrage steht. Letztlich darf die Abzugsfähigkeit von Verlusten nicht in ihrem Kernbereich betroffen und gänzlich ausgeschlossen sein.⁶⁶ In einem Beschluss vom 27.01.2006⁶⁷ meldete der BFH verfassungsrechtliche Bedenken an, wenn der Verlustausgleich gänzlich ausgeschlossen ist, konnte die Frage jedoch mangels konkreter Anhaltspunkte offen lassen.⁶⁸

In mehreren finanzgerichtlichen Entscheidungen zur Mindestbesteuerung für Gewerbesteuerzwecke nach § 10a Satz 2 GewStG wurden diese Überlegung nun jedoch dahin gehend konkretisiert, dass erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift bestehen⁶⁹ bzw. eine sachliche Unbillig-

⁶³ Vgl. u.a. BFH-Urteil v. 11.02.1998 – I R 81/97, BStBl. II 1998, 485; BFH-Beschluss v. 09.05.2001 – XI B 151/00, BStBl. II 2001, 552; BFH-Beschluss v. 06.03.2003 – XI B 7/02, BStBl. II 2003, 516; BFH-Beschluss v. 06.03.2003 – XI B 76/02, BStBl. II 2003, 523; BFH-Beschluss v. 27.01.2006 – VIII B 179/05, BFH/NV 2006, 1150 und BFH-Urteil v. 01.07.2009 – I R 76/08, BFH/NV 2009, 1708. So unlängst auch BFH-Beschluss v. 26.08.2010 – I B 49/10, DStR 2010, 2179.

⁶⁴ Ebenso bspw. Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, 2010, S. 256 f.

⁶⁵ BFH-Beschluss v. 29.04.2005 – XI B 127/04, BStBl. II 2005, 609.

⁶⁶ Vgl. BFH-Urteil v. 11.02.1998 – I R 81/97, BStBl. II 1998, 485 und BFH-Urteil v. 05.06.2002 – I R 115/00, BFH/NV 2002, 1549.

⁶⁷ VIII B 179/05, BFH/NV 2006, 1150.

⁶⁸ Ebenso FG Hessen-Urteil v. 20.09.2010 – 8 K 2285/09, EFG 2011, 260. Hinzuweisen ist noch auf ein Urteil des FG Hamburg, v. 02.07.2010 – 6 K 193/09, BeckRS 2010, 26030320, in dem das FG Hamburg einen Verlustvortrag aufgrund der Wirkung der Mindestbesteuerung als nicht geeignet angesehen hat, die von einer „Zusammenballung“ von Einkünften ausgehende sachliche Unbilligkeit zu rechtfertigen, da die Mindestbesteuerung im Streitfall dazu führte, dass der Verlustvortrag künftig nicht genutzt werden kann und das „in dem Verlustvortragsvolumen enthaltene latente Steuerguthaben [...] nicht eingelöst werden“ kann, was nicht nur eine Zinsbelastung, sondern eine absolute Belastung darstellt.

⁶⁹ Vgl. FG München-Beschluss v. 31.07.2008 – 8 V 1588/08, DStRE 2009, 100, rkr. und FG Hessen-Beschluss v. 26.07.2010 – 8 V 938/10, EFG 2010, 1811, rkr.

keit i.S.d. § 163 Abs. 1 AO vorliegen kann,⁷⁰ wenn ungenutzte Verlustvorträge endgültig untergehen.⁷¹ Das FG München führt in diesem Zusammenhang aus, dass ein verfassungswidriger Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip und das Übermaßverbot vorliegt, wenn ein Gesellschafterwechsel dazu führt, dass ein gewerbesteuerlicher Verlustvortrag nicht „nur“ gestreckt, sondern überhaupt nicht mehr geltend gemacht werden kann.⁷²

Der I. Senat des BFH⁷³ hat diesen Gedanken des endgültigen Verlustuntergangs unlängst explizit auch für Zwecke des körperschaftsteuerlichen Verlustvortrags aufgegriffen und es als ernstlich zweifelhaft angesehen, ob die sog. Mindestbesteuerung (§ 10d EStG) verfassungsrechtlichen Anforderungen auch dann standhält, wenn eine Verlustverrechnung aus rechtlichen Gründen (hier nach § 8c KStG) endgültig ausgeschlossen ist.⁷⁴ Dieser Beschluss, der in einem sog. AdV-Verfahren⁷⁵ ergangen ist, ist höchst bemerkenswert. Der BFH will für die Mindestbesteuerung die Grenze zwischen verfassungs-

⁷⁰ Vgl. FG Berlin-Brandenburg-Urteil v. 15.06.2010 – 6 K 6216/06, EFG 2010, 1576 (Rev. eingelegt – Az. BFH: IV R 29/10).

⁷¹ Anders jedoch ein anderer Senat des FG München mit Urteil v. 04.08.2010 – 1 K 608/07, EFG 2010 1914 (Rev. eingelegt – Az. BFH: IV R 36/10), der im Fall einer Liquidierung einer Flugzeugleasing-Objektgesellschaft einen Verfassungsverstoß durch § 10a Sätze 1 und 2 GewStG verneint, da die Aufgabe des Geschäftsbetriebs nach den Feststellungen des Finanzgerichts nicht zwingend geboten war: „Jedenfalls in einem solchen Fall der bewusst, d.h. hier unter Außerachtlassung einer grundsätzlich wie auch im konkreten Streitfall wirtschaftlich jedenfalls nicht von vorneherein ausgeschlossenen und – soweit ersichtlich – auch zumutbaren Handlungsalternative, vom Steuerpflichtigen selbst gesetzten Ursache für den (teilweisen) Verlust des Verlustvortrages ist jedoch die dargelegte Regelung der Mindestbesteuerung nach Ansicht des Senats jedenfalls noch hinreichend gerechtfertigt [...]“. Allerdings wurde auch in dieser Entscheidung ausdrücklich offengelassen, wie der Fall zu entscheiden gewesen wäre, wenn Gewerbeverluste aus vom Steuerpflichtigen nicht selbst gesetzten tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr vorgetragen werden können.

⁷² Ferner sieht es das FG München als „grob widersprüchlich“ an, wenn eine gemeinsame rechtliche Ursache – wie im Entscheidungsfall der Gesellschafterwechsel – zur zusammengeballten Aufdeckung stiller Reserven führt und der hieraus resultierende außerordentliche Ertrag nur in den Grenzen der Mindestbesteuerung mit Verlusten verrechnet werden kann und die Verluste im Übrigen untergehen.

⁷³ BFH-Beschluss v. 26.08.2010 – I B 49/10, DStR 2010, 2179.

⁷⁴ Ebenso bereits FG Nürnberg-Beschluss v. 17.03.2010 – 1 V 1379/2009, BeckRS 2010, 26028801.

⁷⁵ Eine Entscheidung auf Aussetzung der Vollziehung nach § 69 Abs. 2 FGO ergeht auf Grundlage eines summarischen Verfahrens, d.h. der Prozessstoff (Sachverhalt) muss nicht umfassend ermittelt werden und es reichen ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts aus, woraus sich ein einge-

konformer Verluststreckung und verfassungswidriger Verlustversagung offenbar dort ziehen, wo die Verlustnutzung endgültig nicht mehr möglich ist (sog. Definitiveffekt),⁷⁶ wo also der Mindestbesteuerung „auf der Grundlage eines inneren Sachzusammenhangs bzw. einer Ursachenidentität ... („konkret“) die Wirkung zukommt, den Verlustabzug gänzlich auszuschließen.“⁷⁷

Der BFH hat damit – bei der gebotenen vorläufigen („summarischen“) Prüfung der Rechtslage⁷⁸ – zum Ausdruck gebracht, dass ein endgültiger Untergang von Verlusten z.B. nach § 8c KStG die Mindestbesteuerung gewissermaßen „infiziert“ und diese verfassungswidrig werden lässt. Die Frage, ob der Verlustuntergang nach § 8c KStG seinerseits einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhält, ist nicht unmittelbar entschieden worden. Es liegt jedoch nahe, dass die Rechtsprechung auch insoweit einen Verfassungsverstoß annehmen könnte,⁷⁹ zumal im Entscheidungsfall ja gerade ein von § 8c KStG erfasster Vorgang zum definitiven Verlustuntergang geführt hat.

Verkannt werden darf jedoch nicht, dass die verfassungsrechtlichen Fragen bei der Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG und im Zusammenhang mit dem Verlustuntergangs nach § 8c KStG nicht völlig deckungsgleich sind. In beiden Fällen geht es um eine potenzielle Verletzung des Grundsatzes der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, v.a. in der Ausprägung des interperiodischen Verlustabzugs. Bei § 8c KStG kommt ein möglicher Verstoß gegen das Folgerichtigkeitsgebot hinzu, da partiell das im Körperschaftsteuerrecht geltende Trennungsprinzip durchbrochen wird.⁸⁰ Auf Rechtfertigungsebene geht es für Zwecke des § 8c KStG insbesondere um die Frage der Missbrauchsverhinderung, was bei der Mindestbesteuerung keine entschei-

schränkter Prüfungsumfang ergibt. Vgl. z.B. *Koch*, in: Gräber, FGO, 7. Aufl. 2010, § 69 FGO, Rz. 120 ff.

⁷⁶ Mit dem Gedanken der endgültig nicht mehr nutzbaren Verluste scheint der BFH die Rechtsprechung des EuGH (EuGH-Urteil v. 15.05.2008 – C-414/06, *Lidl Belgium*, IStR 2008, 400 und EuGH-Urteil v. 23.10.2008 – C-157/07, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*, IStR 2008, 769) und des BFH (BFH-Urteil v. 09.06.2010 – I R 107/09, IStR 2010, 663 und BFH-Urteil v. 09.06.2010 – I R 100/09, BStBl. II 2010, 1065) zum „Import“ ausländischer Betriebsstättenverluste aufzugreifen. Vgl. z.B. *Kessler/Philipp*, IStR 2010, 865; *Heurung/Engel*, GmbHR 2010, 1065; kritisch zur *Wannsee*-Entscheidung und den hieraus gezogenen Schlussfolgerungen *Breuninger/Ernst*, DStR 2009, 1981.

⁷⁷ BFH-Beschluss v. 26.08.2010 – I B 49/10, DStR 2010, 2179, Tz. 16.

⁷⁸ Vgl. oben in Fn. 75.

⁷⁹ So explizit auch *Gosch*, BFH-PR 2011, 10 (11).

⁸⁰ Eingehender dazu unter III. 3. a) bb).

dende Rolle spielt. Ob § 8c KStG unter diesem Gesichtspunkt gerechtfertigt werden kann, ist auf Grundlage einer Analyse der Reichweite des Grundtatbestands und der neu geschaffenen Ausnahmebestimmungen zu bestimmen.⁸¹

III. Untergang von Verlusten: Von der Rechtsprechung zum „Mantelkauf“ zur Verlustvernichtungsvorschrift des § 8c KStG

Die Rechtsentwicklung hin zum heutigen § 8c KStG ist, wie im Übrigen auch im Fall der Zinsschranke,⁸² ein Paradebeispiel dafür, wie die steuerliche Sanktionierung eines missbräuchlichen Einzelfalls – hier der Handel mit sog. „Verlustmänteln“ – immer mehr ausuferte und letztlich in eine weit überschießende Regelung gemündet ist.⁸³ Nach zahlreichen gescheiterten Versuchen (siehe unter 1.) wurde mit § 8c KStG schließlich eine Regelung geschaffen, bei der der Gedanke der Missbrauchsverhinderung ursprünglich wohl nur „Deckmantel“ für eine in Wahrheit rein fiskalisch motivierte Gegenfinanzierungs- und Verlustvernichtungsmaßnahme („nur tote Verluste sind gute Verluste“⁸⁴) war.⁸⁵ Zwar hat der Gesetzgeber mittlerweile insbesondere durch die Konzern- und Stille-Reserven-Klausel an einigen Stellen nachgebessert; verbunden ist dies allerdings mit unzähligen Problemen und Ungereimtheiten, was dazu führt, dass die Ausnahmebestimmungen in vielen Konstellationen nicht bzw. nicht vernünftig anzuwenden sind (siehe unter 2.).

⁸¹ Hierzu ausführlicher unter III. 3. a) cc).

⁸² Vgl. dazu *Ernst*, *Gesellschafter-Fremdfinanzierung im deutschen und U.S.-amerikanischen Steuerrecht*, 2010, S. 26 ff. m.w.N.

⁸³ So explizit *Seer*, in: *DStJG* Band 33 (2010), S. 1 (5).

⁸⁴ *Dötsch*, in: *Spindler/Tipke/Rödter* (Hrsg.), *FS Schaumburg*, 2009, S. 253, nach dessen Einschätzung dies vielfach als Leitmotiv der neueren Steuergesetzgebung verstanden wird.

⁸⁵ Die politische Vorgabe für die Unternehmensteuerreform 2008 war, dass die damit verbundenen Steuerausfälle max. € 5 Mrd. betragen dürfen (vgl. Eckpunktepapier v. 12.07.2006, Pressemitteilung des BMF Nr. 88/2006), sodass Kompensationen u.a. für die Absenkung des Körperschaftsteuersatzes (€ 12,5 Mrd.) und die Thesaurierungsbegünstigung (€ 4 Mrd.) erforderlich waren. Vgl. *Hey*, *BB* 2007, 1303. Ebenso bspw. *Gosch*, *BFH/PR* 2009, 148, der in diesem Zusammenhang von „Fiskalhunger“ (ebd., S. 149) spricht. Ferner *Drüen*, *StuW* 2008, 3 (13 m.w.N.); *ders.*, *Ubg* 2010, 543 (546) und *Röder*, *Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht*, 2010, S. 78 und 375. Zu den haushaltspolitischen Implikationen eingehender unter IV. 3.

Vor dem Hintergrund des immer noch zu weiten Anwendungsbereichs des § 8c KStG spricht viel dafür, dass die Vorschrift die verfassungsrechtlichen Vorgaben nach wie vor nicht erfüllt. Selbst bei unterstellter Verfassungsmäßigkeit verbleibt der Befund, dass das Regime des § 8c KStG einen derart hohen Komplexitätsgrad erreicht hat, dass in der Praxis eine rechtssichere Anwendung oftmals gar nicht möglich ist (siehe unter 3.). Beide Gesichtspunkte sollten den Gesetzgeber auf den Plan rufen und zumindest zu einem (erneuten) Nachbessern, besser jedoch zu einem kompletten Überdenken bzw. einer kompletten Neuausrichtung des Verlustnutzungs-Regimes führen.

1. Historie der Rechtsentwicklung zum sog. „Mantelkauf“

a) Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs / Bundesfinanzhofs

Ausgangspunkt war die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs⁸⁶ und später des Bundesfinanzhofs⁸⁷ zum sog. „Mantelkauf“, die stark missbrauchsgetrieben war. Unter einem Mantelkauf versteht man im steuerlichen Kontext den Erwerb einer Kapitalgesellschaft, die zwar keinen Geschäftsbetrieb und kein nennenswertes Betriebsvermögen mehr besitzt, allerdings über steuerliche Verlustvorträge verfügt, die der Erwerber für sich nutzbar machen will.⁸⁸ Die Rechtsprechung forderte hier als Voraussetzung für eine Verlustnutzung durch den Erwerber eine rechtliche und wirtschaftliche Identität zwischen demjenigen, der den Verlust erlitten hat, und demjenigen, der den Verlust steuerlich geltend macht. Fehlt es hieran, wird eine missbräuchliche Gestaltung unterstellt. Es wird angenommen, der Erwerb des Verlustmantels habe allein dem Zweck gedient, dem Erwerber den Steuervorteil aus der Nutzung solcher Verluste einzuräumen, die er wirtschaftlich nicht selbst getragen hat.

Eine Kapitalgesellschaft – wie eine GmbH oder eine AG – ist für Körperschaft- und Gewerbesteuerzwecke jeweils ein eigenständiges Steuersubjekt. Für die Frage ihrer Identität ist daher grundsätzlich auf die Gesellschaft selbst und nicht auf die dahinterstehenden Anteilseigner abzustellen, sodass die rechtliche Identität auch im Fall des Mantelkaufs grundsätzlich gewahrt ist. Dies sollte nach der Rechtsprechung für eine Verlustnutzung jedoch

⁸⁶ Vgl. RFH-Urteil v. 12.05.1936 – I A 84/36, RStBl. 1936, 789 (zit. nach BFH-Urteil v. 08.01.1958 – I 131/57 U, BStBl. III 1958, 97).

⁸⁷ Vgl. z.B. BFH-Urteil v. 15.02.1966 – I 112/63, BStBl. III 1966, 289; BFH-Urteil v. 17.05.1966 – I 141/63, BStBl. III 1966, 513; BFH-Urteil v. 19.12.1973 – I R 137/71, BStBl. II, 1974, 181.

⁸⁸ Vgl. z.B. Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, 2010, S. 74.

dann nicht ausreichend sein, wenn die Identität der Kapitalgesellschaft nur rein formal gewahrt war, wirtschaftlich gesehen jedoch die Gesellschaft ihr „persönliches und sachliches Substrat“⁸⁹ wesentlich geändert hat:

„Durch den Verlustabzug bei der Körperschaftsteuer sollen Erträge und Verluste des nach außen in Erscheinung tretenden, zweckbestimmten, betrieblichen Organismus der Körperschaft innerhalb eines längeren Zeitraums ausgeglichen werden. Bei Anwendung des § 10d EStG auf eine Körperschaft wird die Personengleichheit aber zweifelhaft, wenn einerseits die bürgerlich-rechtliche Rechtspersönlichkeit mangels eines Geschäftsbetriebs und eines ins Gewicht fallenden Vermögens nur noch eine zur Abwicklung notwendige, im Hinblick auf eine wirtschaftliche Betätigung aber bedeutungslose Form darstellt, andererseits der praktisch bedeutungslos gewordene Mantel der Kapitalgesellschaft durch Zuführung neuen Vermögens durch neu eintretende Gesellschafter eine völlig anders geartete Zweckbestimmung und Organisation erhält, ohne daß von einer organischen Fortentwicklung und Überleitung zu einem anderen Gegenstand des Unternehmens im Interesse der Körperschaft und ihrer Gläubiger die Rede sein kann.“⁹⁰

Ursprünglich kam eine Versagung der Verlustnutzung also nur dann in Betracht, wenn (i) ein bloßer „Mantel“ vorlag, d.h. die Kapitalgesellschaft abwicklungs- bzw. löschungsreif war, (ii) neue Gesellschafter hinzugetreten sind, (iii) diese der Gesellschaft Vermögen zuführten und (iv) die Gesellschaft dadurch eine neue Identität erhielt. Wenngleich diese Begrifflichkeiten in hohem Maße unbestimmt und daher streitanfällig waren, hatte der Zweck der Missbrauchsverhinderung hier noch klare Konturen. Verhindert werden sollte der Handel mit reinen „Verlustmänteln“, da der Steuervorteil aus der Nutzung „fremder“ Verluste als unbillig angesehen wurde. Nur für diesen eng begrenzten Ausnahmefall wurde die grundsätzlich anerkannte Trennung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter durchbrochen.

b) Aufgabe der Mantelkauf-Rechtsprechung

Der Bundesfinanzhof gab diese Rechtsprechung allerdings mit drei Urteilen vom 29.10.1986⁹¹ auf, da das Tatbestandsmerkmal der wirtschaftlichen Identität weder dem Wortlaut noch dem Zweck des § 10d EStG entnommen wer-

⁸⁹ BFH-Urteil v. 15.02.1966 – I 112/63, BStBl. III 1966, 289.

⁹⁰ BFH-Urteil v. 15.02.1966 – I 112/63, BStBl. III 1966, 289.

⁹¹ BFH-Urteil v. 29.10.1986 – I R 202/82, BStBl. II 1987, 308; BFH-Urteil v. 29.10.1986 – I R 318-319/83, BStBl. II 1987, 310 und BFH-Urteil v. 29.10.1986 – I R 271/83, BFH/NV 1987, 266.

den könne. Neben dem Wortlautargument lässt sich der BFH in den beiden Entscheidungen insbesondere auch von dem zutreffenden Gedanken leiten, dass eine Verlustnutzung in jedem Fall insoweit anzuerkennen ist, als die Verlustgesellschaft über stille Reserven verfügt:

„Hätte die Klägerin zum 31. Dezember 1973 ihren Verlustbetrieb verkauft, so hätte sie die darin ruhenden stillen Reserven aufdecken und mit den Verlusten früherer Jahre ausgleichen können. Wenn sie statt dessen den Geschäftsbetrieb einer anderen Gesellschaft übernahm, so bedeutet dies u.a., daß irgendwann in der Zukunft die in der Vergangenheit in dem Verlustbetrieb angewachsenen stillen Reserven von der Klägerin zu versteuern sein werden, ohne daß sie sich dann auf das Fehlen einer wirtschaftlichen Identität berufen könnte. Es ist deshalb nur konsequent, ihr auch den Verlustabzug zu gewähren.“⁹²

Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen, da kein missbräuchlicher „Verlusthandel“ droht, soweit die Gesellschaft über un versteuerte stille Reserven verfügt. Insoweit könnte die Gesellschaft „ihre“ Verlustvorträge (in den Grenzen der sog. Mindestbesteuerung⁹³) selbst nutzen. Ein Erwerber, der an dem aus der Nutzung der Verluste resultierenden Steuervorteil interessiert ist, wird bei seiner Kalkulation den Steuernachteil aus den un versteuerten stillen Reserven zum Abzug bringen und insoweit keinen Aufschlag für die Verlustvorträge bezahlen. In dieser Konstellation ergibt sich überhaupt kein Missbrauchspotenzial. Umso bemerkenswerter ist, dass der daraufhin eingeführte § 8 Abs. 4 KStG keinen entsprechenden Carve-out vorsah und auch § 8c KStG erst Ende 2009⁹⁴ um eine entsprechende Verschonungsregelung (sog. Stille-Reserven-Klausel, § 8c KStG Abs. 1 Satz 6 ff.) ergänzt wurde.

⁹² BFH-Urteil v. 29.10.1986 – I R 202/82, BStBl. II 1987, 308.

⁹³ Vgl. hierzu ausführlich mit Überlegungen de lege ferenda *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010).

⁹⁴ Im Zuge des sog. Wachstumsbeschleunigungsgesetzes (Gesetz v. 22.12.2009, BGBl. I 2009, 3950). Zur erstmaligen Anwendbarkeit vgl. § 34 Abs. 7b Satz 2 KStG. Die im Rahmen des sog. MoRaKG (Gesetz v. 12.08.2008, BGBl. I 2008, 1672) vorgesehene Stille-Reserven-Klausel bei Beteiligungen an Wagniskapitalgesellschaften, die in der Praxis wohl ohnehin in einer ganz überwiegenden Anzahl der Fälle leergelaufen wäre (vgl. *Breuninger/Ernst*, FR 2008, 659 [663]), ist nach einer sog. Negativentscheidung der Europäischen Kommission vom 30.09.2009 (IP/09/1449) nie in Kraft getreten (ausführlich dazu *Dörr*, NWB 2009, 3499). Siehe dazu unten unter III. 2. b) bb).

**c) Spätere Reaktion des Gesetzgebers: Einführung von § 8 Abs. 4 KStG
(und § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F.)**

Nach Aufgabe der Mantelkauf-Rechtsprechung war der Handel mit Verlustmänteln zunächst überhaupt keinen Beschränkungen unterworfen. Erst im Rahmen des Steuerreformgesetzes 1990⁹⁵ schuf der Gesetzgeber mit § 8 Abs. 4 KStG schließlich eine Regelung, die die ursprüngliche Rechtslage gesetzlich normieren sollte und die Verlustnutzung bei Körperschaften vom Erhalt der wirtschaftlichen Identität abhängig machte.⁹⁶ Die Vorschrift lief jedoch de facto leer,⁹⁷ da sie nur bei Wiederaufnahme eines vorher komplett eingestellten Geschäftsbetriebs zum Tragen kam und bereits ein „auf Sparflamme“ weiterbetriebenes Geschäft ausreichte, eine Gesellschaft mit Verlustvorträgen frei veräußern zu können. Unter dem Regime des ursprünglichen § 8 Abs. 4 KStG kann also tatsächlich von einer „Mantelkauf-liberalen“ Zeit gesprochen werden.

Zu Einschränkungen für die Übertragbarkeit von Verlustmänteln kam es erst, als der Gesetzgeber im Zuge des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform⁹⁸ die Regelung verschärfte. Mit Wirkung zum Veranlagungszeitraum 1997⁹⁹ wurde das Regelbeispiel in Satz 2 der Vorschrift dahin gehend geändert, dass von einem Verlust der wirtschaftlichen Identität bereits dann auszugehen sei, wenn mehr als die Hälfte der Anteile an der Verlust-Kapitalgesellschaft übertragen werden und die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen fortführt oder wieder aufnimmt. Eine komplette Einstellung war also nicht länger erforderlich; Verluste konnten jetzt auch dann untergehen, wenn ein laufender Betrieb übernommen wurde. Ferner wurde mit § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG ein Privileg für Sanierungen geschaffen, wonach die Zuführung neuen Betriebsvermögens dann unschädlich war, wenn sie allein der Sanierung des

⁹⁵ Gesetz v. 25.07.1988, BStBl. I 1988, 1093.

⁹⁶ Gem. § 54 Abs. 6 KStG a.F. war die Vorschrift auch für vor dem 1. Januar 1990 beginnende Veranlagungszeiträume anzuwenden, wenn die Rechtsgeschäfte, die zu dem Verlust der wirtschaftlichen Identität geführt haben, nach dem 23. Juni 1988 abgeschlossen worden sind.

⁹⁷ Vgl. z.B. *Orth*, FR 2004, 613 (617); *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG, Rz. 23 und *ders.*, in: *Spindler/Tipke/Rödter* (Hrsg.), FS Schaumburg, 2009, S. 253 (255).

⁹⁸ Gesetz v. 29.10.1997, BGBl. I 1997, 2590.

⁹⁹ Ist der Verlust der wirtschaftlichen Identität erstmals im Jahr 1997 vor dem 6. August eingetreten, galt § 8 Abs. 4 KStG n.F. erstmals für den VZ 1998, § 34 Abs. 4 Satz 2 KStG.

Geschäftsbetriebs diene und die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb in einem vergleichbaren Umfang für fünf Jahre fortführte.

Bereits diese Verschärfung der Rechtslage wurde – wie später auch die Ersetzung durch § 8c KStG¹⁰⁰ – damit begründet, dass der Gesetzgeber durch Verlustnutzungen das Steueraufkommen gefährdet sah.¹⁰¹ Die Neufassung wurde im Gesetzgebungsverfahren als Einschränkung von Missbrauchsmodellen beim Mantelkauf bezeichnet, wodurch solchen Verlustkaufmodellen entgegengewirkt werden sollte, „bei denen Verluste anderer Firmen rein steuerlich genutzt werden“.¹⁰² In der Literatur war der genaue Gesetzeszweck umstritten. Überwiegend wurde die Vorschrift als spezielle Missbrauchsverhinderungsvorschrift angesehen.¹⁰³ Nach Auffassung des BFH¹⁰⁴ ist das Primärziel der Vorschrift, den Handel mit GmbH-Mänteln und vortragsfähigen Verlusten zu unterbinden.

Für Fälle der Verschmelzung wurde mit § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. aus ähnlichen Überlegungen eine vergleichbare Vorschrift geschaffen.¹⁰⁵ Anders als bei § 8 Abs. 4 KStG wurde hier für den Übergang des Verlusts von der übertragenden auf die übernehmende Körperschaft jedoch nicht auf das neu zugeführte Betriebsvermögen, sondern auf ein Fortführen des verlustverursachenden Betriebs- oder Betriebsteils in einem vergleichbaren Umfang über einen Zeitraum von fünf Jahren abgestellt (also ähnlich wie in der Sanierungsklausel in § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG).¹⁰⁶

¹⁰⁰ Vgl. dazu die Nachweise oben in Fn. 85.

¹⁰¹ Vgl. *Dötsch*, DB 1999, Beilage Nr. 8, S. 3.

¹⁰² Berichterstatterin *Simon* in der 715. Bundesratssitzung am 05.09.1997, ausweislich des Sitzungsprotokolls, zitiert nach *Brendt*, in: *Erle/Sauter* (Hrsg.), KStG, 2003, § 8 KStG, Rz. 384, Fn. 822.

¹⁰³ *Stv.* die Nachweise bei *Kleinheisterkamp*, in: *Lenski/Steinberg*, GewStG, § 10a GewStG, Rz. 208 ff.

¹⁰⁴ BFH-Urteil v. 20.08.2003 – I R 61/01, BStBl. II 2004, 616 und BFH-Urteil v. 20.08.2003 – I R 81/02, BStBl. II 2004, 614.

¹⁰⁵ Für Spaltungsfälle fanden sich in § 15 Abs. 4 UmwStG a.F. ergänzende Regelungen.

¹⁰⁶ Die Vorschrift wurde im Zuge des SEStEG (Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften – SEStEG v. 07.12.2006, BGBl. I 2006, 2782) aus offenbar rein fiskalischen Gründen gestrichen, da ein andernfalls (angeblich) drohender „Import“ ausländischer Verluste durch grenzüberschreitende Verschmelzungen ausgeschlossen werden sollte (vgl. hierzu BMF-Pressemitteilung Nr. 89/2006 v. 12.07.2006; ebenso *Rödder*, in: *Rödder/Herlinghaus/van Lishaut*, UmwStG, 2008, § 12 UmwStG, Rz. 107). Im Sinne einer „Gleich-Schlechtbehandlung“ wurden reine Inlandsfälle mit erfasst. In der Literatur war die Streichung der Vorschrift zu Recht erheblicher Kritik ausgesetzt, vgl. bspw. *Rödder/Schumacher*, DStR 2006,

d) „Scherbenhaufen“ nach Auslegung des § 8 Abs. 4 KStG durch die Rechtsprechung

Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es, zu verhindern, dass Verlustvorträge entgegen der Zielsetzung des § 10d EStG durch Veräußerung der Geschäftsanteile (oder durch Umwandlungsvorgänge) im wirtschaftlichen Ergebnis verkauft bzw. übertragen werden können.¹⁰⁷ Grundsätzlich ist nichts dagegen einzuwenden, Fälle des missbräuchlichen Verlusthandels durch eine gesetzliche Regelung zu erfassen, die hierzu zu einem gewissen Grad wohl auch typisieren muss, um eine rechtssichere Anwendbarkeit zu gewährleisten. Es fragt sich jedoch, ob das Kriterium der Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens hierfür tatsächlich geeignet war.

Denn nimmt man den Gesetzgeber beim Wort, verwundert es zunächst einmal, dass keine der Vorschriften eine Verschonungsregel bei stillen Reserven enthielt, da in Höhe der un versteuerten stillen Reserven ein Verlusthandel ja gerade nicht in Betracht kommt. Vielmehr wurde mit § 8 Abs. 4 KStG eine Regelung geschaffen, die durch die Verwendung unbestimmter Tatbestandsmerkmale „in hohem Maße auslegungsbedürftig, aber nur begrenzt auslegungsfähig“¹⁰⁸ war. Der Telos der Vorschrift, die Verlustnutzung vom Erhalt der wirtschaftlichen Identität abhängig zu machen, kam im Wortlaut der Vorschrift nur unzureichend zum Ausdruck, da auf das Merkmal der Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens und nicht – wie beispielsweise für Zwecke der Parallelregelung in § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. – auf die Fortführung des Betriebs in einem vergleichbaren Umfang abgestellt wurde. Zum Teil ergaben sich bei wortlautgetreuer Auslegung unsinnige Resultate.¹⁰⁹ Die Entwicklung der Rechtsprechung zu § 8 Abs. 4 KStG belegt diese Problematik deutlich, zumal der BFH offenbar nicht gewillt war bzw. sich aus methodischen Gründen nicht in der Lage sah, die formalen Tatbestandsvoraussetzungen stärker im Lichte des „missbrauchszentrierten“ Regelungszwecks der Vorschrift auszulegen.¹¹⁰

- Nach der Rechtsprechung¹¹¹ sind Anteilübertragungen innerhalb eines Konzerns schädlich, obwohl die Verluste nach wie vor derselben Kon-

1525 (1533); *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt, KStG/UmwStG, § 12 UmwStG (SE-StEG)*, Rz 51 m.w.N. und *Körner*, IStR 2006, 470.

¹⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 11/2157, S. 171.

¹⁰⁸ *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG*, Rz. 25.

¹⁰⁹ Vgl. z.B. *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8c KStG*, Rz. 2 und *ders.*, in: *Spindler/Tipke/Rödter (Hrsg.)*, FS Schaumburg, 2009, S. 253 (257).

¹¹⁰ Stv. *Gosch*, DStR 2003, 1917.

¹¹¹ Vgl. BFH-Urteil v. 20.08.2003 – I R 81/02, BStBl. II 2004, 614.

zernobergesellschaft zuzuordnen sind und ein „Verlusthandel“ gar nicht stattgefunden hat.

- Mittelbare Anteilsübertragungen sind nicht von § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG erfasst;¹¹² ein schädlicher Anteilswechsel scheidet demnach allein dadurch aus, dass nicht die Anteile an der Verlustgesellschaft, sondern die Anteile an „ihrer“ Muttergesellschaft veräußert werden.¹¹³
- Hinsichtlich der Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen stellt der BFH auf eine sog. gegenständliche Betrachtungsweise ab.¹¹⁴ Dies bedeutet zum einen, dass das Betriebsvermögen nicht – wie man dem Begriff „Zuführung“ eigentlich entnehmen könnte – zwingend „von außen“ über Einlagen oder Fremdkapital finanziert werden muss, sondern auch aus selbst erwirtschafteten Mitteln (Innenfinanzierung) erworben werden kann.¹¹⁵ Eine saldierende Betrachtungsweise findet nicht statt. Vielmehr ist auf die Netto-Vermögenszuführung abzustellen. Ob auch Umschichtungen im Umlaufvermögen mit erfasst werden, ist nicht abschließend geklärt. Der BFH hat dies jedenfalls dann bejaht, wenn ein Branchenwechsel vorliegt.¹¹⁶ Im Extremfall kann sich eine schädliche Betriebsvermögenszuführung demnach schon allein daraus ergeben, dass Gewinne dazu genutzt werden, Wirtschaftsgüter zu ersetzen; bezieht man das Umlaufvermögen mit ein, reicht sogar bereits der „normale“ Geschäftsbetrieb aus. Mit einem Verlust der wirtschaftlichen Identität als Anknüpfungspunkt für einen Missbrauchsvorwurf hat dies nichts zu tun.

Zurück blieb bei § 8 Abs. 4 KStG ein „Scherbenhaufen“, der eine am Sinn und Zweck der Vorschrift orientierte Rechtsanwendung nahezu unmöglich machte und den Ruf nach einer Neuregelung laut werden ließ – aus Sicht der Finanzverwaltung, der die Beschränkung auf unmittelbare Anteilsübertra-

¹¹² BFH-Urteil v. 20.08.2003 – I R 61/01, BStBl. II 2004, 616.

¹¹³ Grds. betrifft dies nur bestehende Beteiligungsstrukturen, da die Zwischenschaltung einer Holdinggesellschaft zunächst einmal eine schädliche unmittelbare Anteilsübertragung darstellt, vgl. *Roser*, in: Gosch (Hrsg.), KStG, 2. Aufl. 2009, § 8, Rz. 1417 ABC „Mittelbare Anteilsübertragung“.

¹¹⁴ Vgl. BFH-Urteil v. 08.08.2001 – I R 29/00, BStBl. II 2002, 392; BFH-Urteil v. 05.06.2007 – I R 9/06 BStBl. II 2008, 988; BFH-Urteil v. 05.06.2007 – I R 106/05, BStBl. II 2008, 986.

¹¹⁵ Der BFH hält daran in der Entscheidung vom 05.06.2007 – I R 106/05, BStBl. II 2008, 986 jedenfalls für den Fall des Branchenwechsels fest.

¹¹⁶ BFH-Urteil v. 05.06.2007 – I R 9/06 BStBl. II 2008, 988. Vgl. auch *Dötsch*, in: Gocke/Lang (Hrsg.), FS Wassermeyer, 2005, S. 113 (126 ff.). Kritisch zur BFH-Rechtsprechung die Anm. von *Breuninger/Frey/Schade*, GmbHR 2007, 1163 und *dies.*, GmbHR 2008, 52.

gungen ein Dorn im Auge war und ebenso aus Sicht der Steuerpflichtigen (bzw. deren Interessenvertretern), da die Unsicherheiten, welche Betriebsvermögenszuführungen als schädlich anzusehen sind, für eine verlässliche Rechtsanwendung kaum noch hinzunehmen waren.

Die Parallelvorschrift des § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. stellte mit dem Erfordernis einer mindestens fünfjährigen Fortführung des verlustverursachenden Betrieb(teil)s in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang ebenfalls auf auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmale ab. Auch hier ergaben sich zahlreiche Einzelfragen.¹¹⁷ Dies erschwerte zwar stellenweise die Rechtsanwendung, führte jedoch bei Weitem nicht zu derart unbilligen und willkürlichen Ergebnissen wie beim Kriterium der Betriebsvermögenszuführung für Zwecke des § 8 Abs. 4 KStG. Zwar wurde zwischenzeitlich auch § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. abgeschafft, jedoch aus gänzlich anderen Erwägungen.¹¹⁸ Keinesfalls war dessen Grundkonzeption derart grundlegend gescheitert; man hätte etwa durchaus darüber nachdenken können, das Tatbestandsmerkmal der Betriebsfortführung in vergleichbarem Umfang in eine „neue“ Mantelkaufregelung zu integrieren, zumal ja bereits die Sanierungsklausel in § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG ebenfalls hierauf abstellte.

e) **Gegenreaktion: Mechanische Verlustvernichtung durch § 8c KStG**

Der Gesetzgeber entschied sich dazu, das Regime zur Verlustnutzung bzw. zum Verlustuntergang bei Kapitalgesellschaften völlig neu zu regeln. Nach offizieller Lesart lag der Grund in den erheblichen Problemen bei der Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG. Aus Sicht der Finanzverwaltung als „Einflüsterer“ des Gesetzgebers ist damit wohl v.a. die Beschränkung auf unmittelbare Anteilsübertragungen gemeint.

Im Zuge des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008¹¹⁹ wurde folglich mit § 8c KStG eine Vorschrift geschaffen,¹²⁰ die einen Untergang der Verlustvorträge nicht mehr kumulativ an entsprechende Anteilsübertragungen und

¹¹⁷ Stv. Rödder, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 2008, § 12 UmwStG, Rz. 106 m.w.N. unter Fn. 4.

¹¹⁸ Grund war hierfür die Angst vor „importierten“ Auslandsverlusten durch Hineinverschmelzungen nach Deutschland. Siehe oben unter Fn. 106.

¹¹⁹ Gesetz v. 14.08.2007, BStBl. I 2007, 1912.

¹²⁰ Für Anteilsübertragungen, die vor dem 31.12.2007 begonnen haben, ordnet § 34 Abs. 6 Satz 3 KStG jedoch die Weitergeltung des § 8 Abs. 4 KStG an, die sich im Extremfall bis zum 31.12.2017 erstrecken kann. Vgl. BMF-Schreiben v. 04.07.2008, BStBl. I 2008, 736, Rz. 37.

Betriebsvermögenszuführungen knüpft, sondern allein einen „schädlichen“ Anteilseignerwechsel ausreichen lässt. Der Gesetzgeber war offenbar von der Entwicklung der Rechtsprechung zu § 8 Abs. 4 KStG derart „traumatisiert“, dass jegliches Auslegungspotenzial vermieden werden sollte. In der Gesetzesbegründung¹²¹ hieß es dazu:

„Die geltende Mantelkaufregelung, die die ungerechtfertigte Nutzung und den Handel mit Verlustvorträgen verhindern soll, ist kompliziert und gestaltungsanfällig. Für den vollständigen oder teilweisen Wegfall des Verlustvortrags wird daher künftig nur noch darauf abgestellt, ob ein neuer Anteilseigner maßgebend auf die Geschicke der Kapitalgesellschaft einwirken kann und es so prinzipiell in der Hand hat, die Verwertung der Verluste zu steuern. [...] Die Neuregelung des § 8c über den Verlustabzug nach § 10d EStG bei einer Körperschaft vereinfacht die Rechtsanwendung. [...] Die streitige Tatbestandsvoraussetzung ‚Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens‘ wird aufgegeben. Maßgebliches Kriterium für die Verlustabzugsbeschränkung ist künftig der Anteilseignerwechsel.“

Allerdings wäre es bei Weitem „zu kurz gegriffen“, wenn man die Neuregelung allein mit dem Gedanken der Rechtsvereinfachung begründen bzw. § 8c KStG als Fortentwicklung des Konzepts der wirtschaftlichen Identität verstehen will.¹²² Vielmehr dürfte die neu konzipierte Vorschrift des § 8c KStG eindeutig (und wohl ausschließlich) fiskalisch motiviert gewesen sein, um Steuermehreinnahmen zur Gegenfinanzierung u.a. der Senkung des Körperschaftsteuersatzes zu generieren.¹²³ So stellt § 8c KStG in seinem Grundfall eine rein mechanisch wirkende „Verlustvernichtungsvorschrift“ dar, deren Anwendungsbereich erheblich weiter ist als die stellenweise bereits sehr extensive Altregelung in § 8 Abs. 4 KStG.

§ 8c KStG bestimmt in seiner „Urfassung“ die wirtschaftliche Identität allein anhand der Anteilseigner, ohne auf die Zusammensetzung des Betriebsvermögens der Verlustgesellschaft abzustellen. Werden – vereinfacht gesagt – innerhalb eines Zeitraumes von fünf Jahren mehr als 25 % an einer Kapitalgesellschaft¹²⁴ unmittelbar oder mittelbar an einen Erwerber, an nahestehende Personen oder an eine Erwerbergruppe mit gleichgerichteten

¹²¹ Gesetzentwurf v. 27.03.2007, BT-Drs. 16/4841, S. 34 f. bzw. S. 75 f.

¹²² So aber die Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/4841, S. 34 f. bzw. S. 75 f.

¹²³ Siehe die Nachweise oben in Fn. 85. Zu den haushaltspolitischen Implikationen bei § 8c KStG eingehender unter IV. 4.

¹²⁴ Der Gesetzeswortlaut knüpft alternativ an 25% des gezeichneten Kapitals der Mitgliedschafts-, Beteiligungs- oder Stimmrechte an.

Interessen übertragen, sind bereits allein deshalb die bis dahin nicht genutzten laufenden Verluste und Verlustvorträge *anteilig* nicht mehr abziehbar (§ 8c Abs. 1 Satz 1 KStG). Werden mehr als 50 % in entsprechender Weise übertragen, gehen die bestehenden Verluste und Verlustvorträge sogar *vollständig* unter (§ 8c Abs. 1 Satz 2 KStG). Bereits der gesetzliche Tatbestand ist sehr weitgehend, indem z.B. neben Anteilsübertragungen auch vergleichbare Sachverhalte erfasst sind und ein Erwerberkreis mit gleichgerichteten Interessen als ein Erwerber behandelt wird. Damit wurde ein Grundproblem des „alten“ § 8 Abs. 4 KStG gewissermaßen in den „neuen“ § 8c KStG importiert, nämlich auslegungsbedürftige und damit streitanfällige Tatbestandsmerkmale. Dieser Auslegungsrahmen wurde von der Finanzverwaltung in einem Anwendungsschreiben¹²⁵ zu § 8c KStG zulasten des Steuerpflichtigen weitgehend ausgeschöpft, stellenweise wohl sogar überschritten.¹²⁶ Mit dem Jahressteuergesetz 2009¹²⁷ wurde der Anwendungsbereich des § 8c KStG ferner – eigentlich systemwidrig und ebenfalls ausschließlich fiskalisch motiviert¹²⁸ – auf die Gewerbesteuer für kapitalistische Personengesellschaften ausgeweitet¹²⁹ und eine Nutzung von Verlusten durch rückwirkende Umwandlungsvorgänge eingeschränkt¹³⁰.

f) **Nachbesserungen bei § 8c KStG**

In seiner relativ jungen Historie hat § 8c KStG bereits zahlreiche gesetzgeberische Änderungen erfahren.¹³¹ Allein die schiere Quantität ist schon bezeichnend. Noch viel mehr belegt jedoch die Art und Weise der Modifikationen, dass mit § 8c KStG eine viel zu weitgehende und teilweise widersinnige Verlustvernichtungsvorschrift geschaffen wurde. Sie ist nicht nur verfassungsrechtlich höchst problematisch, sondern führt auch zu Ergebnissen, die betriebs- und volkswirtschaftlich kontraproduktiv sind, da durch § 8c KStG

¹²⁵ BMF-Schreiben v. 04.07.2008 – IV C 7-S 2745-a/08/10001, BStBl. I 2008, 736.

¹²⁶ Z.B. bei der Frage, was als sog. „vergleichbarer Sachverhalt“ anzusehen ist bzw. wie mit unterjährigen Anteilseignerwechseln umzugehen ist, vgl. stv. *Dötsch/Pung*, DB 2008, 1703; *van Lishaut*, FR 2008, 789 und *Sistermann/Brinkmann*, BB 2008, 1928.

¹²⁷ Gesetz v. 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794.

¹²⁸ Ebenso z.B. *Kleinheisterkamp*, in: *Lenski/Steinberg*, GewStG, § 10a GewStG, Rz. 78.

¹²⁹ § 10a Satz 10 GewStG; hierzu z.B. *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian*, BB 2009, 580 (581 ff.).

¹³⁰ § 2 Abs. 4 UmwStG; vgl. bspw. *Rödter/Schönfeld*, DStR 2009, 560; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2008, 2455 und *Suchanek*, Ubg 2009, 178.

¹³¹ Vgl. für einen Überblick z.B. *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8c KStG, Rz. 4.

in seiner Grundform gerade wachstumsstarke und innovative Unternehmen benachteiligt, Krisensituationen verstärkt, die Rettung angeschlagener Unternehmen erschwert und ineffiziente Unternehmensstrukturen „in Beton gegossen“ werden.¹³²

- Junge Unternehmen in Wachstumsphasen sind von § 8c KStG in besonderem Maße betroffen, da Anlaufverluste nahezu unvermeidbar sind und diese Unternehmen oftmals auf Risikokapital von außen (Venture Capital) angewiesen sind. Der Einstieg externer Geldgeber (Business Angels) sollte nicht daran scheitern, dass vorhandene Verluste dadurch teilweise oder vollständig vernichtet werden würden. Die Gesetzesinitiative zur Förderung von Wagniskapitalbeteiligungen (Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen – MoRaKG¹³³) beinhaltete u.a. branchenspezifische Ausnahmebestimmungen zu § 8c KStG. Um „den Belangen junger und forschungsintensiver Unternehmen Rechnung“¹³⁴ zu tragen, sollte § 8c KStG um einen neuen Absatz 2 ergänzt werden, wonach – vereinfacht gesagt – beim unmittelbaren Erwerb einer qualifizierten Zielgesellschaft Verlustvorträge in Höhe der inländischen stillen Reserven erhalten bleiben und in den folgenden fünf Jahren anteilig abgezogen werden können. Wenngleich der tatsächliche Anwendungsbereich der Vorschrift sehr eng war,¹³⁵ brachte der Gesetzgeber damit doch zweierlei zum Ausdruck. Nämlich zum einen, dass § 8c KStG gerade bei Unternehmen im Gründungsstadium und/oder in innovativen Bereichen eine echte „Wachstumsbremse“ darstellt. Und zum anderen, dass der Gesetzgeber offenbar von dem verfehlten Verständnis ausging, das Recht auf Verlustabzug sei eine Art Steuersubvention, die zur Förderung bestimmter Branchen beliebig gewährt werden könne.¹³⁶ Die Regelung stand unter Beihilfevorbehalt und ist nach einer Negativentscheidung der Europäischen Kommission vom 30.09.2009¹³⁷ nie in Kraft getreten.¹³⁸

¹³² Explizit z.B. *Roser*, DStR 2008, 77 (79 f.).

¹³³ Gesetz v. 12.08.2008, BGBl. I 2008, 1672.

¹³⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung v. 07.09.2007, BT-Drs. 16/6311.

¹³⁵ Vgl. bspw. *Breuninger/Ernst*, FR 2008, 659 (663).

¹³⁶ Ebenso *Thiel*, in: *Spindler/Tipke/Rödder* (Hrsg.), FS Schaumburg, 2009, S. 515 (536).

¹³⁷ Entscheidung über die Beihilferegelung C 2/2009 (ex N 221/2008 und N 413/2008) v. 30.09.2009, IP/09/1449.

¹³⁸ Ausführlich *Dörr*, NWB 2009, 3499.

- Der sanierungsfeindliche und krisenverschärfende Charakter von § 8c KStG trat im Zuge der seit Herbst 2008 andauernden weltweiten Finanz- und Wirtschaftskrise besonders deutlich zutage.¹³⁹ Indem interne Umstrukturierungen oder die Beteiligungen externer Investoren oftmals nur mit einem Untergang der Verlustvorträge erkauf werden können, erschwerte oder verhinderte § 8c KStG Maßnahmen zur Rettung angeschlagener Unternehmen. Der Gesetzgeber reagierte darauf kurzfristig im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungs(fonds)gesetzes.¹⁴⁰ § 14 Abs. 3 FMStFG sieht vor, dass § 8c KStG für Anteilserwerbe durch den Finanzmarktstabilisierungsfonds (SoFFin) und Rückerwerbe von dem Fonds bzw. andere Stützungsmaßnahmen dispensiert wird.¹⁴¹ Der Gesetzgeber machte dadurch – fiskalisch nicht ganz uneigennützig – deutlich, dass er selbst § 8c KStG als Hindernis für sinnvolle Sanierungsmaßnahmen ansieht.¹⁴² Zu Recht wurde darauf hingewiesen, dass die völlige Untauglichkeit des ursprünglichen § 8c KStG spätestens dadurch belegt war, dass der Gesetzgeber die von „seinem“ Staatsfonds erworbenen Unternehmen vom Verlustuntergang ausnimmt, während der Anteilseignerwechsel in allen anderen Fällen weiter schädlich sein sollte.¹⁴³

Vor diesem Hintergrund war es nur konsequent, dass die Vorschrift im Zuge des sog. Bürgerentlastungsgesetzes¹⁴⁴ mit § 8c Abs. 1a KStG um eine (lang erwartete¹⁴⁵) allgemeine Sanierungsklausel erweitert wurde, die allerdings – anders als § 14 Abs. 3 FMStG für den „staatseigenen“ Rettungsfonds – den Verlusterhalt von zahlreichen Zusatzvoraussetzungen abhängig macht. Die ursprünglich zeitlich befristete Sanierungsklausel wurde später¹⁴⁶ zwar „entfristet“, allerdings wurde die Vorschrift von

¹³⁹ Vgl. bspw. *Eilers/Bühning*, StuW 2009, 246 (247 ff.) und *Töben*, FR 2010, 249 (252).

¹⁴⁰ Gesetz v. 17.10.2008, BGBl. I 2008, 1982.

¹⁴¹ Vgl. dazu z.B. *Gocksch/Gröger/Schenke*, DB 2008, 2668; zu den i.R.d. Finanzmarktstabilisierung außer Betracht gelassenen internationalen Aspekten *Berg*, IStR 2009, 156 (157 f.) und *ders.*, IStR 2009, 459. Durch das Bürgerentlastungsgesetz (Gesetz v. 16.07.2009, BGBl. I 2009, 1959) wurde § 14 Abs. 3 FMStFG geändert und ein neuer Abs. 3a eingeführt. Zur Rechtsentwicklung insoweit vgl. *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8c KStG, Rz. 158 ff.

¹⁴² Ebenso *Eilers/Bühning*, DStR 2009, 137 (140).

¹⁴³ So explizit *Korn*, DStR 2008, 2248 (2249).

¹⁴⁴ Gesetz v. 16.07.2009, BGBl. I 2009, 1959.

¹⁴⁵ So z.B. *Lenz/Ribbrock*, BB 2007, 587 (590) und *Wiese*, DStR 2007, 741 (745).

¹⁴⁶ Durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz, Gesetz v. 22.12.2009, BGBl. I 2009, 3950.

der Finanzverwaltung¹⁴⁷ bis zu einer Entscheidung der Europäischen Kommission in einem eingeleiteten beihilferechtlichen Prüfverfahren¹⁴⁸ suspendiert. Nach der Negativentscheidung der Kommission vom 26.01.2011¹⁴⁹ ist die Sanierungsklausel jetzt jedenfalls bis zu einer Entscheidung über die angekündigte Nichtigkeitsklage der Bundesregierung nicht mehr anwendbar.¹⁵⁰

Die grundlegendste Umgestaltung erfuhr § 8c KStG durch Einführung einer Konzernklausel und einer Verschonungsvorschrift bei stillen Reserven durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz.¹⁵¹ Die beiden Regelungen nehmen Konstellationen, in denen kein Missbrauchspotenzial droht, von dem zu weit geratenen Anwendungsbereich des § 8c KStG aus (vgl. ausführlicher unten unter 2. b)). Werden Anteile lediglich innerhalb eines Konzerns übertragen, ändert sich nichts an der (mittelbaren) Verlustzuweisung. Soweit im Inland steuerpflichtige stille Reserven vorhanden sind, droht kein Handel mit Verlustmänteln, da der Veräußerer insoweit (in den Grenzen der Mindestbesteuerung) die Verluste selbst hätte nutzen können bzw. dies in die Kaufpreiskalkulation einfließt,¹⁵² sodass kein zusätzliches Verlustverrechnungspotenzial übergeht.¹⁵³

- Im Zuge des Jahressteuergesetzes 2010¹⁵⁴ wurde die Stille-Reserven-Klausel im Hinblick auf ausländisches Betriebsvermögen neu gefasst und für den Fall von negativem Eigenkapital mit Satz 8 eine Umgehungsverhinderungsregelung eingeführt.¹⁵⁵

¹⁴⁷ BMF-Schreiben vom 30.04.2010 (IV C 2 – S 2745 – a/08/10005:002, BStBl. I 2010, 182 und 488 mit Zusatz der OFD Magdeburg v. 09.06.2010 – S 2745a – 5 – St 216.; vgl. hierzu u.a. *Breuninger/Ernst*, GmbHR 2010, 561 (564 f.); *Drißen*, Ubg 2010, 543 (546 ff.) und *de Weerth*, DB 2010, 1205 (1206).

¹⁴⁸ Europäische Kommission, Schreiben v. 24.02.2010 – 2010/C 90/08, ABl. EU 2010, C 90/8.

¹⁴⁹ Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/11/65 v. 26.01.2011.

¹⁵⁰ Vgl. dazu eingehender unter III. 2. c).

¹⁵¹ Gesetz v. 22.12.2009, BGBl. I 2009, 3950.

¹⁵² Vgl. zu diesem Aspekt z.B. *Jacob/Pasedag*, FB 2009, 464.

¹⁵³ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Wirtschaftswachstums v. 09.11.2009, BT-Drs. 17/15, 19. Ferner z.B. *Herzig/Bohn*, DStR 2009, 2341 (2343) und *Scheipers/Linn*, Ubg 2010, 8 (12).

¹⁵⁴ Gesetz v. 08.12.2010, BGBl. I 2010, 1768.

¹⁵⁵ Vgl. hierzu *Wagner*, DB 2010, 2751 (2752 f.).

2. Bestandsaufnahme der geltenden Verlustuntergangsvorschriften

§ 8c KStG wirkt im Grundfall rein mechanisch und führt auch in den Fällen zu einem Verlustuntergang, in denen ein Missbrauch nicht im Entferntesten zu erkennen ist (siehe unter a)).

Mit Einführung der Konzern- und der Stille-Reserven-Klausel wurde insofern zwar an den drängendsten Punkten Abhilfe geschaffen (allerdings nur mit Wirkung zum 1. Januar 2010¹⁵⁶) und die Vorschrift für die praktische Rechtsanwendung mehr oder weniger handhabbar gemacht. Der Preis dafür ist jedoch, dass die Komplexität der Regelung noch einmal erheblich zugenommen hat. Die Neuregelungen weisen auch noch ganz grundlegende „Baustellen“ auf (siehe unter b)).

Eine nach wie vor „offene Flanke“ ist der unbestritten krisenverschärfende und sanierungsfeindliche Charakter von § 8c KStG. Dass hier dringend Handlungsbedarf besteht, wurde vom Gesetzgeber erkannt und durch Einführung einer Sanierungsklausel (§ 8c Abs. 1a KStG) adressiert. Die Regelung ist komplex, geht allerdings grundsätzlich in die richtige Richtung. Jedoch ist die Sanierungsklausel von der Europäischen Kommission als (angeblich) unzulässige Beihilfe nun „kassiert“ worden, nachdem die Finanzverwaltung die Regelung bis zu einer Entscheidung der Kommission ohnehin nicht mehr angewendet hat (siehe unter c)).

a) Grundtatbestand des § 8c KStG

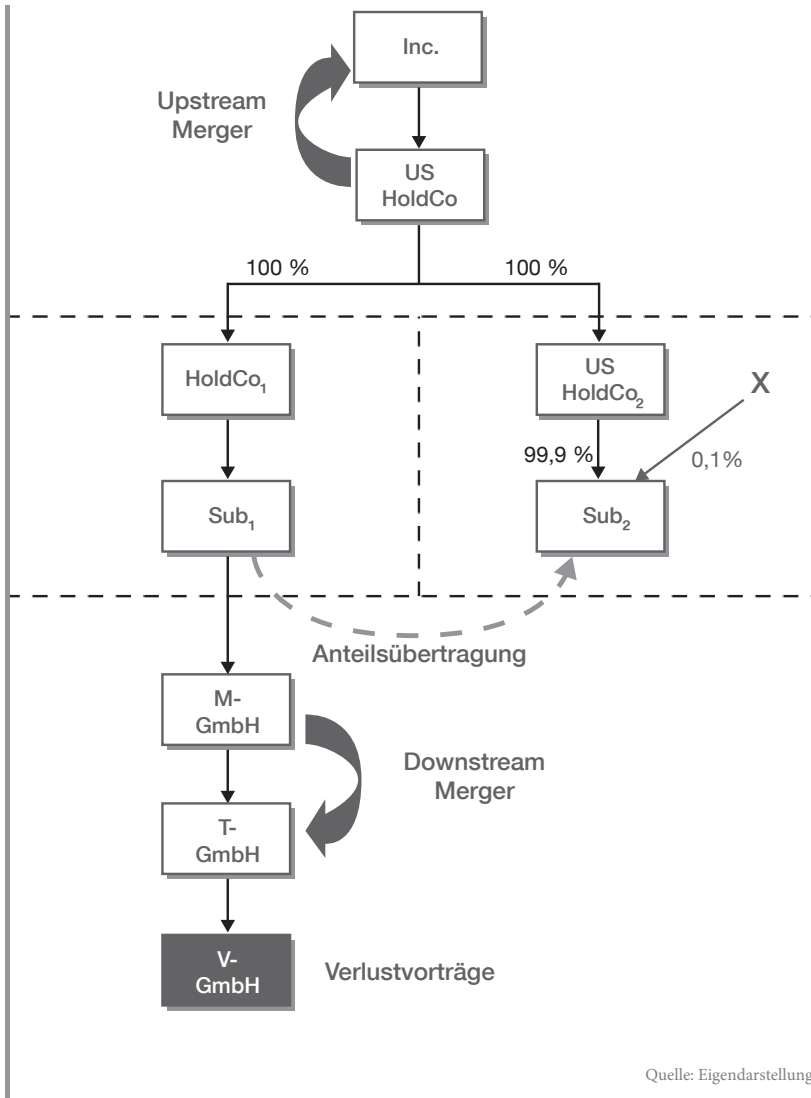
Der Grundtatbestand gem. § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG macht den teilweisen bzw. vollständigen Untergang der laufenden Verluste bzw. der Verlustvorräte allein von einem schädlichen Anteilseignerwechsel abhängig. Der Normtext lautet wie folgt:

„Werden innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 25 Prozent des gezeichneten Kapitals der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft an einen Erwerber oder diesem nahe stehende Personen übertragen oder liegt ein vergleichbarer Sachverhalt vor (schädlicher Beteiligungserwerb), sind insoweit die bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht ausgeglichenen oder abgezogenen negativen Einkünfte (nicht genutzte Verluste) nicht mehr abziehbar. Unabhängig von Satz 1 sind bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht genutzte Verluste vollständig nicht mehr abziehbar, wenn innerhalb von fünf Jahren mittelbar oder unmittelbar

¹⁵⁶ § 34 Abs. 7b Satz 2 KStG. Die ebenfalls mögliche rückwirkende Anwendung der Vorschriften wurde vom Gesetzgeber nicht umgesetzt.

mehr als 50 Prozent des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft an einen Erwerber oder diesem nahe stehende Personen übertragen werden oder ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt.“

Der viel zu weitgehende Anwendungsbereich der Vorschrift soll anhand eines Beispielsfalls dargestellt werden:



Eine U.S.-amerikanische Kapitalgesellschaft (Inc.) ist die börsennotierte Muttergesellschaft eines global tätigen Mischkonzerns. Die weltweiten Beteiligungen der Unternehmensgruppe waren unter einer U.S.-Holdinggesellschaft (US HoldCo) gebündelt. Die deutschen Gesellschaften des Konzerns (M-, T- und V-GmbH) wurden bisher über eine – in der Praxis nicht unübliche – doppelstöckige Beteiligungsstruktur (HoldCo1 und Sub1) gehalten. Auf der Ebene der operativ tätigen V-GmbH wurden in der Vergangenheit Verlustvorträge angesammelt, die nicht innerhalb des deutschen Teilkonzerns genutzt werden konnten. Im Zuge einer Neuordnung der Unternehmensgruppe und zur Stärkung des internationalen Geschäfts wird beschlossen, die ausländischen Holdinggesellschaften unmittelbar durch die Konzernmutter zu halten und dazu die US HoldCo auf die Inc. zu verschmelzen (sog. Upstream Merger). Ferner soll aus U.S.-steuerlichen Gründen der deutsche Beteiligungsstrang „umgehängt“ und über die Holdingstruktur in einer anderen Jurisdiktion gehalten werden, weswegen die Sub1 die Anteile an der deutschen Obergesellschaft M-GmbH auf die Sub2 überträgt. Die Sub2 weist die Besonderheit auf, dass die natürliche Person X – ein langjähriger leitender Angestellter – mit 0,1 % beteiligt ist und hierfür eine festgelegte Garantiedividende erhält. Ferner soll die Beteiligungsstruktur in Deutschland dadurch vereinfacht werden, dass die M-GmbH „nach unten“ auf die T-GmbH verschmolzen wird (sog. Downstream Merger).

Die beschriebenen Umstrukturierungsschritte („Umhängen“ der Beteiligung bzw. Upstream- und Downstream-Verschmelzung) sind im Hinblick auf die Verlustvorträge der V-GmbH keinerlei Missbrauchsvorwurf ausgesetzt. Ein missbräuchlicher „Mantelkauf“ scheidet allein schon deshalb aus, da die Verlustvorträge der V-GmbH auch nach Durchführung der Umstrukturierungsschritte innerhalb der Unternehmensgruppe verbleiben. Durch die Verschmelzungen wird die Beteiligungskette lediglich verkürzt. Die konzerninterne Übertragung ändert prinzipiell ebenfalls nichts an der Zuordnung der Verlustvorträge der V-GmbH. Die minimale Beteiligung des X ist wirtschaftlich gesehen zu vernachlässigen, zumal diesem aufgrund seiner Garantiedividende das Verlustnutzungspotenzial der V-GmbH allenfalls mittelbar zugutekommt. Aus Missbrauchsverhinderungsgesichtspunkten besteht keinerlei Anlass, diese Konstellationen zu regeln. Es hätte daher nahegelegen, in diesen Fällen einen schädlichen Anteilseignerwechsel per se zu verneinen. Im Gesetzgebungsverfahren zur Unternehmensteuerreform 2008

wurde dies auch vom Bundesrat so vorgeschlagen,¹⁵⁷ allerdings als „zu verwaltungsaufwändig und gestaltungsanfällig“¹⁵⁸ zunächst abgelehnt.

§ 8c KStG führt hier jedoch in seinem Grundfall in allen Konstellationen zu dem wirtschaftlich widersinnigen Ergebnis, dass die Verlustvorträge der V-GmbH – zumindest nach Auffassung der Finanzverwaltung¹⁵⁹ – jeweils vollständig untergehen würden. Lässt man für die Betrachtung des Grundfalls die Konzern- und die Stille-Reserven-Klausel zunächst einmal außen vor, stellen sich die Umstrukturierungsschritte so dar, dass die mittelbaren Beteiligungen an der V-GmbH jeweils zu mehr als 50 % auf einen anderen Anteilseigner übergehen:

- Im Fall der Upstream-Verschmelzung geht die mittelbare Beteiligung der US HoldCo auf die US Inc. über. Nach Auffassung der Finanzverwaltung¹⁶⁰ stellt dies einen schädlichen Anteilseignerwechsel dar. Dass die US Inc. vorher bereits zu 100 % mittelbar an der V-GmbH beteiligt ist und nach Verschmelzung nur „etwas weniger mittelbar“ beteiligt ist, ist für den Grundfall des § 8c KStG zunächst einmal grundsätzlich unbeachtlich.
- Durch die Anteilsübertragung wechselt die mittelbare Beteiligung an der V-GmbH von der Sub1 auf die Sub2. Hierin ist ebenfalls ein schädlicher Anteilseignerwechsel zu sehen, obwohl beide Gesellschaften mittelbar (weitgehend) von derselben juristischen Person (US HoldCo bzw. US Inc.) gehalten werden.
- Die Verschmelzung der M-GmbH downstream auf die T-GmbH soll laut Finanzverwaltung¹⁶¹ ebenfalls einen schädlichen Anteilseignerwechsel darstellen. Dass mit der T-GmbH der unmittelbare 100%-Anteilseigner der Verlustgesellschaft unverändert bleibt, soll offenbar keine Rolle spielen.

¹⁵⁷ Vgl. Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes v. 18.05.2007, BT-Drs. 16/5377, S. 18 f.

¹⁵⁸ Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes v. 27.03.2007, BT-Drs. 16/4841, S. 76.

¹⁵⁹ Das BMF-Schreiben v. 04.07.2008 – IV C 7-S 2745-a/08/10001, BStBl. I 2008, 736, Tz. 11 sieht die reine Verkürzung der Beteiligungskette als schädlich an. Diese Sichtweise wird bestätigt von *van Lishaut*, FR 2008, 789 (795) und *Möhlenbrock*, in: Rödder/Möhlenbrock, Ubg 2008, 595 (597). Dazu – zu Recht kritisch – insbesondere *Breuninger/Schade*, Ubg 2008, 261 (267 m.w.N.).

¹⁶⁰ BMF-Schreiben v. 04.07.2008 – IV C 7-S 2745-a/08/10001, BStBl. I 2008, 736, Tz. 11, s.a. Fn. 159.

¹⁶¹ S. Fn. 159.

Bereits vor Einführung der Konzernklausel ließ sich mit guten Gründen vertreten, dass jedenfalls die beiden Verschmelzungen, die lediglich zu einer Verkürzung der Beteiligungskette führten, unschädlich sind, da – vereinfacht gesagt – die unmittelbare Beteiligung der T-GmbH jeweils gleich blieb und eine „etwas weniger mittelbare“ Beteiligung nicht als schädlicher Anteilseignerwechsel qualifiziert werden kann.¹⁶² Dies ändert allerdings nichts daran, dass § 8c KStG ursprünglich viel zu weit geraten war und das mechanische Anknüpfen an den Anteilseignerwechsel zu völlig unsinnigen Ergebnissen führen kann.¹⁶³

In dem Beispielsfall ist z.B. auch die Tatsache, dass die Upstream-Verschmelzung der US HoldCo überhaupt keinen Bezug zu Deutschland aufzuweisen scheint, unbeachtlich. Die Frage, ob mittelbare Anteilsübertragungen vorliegen, ist „bis zu den Sternen“¹⁶⁴ zu prüfen. In der Praxis dürfte es daher in nicht wenigen Fällen vorgekommen sein, dass innerhalb internationaler Konzerne weit oberhalb der deutschen Tochtergesellschaften Anteilsübertragungen stattgefunden haben, die möglicherweise erst später (oder noch gar nicht) bekannt geworden sind und dadurch Verlustvorträge der Gesellschaften in Deutschland vernichtet wurden.¹⁶⁵ Letztlich verlangt § 8c KStG bei international tätigen Konzernen mit ausländischen Obergesellschaften und Verlusten in Deutschland ein permanentes Überwachen sämtlicher Umstrukturierungsschritte. De facto ist dies für die Steuerpflichtigen, aber auch für die Finanzverwaltung kaum möglich, sodass in der Literatur¹⁶⁶ sogar die Frage aufgeworfen wurde, ob § 8c KStG insoweit nicht an einer Art „strukturellem Vollzugsdefizit“ leide.

b) Konzern- und Stille-Reserven-Klausel

Der Gesetzgeber hat – offenbar unter dem Eindruck des viel zu weit geratenen Anwendungsbereichs des § 8c KStG – im Rahmen des sog. Wachstumsbe-

¹⁶² Vgl. z.B. *Breuninger/Schade*, Ubg 2008, 261 (267 m.w.N.); *B. Lang*, DStZ 2008, 549 (553); *Neumann/Stimpel*, GmbHR 2007, 1194 (1200); *Sistermann/Brinkmann*, BB 2008, 1928 (1931).

¹⁶³ Vgl. zu weiteren Beispielen unten unter III. 3. b).

¹⁶⁴ *Dötsch/Pung*, DB 2008, 1703 (1706) und *Dötsch*, in: *Spindler/Tipke/Rödter* (Hrsg.), FS Schaumburg, 2009, S. 253 (260).

¹⁶⁵ Vgl. z.B. *Dieterlen/Winkler*, GmbHR 2007, 815 (816).

¹⁶⁶ Vgl. *Sedemund/Fischenich*, BB 2008, 535 (536 f.).

schleunigungsgesetzes¹⁶⁷ reagiert und § 8c KStG um eine Konzern- und eine Stille-Reserven-Klausel ergänzt.¹⁶⁸

Die beiden Regelungen, die grundsätzlich ab 2010 anwendbar sind,¹⁶⁹ sind als „miteinander kommunizierende Röhren“¹⁷⁰ sicher ein Schritt in die richtige Richtung, nämlich die ausufernde Verlustvernichtungsmechanik des § 8c KStG hin zu einer Missbrauchsverhinderungsvorschrift fortzuentwickeln.¹⁷¹ Allerdings weisen beide Regelungen auch grundsätzliche Schwächen auf, die im Beispielsfall dazu führen, dass bei wortlautgetreuer Gesetzesauslegung zwei der drei Umstrukturierungsschritte nach wie vor schädlich sind und die Verlustvorträge allenfalls in Höhe der stillen Reserven der V-GmbH gerettet werden können.

aa) Konzernklausel

Zur Konzernklausel lässt sich der vergleichsweise dünnen Gesetzesbegründung entnehmen, dass Wachstumshemmnisse für Unternehmen beseitigt und Verluste bei bestimmten konzerninternen Umstrukturierungen erhalten werden sollen. Privilegiert werden jedoch nur solche Maßnahmen, die ausschließlich innerhalb eines Konzerns vorgenommen werden, an dessen Spitze zu 100 % eine einzelne Person steht. Die Gesetzesbegründung geht dabei von der Prämisse aus, dass eine Verschiebung von Verlusten auf Dritte ausgeschlossen sein muss.¹⁷² Dazu wird als maßgebliches Kriterium auf die Beteiligungsverhältnisse beim übertragenden und übernehmenden Rechtsträger abgestellt. Der Wortlaut der Regelung in § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG lautet wie folgt:

„Ein schädlicher Beteiligungserwerb liegt nicht vor, wenn an dem übertragenden und an dem übernehmenden Rechtsträger dieselbe Person zu jeweils 100 Prozent mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist.“

¹⁶⁷ Gesetz v. 22.12.2009, BGBl. I 2009, 3950.

¹⁶⁸ Eine entsprechende Initiative wurde bereits im Gesetzgebungsverfahren zur Unternehmensteuerreform 2008 durch eine Prüfbittte des Bundesrats (BR-Drs. 220/1/07 [Beschluss], Tz. 27) gestartet, allerdings wohl aus einer „Umgehungsphobie“ heraus abgelehnt (Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5377, Anlage 5 zu Nr. 27). Vgl. hierzu *Thiel*, in: Spindler/Tipke/Rödter (Hrsg.), FS Schaumburg, 2009, S. 515 (527).

¹⁶⁹ § 37 Abs. 7b Satz 2 KStG; § 8c Absatz 1 in der Fassung des Artikels 2 des Gesetzes vom 22. Dezember 2009 (BGBl. I S. 3950) ist erstmals auf schädliche Beteiligungserwerbe nach dem 31. Dezember 2009 anzuwenden.

¹⁷⁰ *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (76).

¹⁷¹ Vgl. auch *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (76 f.). A.A. *Driuen*, Ubg 2010, 543 (548 f.) und *Fey/Neyer*, StuB 2010, 47 (55).

¹⁷² Vgl. Gesetzentwurf v. 9.11.2009, BT-Drs. 17/15, S. 17 und 30 f.

Über den Wortlaut der Gesetzgebungsmaterialien hinaus ist wohl davon auszugehen, dass der Konzernklausel allgemein der Gedanke zugrunde liegt, dass die Übertragung einer Verlustgesellschaft innerhalb eines Konzerns unschädlich sein soll. So wurden diese Verluste wirtschaftlich ja auch von diesem Konzern getragen und sind selbst optimierte Verlustnutzungsmöglichkeiten nach Anteilsübertragung unschädlich, da innerhalb eines Konzerns auch ohne Übertragung der Anteile an der Verlust-Gesellschaft bspw. Ertragspotenzial auf die Gesellschaft mit den Verlustvorträgen hätte verlagert werden können.¹⁷³ Durch die Konzernklausel wird der ursprünglich rein mechanisch wirkenden Verlustvernichtungsvorschrift des § 8c KStG grundsätzlich sicherlich einiges von ihrem Schrecken genommen. Die technische Umsetzung führt allerdings dazu, dass selbst grundlegende Fälle, die ganz offensichtlich als rein konzerninterne Umstrukturierungsschritte privilegierungswürdig sind, vom Normtext selbst nicht erfasst werden. Im Beispielfall ergeben sich auf die drei Umstrukturierungsschritte, die – um dies noch einmal hervorzuheben – mit einem missbräuchlichen Verlusthandel nicht das Geringste zu tun haben, jeweils unterschiedliche Auswirkungen, keinesfalls jedoch allgemein „Entwarnung“:

- Die Verschmelzung der M-GmbH downstream auf die T-GmbH ist von der Konzernklausel gem. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG erfasst, da – unabhängig davon, wie die Begriffe übertragender bzw. übernehmender Rechtsträger genau zu verstehen sind¹⁷⁴ – jedenfalls dieselbe Person zu 100 % beteiligt ist. Allerdings spricht bei der hier vorliegenden Verkürzung der Beteiligungskette auf mittelbarer Ebene auch einiges dafür,¹⁷⁵ bereits per se einen Anteilseignerwechsel zu verneinen, was ein Rekurren auf die Konzernklausel überflüssig machen würde.
- Die Übertragung der Beteiligung von der Sub1 auf die Sub2 stellt auch unter dem Regime der Konzernklausel nach wie vor eine schädliche Anteilsübertragung dar. An der Sub2 ist ein Minderheitsgesellschafter mit 0,1 % beteiligt. Dies führt dazu, dass an der übernehmenden Gesellschaft – der Sub2 – nicht dieselbe Person wie an der übertragenden Gesellschaft – der Sub1 – beteiligt ist. Dass die Beteiligung der Höhe nach zu vernachlässigen ist und der Minderheitsgesellschafter aufgrund seiner Garantiedividende mit seinen laufenden Einkünften noch nicht einmal mittelbar von den Verlustverträgen der V-GmbH profitieren kann, ändert nichts.

¹⁷³ Ebenso bspw. *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (76).

¹⁷⁴ Hierzu bspw. *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627 (2628).

¹⁷⁵ Die Finanzverwaltung folgt dem ausdrücklich nicht, vgl. dazu oben und u.a. in Fn. 159.

Der Gesetzeswortlaut ist insofern zwar zu eng, jedoch eindeutig. Diese „Alles-oder-Nichts-Lösung“ ist ganz offensichtlich unbillig. Die Konzernklausel sollte de lege ferenda zumindest durch eine unschädliche Deminimis-Regelung oder einen quotale Betrachtung ergänzt werden.¹⁷⁶

- Die Verschmelzung der US HoldCo auf die börsennotierte Konzernmutter führt im Ergebnis zu einer bloßen Verkürzung der Beteiligungskette und sollte – bei einer am Sinn und Zweck orientierten Auslegung – ganz eindeutig von der Konzernklausel erfasst sein, da es zu keiner „Neuverteilung“ der Verluste kommt.¹⁷⁷ Letztlich kann es keinen Unterschied machen, auf welcher Ebene die Reorganisationsmaßnahme eingreift, die aus einer mittelbaren eine „weniger mittelbare“ Beteiligung macht. Aufgrund des „verunglückten“ Wortlauts des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG ist dennoch fraglich, ob dieser vom Gesetzgeber offensichtlich als privilegiierungswürdig angesehene Fall auch tatsächlich von der Konzernklausel erfasst ist. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG verlangt, dass an dem übertragenden und übernehmenden Rechtsträger dieselbe Person zu jeweils 100 % (un)mittelbar beteiligt ist. Übertragender Rechtsträger ist vorliegend die US HoldCo, an der die US Inc. zu 100 % unmittelbar beteiligt ist, übernehmender Rechtsträger ist hingegen die US Inc., die als börsennotierte Gesellschaft ihrerseits wiederum von einer Vielzahl von Einzelaktionären gehalten wird. Es ist also – nimmt man die Konzernklausel beim Wort(laut) – nicht dieselbe Person unmittelbar bzw. mittelbar an dem übertragenden und übernehmenden Rechtsträger beteiligt. Selbst wenn man bzgl. der übertragenden US HoldCo auf deren mittelbare Anteilseigner – sprich die Einzelaktionäre der US Inc. – abstellt, ergibt sich nichts anderes, da es sich um mehrere Personen und damit nicht um „dieselbe Person“ i.S.v. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG handelt.¹⁷⁸ Dem Sinn und Zweck der Konzernklausel nach sollte diese jedenfalls in Fällen wie dem Vorliegenden entsprechende Anwendung finden. Allerdings verbleibt bis zu einer entsprechenden Verwaltungsanweisung oder einer klarstellen-

¹⁷⁶ Ebenso z.B. *Herzig/Bohn*, DStR 2009, 2341 (2343) und *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633 (2634).

¹⁷⁷ Vgl. insbesondere *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (78 f.) und *Eisgruber*, in: Viskorf, Beihefter zu DStR Heft 7 2010, 1 (2); ferner bspw. *Breuning/Ernst*, GmbHR 2010, 561 (563); *Dörr*, NWB 2010, 184 (188); *Frey/Mückl*, GmbHR 2010 71 (72); *B. Lang*, Der Konzern 2010, 35 (39); *Rödder*, Ubg 2010, 162 (162 f.) und *Orth*, Ubg 2010, 169 (176 m.w.N. in Fn. 69 auch zur Gegenauffassung).

¹⁷⁸ *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627 (2629) verneinen bei Beteiligung mehrerer Personen eine Anwendung der Konzernklausel.

den Gesetzeskorrektur¹⁷⁹ eine ganz erhebliche Rechtsunsicherheit, die die Handhabung der Vorschrift in der Praxis massiv einschränkt.

bb) Stille-Reserven-Klausel

In der vorliegenden Konstellation stellt selbst bei Anwendung der Konzernklausel jedenfalls das „Umhängen“ des deutschen Beteiligungsstrangs und bei engem Wortlautverständnis auch der Upstream Merger der US HoldCo auf die börsennotierte Mutter einen schädlichen Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c KStG dar, der gem. Abs. 1 Satz 2 prinzipiell zu einem vollständigen Untergang der Verluste der V-GmbH führt.

Verluste bleiben jedoch nach Maßgabe der ebenfalls im Zuge des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes¹⁸⁰ eingeführten Stille-Reserven-Klausel¹⁸¹ erhalten. Damit hat der Gesetzgeber (endlich) den Gedanken der Rechtsprechung¹⁸² wieder aufgegriffen, wonach eine Versagung der Verlustnutzung jedenfalls insoweit unbillig ist, als die Verlustgesellschaft über stille Reserven verfügt, die sie selbst hätte heben und in den Grenzen der Mindestbesteuerung mit ihren Verlustvorträgen verrechnen können. Der Wortlaut der Vorschrift in § 8c Abs. 1 Satz 6 ff. KStG lautet nach den Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2010¹⁸³ nunmehr wie folgt:

„⁶Ein nicht abziehbarer nicht genutzter Verlust kann abweichend von Satz 1 und Satz 2 abgezogen werden, soweit er bei einem schädlichen Beteiligungserwerb im Sinne des Satzes 1 die anteiligen und bei einem schädlichen Beteiligungserwerb im Sinne des Satzes 2 die gesamten zum Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs vorhandenen im Inland steuerpflichtigen stillen Reserven des Betriebsvermögens der Körperschaft nicht übersteigt.⁷ Stille Reserven im Sinne des Satzes 6 sind der Unterschiedsbetrag zwischen dem anteiligen oder bei einem schädlichen Beteiligungserwerb im Sinne des Satzes 2 dem gesamten in der steuerlichen Gewinnermittlung ausgewiesenen Eigenkapital und dem auf dieses Eigenkapital jeweils entfallenden gemeinen Wert der Anteile an der Körperschaft, soweit diese im Inland steuerpflichtig sind.⁸ Ist das Eigen-

¹⁷⁹ Hierfür plädieren bspw. *Schneider/Roderburg*, FR 2010, 58 (59), die andernfalls die Konzernklausel für nicht anwendbar erachten.

¹⁸⁰ Gesetz v. 22.12.2009, BGBl. I 2009, 3950.

¹⁸¹ Die Gesetzesbegründung spricht von einem „stille Reserven-Escape“, BT-Drs. 17/15, S. 12.

¹⁸² BFH-Urteil v. 29.10.1986 – I R 202/82, BStBl. II 1987, 308 und BFH-Urteil v. 29.10.1986 – I R 318-319/83, BStBl. II 1987, 310.

¹⁸³ Gesetz v. 08.12.2010, BGBl. I 2010, 1768.

kapital der Körperschaft negativ, sind stille Reserven im Sinne des Satzes 6 der Unterschiedsbetrag zwischen dem anteiligen oder bei einem schädlichen Beteiligungserwerb im Sinne des Satzes 2 dem gesamten in der steuerlichen Gewinnermittlung ausgewiesenen Eigenkapital und dem diesem Anteil entsprechenden gemeinen Wert des Betriebsvermögens der Körperschaft.⁹ Bei der Ermittlung der stillen Reserven ist nur das Betriebsvermögen zu berücksichtigen, das der Körperschaft ohne steuerrechtliche Rückwirkung, insbesondere ohne Anwendung des § 2 Absatz 1 des Umwandlungssteuergesetzes, zuzurechnen ist.“

Im Ausgangsfall erscheint die Anwendung der Stille-Reserven-Klausel rein technisch gesehen noch vergleichsweise unproblematisch. Jedoch dürfte sich die Ermittlung des gemeinen Werts der übertragenen Anteile als streitanfällig erweisen, da es an einem zwischen fremden Dritten ausgehandelten Kaufpreis fehlt und so auf eine Bewertung der Anteile zurückzugreifen ist.¹⁸⁴

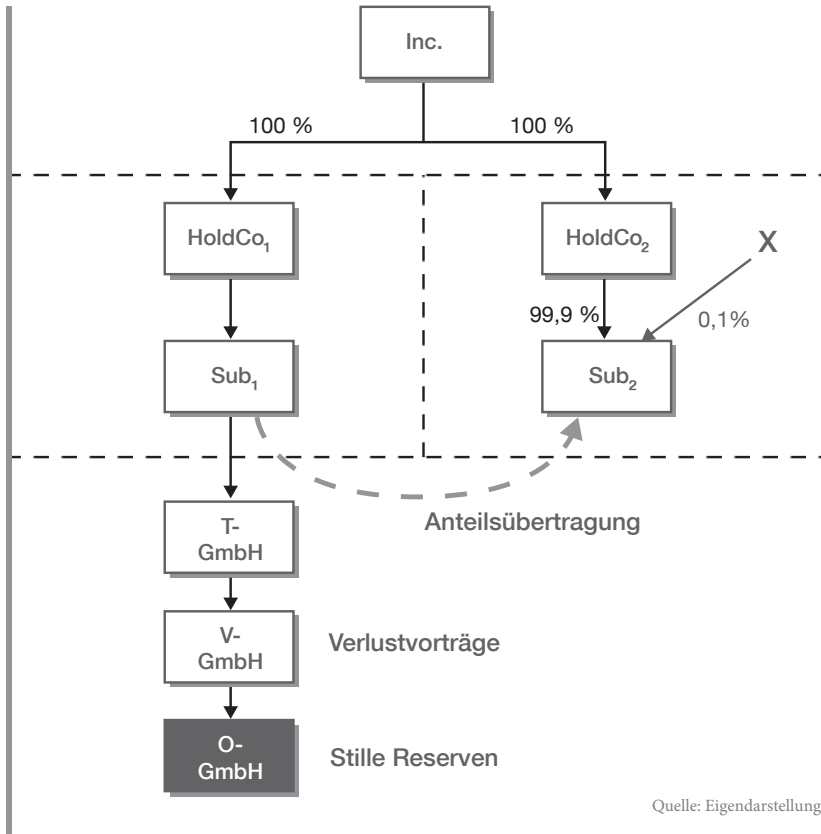
Fallabwandlung: Zusätzliche Anwendungsfragen stellen sich dann, wenn man die Fallgestaltung dahin gehend abwandelt, dass die V-GmbH eine 100-%-Beteiligung an der O-GmbH hält. Die V-GmbH hat ihren gesamten Betrieb zu Buchwerten – und damit mitsamt der in den Wirtschaftsgütern enthaltenen stillen Reserven – in die O-GmbH eingebracht und dafür als Gegenleistung Anteile an der O-GmbH erhalten, die seitdem nahezu das gesamte Aktivvermögen der V-GmbH ausmachen. Unter Vorwegnahme der beiden Verschmelzungen stellt sich die die Struktur demnach wie auf S. 49 abgebildet dar.

Auf der Ebene der V-GmbH ergibt sich hier bei Prüfung der Stille-Reserven-Klausel die Problematik, dass die stillen Reserven der V-GmbH ausschließlich auf die Anteile an der O-GmbH entfallen. Diese stillen Reserven unterliegen jedoch gem. § 8b Abs. 2 und 3 KStG effektiv nur i.H.v. 5 % der Besteuerung, sodass diese stillen Reserven nach § 8c Abs. 1 Satz 7 KStG auch nur zu 5 % in die Ermittlung der im Inland steuerpflichtigen stillen Reserven mit eingehen.¹⁸⁵ Die Stille-Reserven-Klausel kann die Verlustvorträge

¹⁸⁴ Vgl. BT-Drs. 17/15, S. 19. Bei einer anschließenden Betriebsprüfung ist hier ein möglicher Streitpunkt schon vorgezeichnet. Ebenso die Einschätzung von *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198 (1201).

¹⁸⁵ Selbst die Berücksichtigung der 5% ist nicht völlig zweifelsfrei, da die Gesetzesbegründung stille Reserven aus Besitz i.S.d. § 8b Abs. 2 KStG als Beispiel für nicht steuerpflichtige stille Reserven sieht, vgl. *Haßa/Gosmann*, DB 2010, 1198 (1202). Jedoch ist nach dem Gesetzeswortlaut („soweit“) kein Grund für eine Versagung der 5 % ersichtlich; die Regelungstechnik der nichtabziehbaren Betriebsausgaben in § 8b Abs. 3 KStG ist kein überzeugendes Differenzierungsargument.

der V-GmbH daher auch nur i.H.v. 5 % der gesamten stillen Reserven der V-GmbH vor dem Untergang aufgrund der schädlichen Anteilsübertragung retten, obwohl auf der Ebene der O-GmbH voll steuerpflichtige stille Reserven „schlummern“.



Für Zwecke der Stille-Reserven-Klausel wird also hinsichtlich nachgeordneter Beteiligungen streng das Trennungsprinzip verfolgt, was insofern zu unbilligen Ergebnissen führen kann, da § 8c KStG aufgrund seiner Konzeption ja gerade eine Durchbrechung des Trennungsprinzips darstellt.¹⁸⁶

Besteht zwischen der V-GmbH als Organträgerin und der O-GmbH als Organengesellschaft eine ertragsteuerliche Organschaft bzw. wird diese im Wirt-

¹⁸⁶ Zum Gesichtspunkt der partiellen, Teil- bzw. Semi-Transparenz des § 8c KStG vgl. *Eisgruber*, DStZ 2007, 630 (633); *Reimer*, in: DStJG Band 33 (2010), S. 266 (Diskussionsbeitrag) und *Drüen*, Ubg 2010, 543 (546).

schaftsjahr des schädlichen Anteilseignerwechsels begründet,¹⁸⁷ stellt sich die Frage, ob hier für die Anwendung der Stille-Reserven-Klausel die in der Organgesellschaft vorhandenen stillen Reserven der Organträgerin zugerechnet werden. Dagegen könnte sprechen, dass auch bei Organschaft die V-GmbH ihre Beteiligung an der O-GmbH über § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei veräußern könnte. Dies verkennt jedoch die Wirkung der Organschaft, die dazu führt, dass im Realisierungsfall das um die aufgedeckten stillen Reserven erhöhte Einkommen der Organträgerin zuzurechnen ist und von dieser voll zu versteuern ist.¹⁸⁸ In Einklang mit der Verwaltungsauffassung¹⁸⁹ zur Frage der Betriebsvermögenszuführung bei Organschaften (und Personengesellschaften) für Zwecke des § 8 Abs. 4 KStG sollte bei Ermittlung der relevanten stillen Reserven bei § 8c Abs. 1 Satz 6 ff. KStG auf der Ebene des Organträgers der Beteiligungsbuchwert durch die entsprechende Aktivseite der nachgeordneten Organgesellschaft ersetzt werden.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Bei späterer Begründung der Organschaft kann die O-GmbH in der „organschaftsfreien“ Zeit eigene Verlustvorträge aufgebaut haben, die dann zu vororganschaftlichen Verlusten werden würden (vgl. hierzu *Dötsch*, Der Konzern 2010, 99). Vor dem Hintergrund des § 8c KStG stellt sich die Frage, wie die Stille-Reserven-Klausel in dieser Konstellation zu prüfen ist. § 8c KStG liegt der Gedanke zu Grunde, dass ein schädlicher Anteilseignerwechsel auf die Verlustvorträge von Tochtergesellschaften entsprechend der durchgerechneten Beteiligungsquote durchschlägt und § 8c KStG demnach auf jeder Stufe, auf der Verlustvorträge bestehen, zu prüfen ist. Daher entspricht es der Systematik der Vorschrift, auch für die Stille-Reserven-Klausel entsprechend vorzugehen, wovon auch die Gesetzesbegründung ausgeht (vgl. BT-Drs. 17/15, S. 31). Im Organschaftsfall mit vororganschaftlichen Verlusten bei der Organgesellschaft sollte nichts anderes gelten. Bei „Durchstockung“ könnte es hier jedoch zu einer doppelten Berücksichtigung der stillen Reserven kommen. Dies ist jedoch der Anwendungssystematik von § 8c KStG geschuldet, wonach auch in Organschaftsfällen § 8c KStG auf jeder Ebene zu prüfen ist. § 8c Abs. 1 Satz 6 ff. KStG stellt dabei auf die stillen Reserven derjenigen Körperschaft ab, deren Verlusterhalt infrage steht. Bezogen auf die vororganschaftlichen Verluste ist dies die Organgesellschaft. Einen „Verbrauch“ von stillen Reserven sieht das Gesetz nicht vor. Im Hinblick auf die mehrstufige Wirkung einer einzigen Anteilsübertragung erscheint dies auch nicht sachgerecht (vgl. auch *Breuninger/Ernst*, GmbHR 2010, 561 (565 f.); *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 71 [76] sprechen sich hingegen für ein Wahlrecht hinsichtlich der Verwendungsreihenfolge aus).

¹⁸⁸ Ebenso bspw. *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (83 f.) und *Orth*, Ubg 2010, 169 (177 m.w.N. in Fn. 84).

¹⁸⁹ BMF v. 16.04.1999, IV C 6 – S 2745 – 12/99, BStBl. I 1999, 455, Tz. 9.

¹⁹⁰ Ebenso z.B. *B. Lang*, Der Konzern 2010, 35 (43) und *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 2633 (2636). Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/15, S. 31) geht davon aus, dass die Summe der in den untergeordneten Unternehmen ermittelten stillen Reserven die im Kaufpreis bzw. im Unternehmenswert der erworbenen Gesellschaft enthaltenen stillen Reserven nicht übersteigen darf. Im Gesetzeswortlaut findet dies

Bei Begründung der Organschaft im laufenden Jahr des schädlichen Anteilseignerwechsels gilt die Organschaft bereits ab Beginn des entsprechenden Jahres.¹⁹¹ Hierin ist jedoch keine verbotene Rückwirkung i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 9 KStG zu sehen. Gem. § 14 Abs. 1 Satz 2 KStG ist das Einkommen der Organgesellschaft dem Organträger „erstmalig für das Kalenderjahr zuzurechnen, in dem das Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft endet, in dem der Gewinnabführungsvertrag wirksam wird.“ Dies stellt gerade keine Rückwirkung dar, sondern ist eine zwingende gesetzliche Anordnung zum zeitlichen Beginn der Organschaft. Während nach alter Rechtslage (§ 14 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 KStG) die rückwirkende Begründung einer Organschaft grundsätzlich möglich war, wenn der Gewinnabführungsvertrag im darauffolgenden Wirtschaftsjahr der Organgesellschaft wirksam wurde,¹⁹² besteht dieser Gestaltungsspielraum nunmehr gerade nicht mehr, sodass die Begründung einer Organschaft für das gesamte laufende Wirtschaftsjahr nicht als steuerrechtliche Rückwirkung im Sinne des § 8c Abs. 1 Satz 9 KStG anzusehen ist.¹⁹³

c) Sanierungsklausel

Da sich gerade im Zuge der Wirtschaftskrise immer mehr herausstellte, dass § 8c KStG der Rettung von Unternehmen massiv im Wege steht und dadurch krisenverschärfend wirkt, wurde die Vorschrift durch das Bürgerentlastungsgesetz¹⁹⁴ mit § 8c Abs. 1a KStG um eine sog. Sanierungsklausel ergänzt.¹⁹⁵ Demnach ist ein Beteiligungserwerb dann unschädlich und führt nicht zum Verlustuntergang, wenn dieser zum Zweck der Sanierung des Geschäftsbetriebs der jeweiligen Kapitalgesellschaft erfolgt. Als Sanierung wird gem. § 8c Abs. 1a Satz 2 KStG eine Maßnahme verstanden, die darauf gerichtet ist, die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu verhindern oder zu beseitigen und zugleich die wesentlichen Betriebsstrukturen zu erhalten. Ein Erhalten der wesentlichen Betriebsstrukturen setzt nach § 8c

jedoch keinen Widerhall. Zudem erscheint eine entsprechende Beschränkung auch nicht sachgerecht (gl.A. bspw. *B. Lang*, *Der Konzern* 2010, 35 (42); *Scheipers/Linn*, *Ubg* 2010, 8 (15) *Rödter/von Freeden*, *Ubg* 2010, 551 (553) und *Haßa/Gosmann*, *DB* 2010, 1198 [1204]).

¹⁹¹ Bei unterstellten kalenderjahrgleichen Wirtschaftsjahren der jeweiligen Organgesellschaften, vgl. § 14 Abs. 1 Satz 2 KStG.

¹⁹² Vgl. hierzu *Neumann*, in: *Gosch*, *KStG*, 2. Aufl. 2009, § 14 KStG, Rz. 247.

¹⁹³ Vgl. auch *Breuninger/Ernst*, *GmbHR* 2010, 561 (565).

¹⁹⁴ Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen (Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung) v. 16.07.2009, BGBl I 2009, 1959.

¹⁹⁵ Die ursprünglich zeitlich befristete Regelung wurde durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz (Gesetz v. 22.12.2009, BGBl. I 2009, 3950) „entfristet“.

Abs. 1a Satz 3 KStG voraus, dass entweder eine geschlossene Betriebsvereinbarung mit einer Arbeitsplatzregelung befolgt wird oder eine bestimmte Lohnsumme innerhalb von fünf Jahren nach dem Beteiligungserwerb nicht unterschritten wird oder der Gesellschaft durch Einlagen wesentliches Betriebsvermögen zugeführt wird.¹⁹⁶

Die Einführung der Sanierungsklausel wurde durchweg positiv aufgenommen. Die Tatbestandsvoraussetzungen sind jedoch teilweise sehr restriktiv gefasst und unklar. Offene Fragen sind insbesondere, zu welchem Zeitpunkt die Sanierungsklausel frühestens in Anspruch genommen werden kann¹⁹⁷ und wie die Prüfung in mehrstufigen participationsstrukturen zu erfolgen hat.¹⁹⁸ Bemerkenswert ist, dass das nur schwer handhabbare Kriterium der Zuführung von Betriebsvermögen, das laut Gesetzesbegründung der Hauptgrund für die Neugestaltung des Verlustuntergangsregimes war,¹⁹⁹ nun (wenn auch mit anderer „Stoßrichtung“) im Rahmen der Sanierungsklausel wieder Eingang in den Normtext gefunden hat.²⁰⁰

Die Sanierungsklausel wurde jetzt von der Europäischen Kommission mit einer sog. Negativentscheidung vom 26.01.2011²⁰¹ als verbotene staatliche Beihilfe eingestuft und ist in ihrer derzeitigen Form demzufolge (wohl dauerhaft²⁰²) nicht mehr anwendbar; bereits vorher war sie von Verwaltungsseite

¹⁹⁶ Weiterführend zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen bspw. *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2009, 466; *Dörr*, NWB 2009, 2050; *Mückl/Remplik*, FR 2009, 689; *Neumann/Stimpel*, Der Konzern 2009, 409; *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 1453 und *Suchanek/Herbst*, Ubg 2009, 525. Die OFD Rheinland und die OFD Münster haben zwischenzeitlich mit inhaltsgleichen Verfügung vom 30.03.2010 (S-2745 – 1007 – St 131 (Rhld/S 2745a – 253 St 13 – 33 (Ms), DStR 2010, 929) hierzu Stellung genommen.

¹⁹⁷ Der Wortlaut („... darauf gerichtet ... die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu verhindern ...“) spricht dafür, bereits ein frühes Krisenstadium ausreichen zu lassen. Ebenso z.B. *Orth*, Ubg 2010, 169 (172 f.). Die Finanzverwaltung stellt darauf ab, dass der zur Abwendung der Zahlungsunfähigkeit erforderliche Kreditbedarf nicht mehr ohne Drittsicherheiten am Kapitalmarkt finanziert werden kann (OFD Rheinland und Münster v. 30.03.2010, a.a.O [Fn. 196] Rz. 4) Zu den einzelnen Krisenstadien vgl. *Ortmann-Babel/Bolik/Gageuer*, DStR 2009, 2173 (2175).

¹⁹⁸ Vgl. OFD Rheinland und Münster v. 30.03.2010, a.a.O (Fn. 196) Rz. 8 f. und bspw. *Altrichter-Herzberg*, GmbHR 2009, 466 (469); *Dörr*, NWB 2009, 2050 (2059) und *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2009, 1453 (1454).

¹⁹⁹ Siehe dazu oben unter Fn. 121.

²⁰⁰ Ebenso *Drüen*, Ubg 2010, 543 (547).

²⁰¹ Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/11/65 v. 26.01.2011.

²⁰² Zu den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Entscheidung der Kommission siehe unten und *Dörr*, NWB 2011, 690 (697 ff.).

aus suspendiert. Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften sieht jetzt dementsprechend eine Aufhebung des § 8c Abs. 1a KStG vor.

Die Europäische Kommission hatte – offenbar durch Presseartikel mit dem Stichwort „Lex Opel“²⁰³ auf den Plan gerufen – ein förmliches Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV eingeleitet²⁰⁴ und untersucht, ob die Sanierungsklausel eine nach Art. 107 Abs. 1 AEUV verbotene staatliche Beihilfe darstellt, da sie notleidende Unternehmen gegenüber „gesunden“ Unternehmen privilegieren könnte. Das BMF hat am 30.04.2010 diesen Beschluss der Kommission zusammen mit einem weiteren Schreiben vom selben Tag²⁰⁵ veröffentlicht, wonach die Sanierungsklausel bis zu einem abschließenden Beschluss der Kommission nicht mehr anzuwenden ist und im Fall einer Negativentscheidung durch die Kommission alle rechtswidrigen Beihilfen von den Empfängern zurückgefordert werden müssen.²⁰⁶

Die Kommission hat nun entschieden, dass die Sanierungsklausel als verbotene staatliche Beihilfe anzusehen ist, also nicht nur mangels vorangegangener Notifikation formell, sondern auch materiell rechtswidrig ist. Die Sanierungsklausel stellt nach Auffassung der Kommission eine Beihilfe i.S.d. Art. 107 Abs. 1 AEUV dar, die weder mit dem Binnenmarkt vereinbar ist (Art. 107 Abs. 2 AEUV) noch mit diesem als vereinbar angesehen werden kann (Art. 107 Abs. 3 AEUV). Die Kommission begründete ihre Entscheidung wie folgt:²⁰⁷

„Die [Sanierungs-]Klausel weicht daher vom allgemeinen Prinzip im Unternehmenssteuerrecht Deutschlands und anderer Länder ab, welches einen Verlustvortrag genau dann verhindert, wenn bei dem betroffenen Unternehmen ein maßgeblicher Eigentümerwechsel stattgefunden hat. Dies soll verhindern, dass Unternehmen Steuern vermeiden, in dem sie gescheiterte Unternehmen mit dem einzigen Zweck übernehmen, deren steuerlichen Verlustvortrag zu verwenden.

Die Sanierungsklausel wurde im Juli 2009 verabschiedet mit rückwirkenden Anwendungszeitraum ab 1. Januar 2008. Sie wurde der Kommission

²⁰³ Vgl. Fachdienst-DStR 2010, 299888.

²⁰⁴ Europäische Kommission, Schreiben v. 24.02.2010 – 2010/C 90/08, ABl. EU 2010, C 90/8; vgl. auch EuZW 2010, 242.

²⁰⁵ BMF-Schreiben vom 30.04.2010 (IV C 2 – S 2745 – a/08/10005:002, BStBl. I 2010, 182 und 488 mit Zusatz der OFD Magdeburg v. 09.06.2010 – S 2745a – 5 – St 216.

²⁰⁶ Vgl. zur Rückforderung *de Weerth*, IStR 2010, 172.

²⁰⁷ Zu den Hintergründen *Rädler*, DB 2011, Heft 9, Standpunkte, 17 und *Welling*, DB 2011, Heft 9, Standpunkte, 23.

nicht angemeldet, sondern diese erfuhr davon über Presseberichterstattung.

Nach Anhörung der Beteiligten und der deutschen Behörden kam die Kommission zum Schluss, dass die Sanierungsklausel wirtschaftlich schlecht dastehende Unternehmen gegenüber finanziell gesunden Unternehmen bevorzugt, die auch Verluste erleiden können, speziell während der Krise, diese aber nicht verrechnen können, wenn sich ihre Eigentümerstruktur maßgeblich verändert hat. Die Bestimmung verzerrt daher den Wettbewerb im Binnenmarkt. Die Argumentation der deutschen Behörden, wonach die Sanierungsklausel eine rein technische Bestimmung im deutschen Steuersystem sei und demnach nicht als staatliche Beihilfe anzusehen wäre, überzeugte die Kommission nicht.

Die Kommission untersuchte auch die Vereinbarkeit der Sanierungsklausel mit den Bestimmungen des vorübergehenden Gemeinschaftsrahmens für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise, den Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen zur Rettung und Umstrukturierung von Unternehmen in Schwierigkeiten [...], den Leitlinien für staatliche Beihilfen mit regionaler Zielsetzung 2007-2013 [...], dem Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltschutzbeihilfen [...] und schließlich mit Art. 107 (3) des AEUV, welcher Beihilfen zur Unterstützung bestimmter wirtschaftlicher Aktivitäten oder Sektoren unter bestimmten Bedingungen erlaubt. Die Kommission kam zu dem Schluss, dass die Sanierungsklausel keiner der Bestimmungen dieser Regeln entspricht.

Wenn ein Unternehmen Schwierigkeiten hat und die Regierung beschließt, Geld für seine Rettung und Umstrukturierung zu gewähren, so ist dies nur nach einer individuellen Anmeldung an die Kommission möglich, welche untersuchen muss, ob das Unternehmen mittelfristig überlebensfähig ist und die Beihilfe auf das erforderliche Mindestmaß begrenzt ist, um eine Verzerrung des Wettbewerbs zu beschränken.

Die Entscheidung der Kommission stellt in keiner Weise den Mechanismus des Verlustvortrags im Steuersystem infrage, der auf alle Steuerzahler in nicht diskriminierender Weise anwendbar ist.²⁰⁸

²⁰⁸ Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/11/65 v. 26.01.2011. Die nicht-vertrauliche Fassung des Beschlusses wird über das Beihilferegister auf der Website der Generaldirektion Wettbewerb unter der Nr. C 7/2010 (S.A. 29150) zugänglich gemacht.

Die Entscheidung der Kommission kann weder im Ergebnis noch in der Begründung überzeugen.²⁰⁹ Die Sanierungsklausel nach § 8c Abs. 1a KStG stellt m.E. keine unzulässige Beihilfe dar.²¹⁰ Eine solche würde gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV voraussetzen, dass aus staatlichen Mitteln ein Vorteil gewährt wird, der bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige begünstigt, also selektiv wirkt, und dadurch den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt und den Wettbewerb verfälscht oder zu verfälschen droht.²¹¹ Gemäß den Leitlinien zur Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmensbesteuerung²¹² ist hierbei im Wege einer dreistufigen Prüfung („Referenzsystem“, Vorteil mit selektivem Charakter, Rechtfertigung einer Differenzierung aus systematischen Leitprinzipien) vorzugehen.²¹³ Von grundlegender Bedeutung ist bereits der erste Prüfungsschritt, also die Wahl des jeweiligen Referenzsystems und damit des „Normalfalls“, von dem die potenzielle Beihilfe abweichen soll.²¹⁴

Bereits aus dem Eingangssatz der hier zitierten Begründung wird ersichtlich, dass die Kommission bei ihrer Untersuchung gerade an dieser entscheidenden Stelle – nämlich bei der Wahl des Referenzsystems – „die Weichen falsch gestellt“²¹⁵ hat. Die Kommission geht davon aus, dass die Sanierungsklausel von dem allgemeinen Prinzip abweicht, wonach bei einem maßgeblichen Eigentümerwechsel ein Verlustvortrag verhindert wird. Der Normalfall ist nach Auffassung der Kommission also der Untergang von Verlusten, der eintritt, wenn sich die Eigentümerstruktur maßgeblich ändert. Hiervon werde in Sanierungsfällen eine Ausnahme gemacht, wodurch wiederum angeschlagenen Unternehmen und ggf. ihren Käufern ein klarer finanzieller Vorteil verschafft werde.²¹⁶

²⁰⁹ Ebenfalls kritisch *Drüen*, DStR 2011, 289.

²¹⁰ Ebenso zuvor bereits *Breuninger/Ernst*, GmbHR 2010, 561 (564 f.); *Drüen*, Ubg 2010, 543 (547) und *Hey*, StuW 2010, 301 (309). A.A. *de Weerth*, DB 2010, 1205 (1207). Zum beihilferechtlichen Charakter des sog. Sanierungserlasses *Frey/Mückl*, GmbHR 2010, 1193 (1197).

²¹¹ Vgl. bspw. *Linn*, IStR 2008, 601 (602).

²¹² Europäische Kommission, Mitteilung – 98/C 384/03, ABl. EG 1998, C 384/3.

²¹³ Vgl. *Drüen*, Ubg 2010, 543 (547).

²¹⁴ Ebenso z.B. *Grube*, DStZ 2007, 371 (376).

²¹⁵ *Drüen*, DStR 2011, 289 (291).

²¹⁶ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/11/65 v. 26.01.2011. Ähnlich bereits Europäische Kommission, Beschluss v. 24.02.2010 – C 7/2010 (ex NN 5/10), ABl. EU v. 08.04.2010, Rz. 16 und 21 ff.

Dies erscheint jedoch nicht zutreffend. Leitgedanke des europäischen Beihilfe-rechts ist es, Grundprinzipien des jeweiligen nationalen Steuerrechts zu akzep-tieren und lediglich systemwidrige Durchbrechungen zugunsten bestimmter Wirtschaftsteilnehmer zu verhindern.²¹⁷ Hieraus folgt, dass sich die beihilfe-rechtliche Prüfung dann auch an diesen Grundprinzipien als Referenzsystem zu orientieren hat.²¹⁸ Dies ist hier namentlich der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit und als dessen Ausprägung die grundsätzliche Vortrags- und Abzugsmöglichkeit von Verlusten. Als Normalfall wäre also von einem Verlustabzug auszugehen gewesen und die Kommission hätte sich die Frage stellen müssen, ob die Sanierungsklausel hiervon abweicht. Dies wäre zu verneinen gewesen, da die Sanierungsklausel diesen Grundsatz ja nicht durch-bricht, sondern vielmehr bestätigt bzw. wieder hergestellt, indem eine zu weit geratene Ausnahmenvorschrift wie § 8c KStG durch diese Rückausnahme ein-geschränkt wird.²¹⁹ Da die Kommission jedoch den eigentlichen Ausnahme-fall – nämlich den Untergang von Verlustvorträgen – zum Normalfall erhebt, ergibt sich nahezu zwangsläufig ein genau entgegengesetztes Ergebnis. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass gerade nach Einführung der Konzern- und der Stille-Reserven-Klausel der Ausnahmecharakter des Verlustuntergangs nach § 8c KStG noch deutlicher hervorgetreten ist und eine Verlustnutzung trotz eigentlich schädlichen Anteilseignerwechsels nicht ausschließlich in Sanierungsfällen möglich ist.²²⁰ Vor diesem Hintergrund erscheint es auch denk-bar, die Sanierungsklausel als eine Art Korrelat zur Stille-Reserven-Klausel zu betrachten, da Unternehmen in Krisensituationen i.d.R. geringere stille Reser-ven aufweisen dürften und diese andernfalls im Vergleich zu „gesunden“ Un-ternehmen strukturell benachteiligt werden.²²¹

Es stellt sich jedoch die Frage, ob nicht der deutsche Gesetzgeber selbst der Kommission den Blick auf das richtige Verhältnis von Regel, Ausnahme und Gegen Ausnahme versperrt hat,²²² d.h. mit § 8c KStG einen Grundtatbestand geschaffen hat, der so weitgehend ist, dass die Kommission diesen als Refe-

²¹⁷ Vgl. z.B. *Grube*, DStZ 2007, 371 (376).

²¹⁸ Ebenso *Drüen*, DStR 2011, 289 (291).

²¹⁹ Ebenso *Breuninger/Ernst*, GmbHR 2010, 561 (564 f.); *Hey*, StuW 2010, 301 (309) *Drüen*, Ubg 2010, 543 (547); *ders.*, DStR 2011, 289 (292); *Musil*, DB 2011, Heft 9, Standpunkte, 19 (20).

²²⁰ Vgl. Europäische Kommission–Beschluss v. 24.02.2010 – C 7/2010 (ex NN 5/10), ABl. EU v. 08.04.2010, Rz. 16.

²²¹ Ähnlich auch *Knebel*, FAZ v. 15.09.2010, S. 19 und *Herzig*, DB 2011, Gastkommentar in Heft 8.

²²² So auch die Einschätzung von *Hey*, StuW 2010, 301 (309) und *Drüen*, DStR 2011, 289 (293).

renzsystem angesehen hat.²²³ Auch wenn dies nicht automatisch mit dem Begriff des Referenzsystems für beihilferechtliche Zwecke gleichgesetzt werden darf, ist doch zu konstatieren, dass der Anwendungsbereich von § 8c KStG so umfassend war, dass in Fällen eines entsprechenden Anteilseignerwechsels der Verlustuntergang in der Tat mehr oder weniger zum Regelfall wurde. Der Gesetzgeber hat durch verschiedene Ausnahmebestimmungen gegengesteuert, ohne die Grundsystematik der Vorschrift zu ändern. Möglicherweise ist in diesem „Regelungsgestrüpp“ von Grundfall (Verlustvortrag), extensiver Ausnahme (mechanischer Untergang von Verlusten bei Überschreiten bestimmter Schwellen) und unzureichenden Gegenausnahmen (Erhalt von eigentlich untergegangenen Verlusten in bestimmten Konstellationen) die Grundsystematik des verfassungsrechtlich grundsätzlich gebotenen Verlustausgleichs verloren gegangen.²²⁴ Eine solche „inverse Systembildung durch Ausnahmeregeln“²²⁵ weist gewisse Schwächen auf, die durch die Entscheidung der Kommission aufgedeckt wurden. Bei Lichte betrachtet ist die Kommissionsentscheidung also primär ein Ausfluss der verunglückten Gesetzestechnik des § 8c KStG.²²⁶

Gegen die Negativentscheidung der Kommission steht sowohl der Bundesrepublik als auch den unmittelbar und individuell betroffenen Unternehmen als Rechtsschutz die Nichtigkeitsklage vor dem Gericht der Europäischen Union (früher: Gericht erster Instanz) gem. Art. 256 Abs. 1 i.V.m. Art. 263 Abs. 2 bzw. Abs. 4 AEUV zu.²²⁷ Die Bundesregierung hat mittlerweile angekündigt, Nichtigkeitsklage erheben zu wollen.²²⁸ Die Erfolgsaussichten eines entsprechenden Vorgehens werden in der Literatur unterschiedlich einge-

²²³ In diese Richtung *Rädler*, DB 2011, Heft 9, Standpunkte, 17 (18), der explizit klarstellt, dass die Sanierungsklausel bei § 8 Abs. 4 KStG keinen beihilferechtlichen Bedenken ausgesetzt war, da § 8 Abs. 4 KStG die Ausnahme und nicht den Regelfall darstellte.

²²⁴ So auch *Drüen*, DStR 2011, 289 (293).

²²⁵ *Drüen*, Ubg 2010, 543 (549); ebenso *ders.*, DStR 2011, 289 (293).

²²⁶ Vgl. auch *Blumenberg*, DB 2011, Heft 9, Standpunkte, 21 (22).

²²⁷ Vgl. *Dörr*, NWB 2011, 690 (697), der ferner nationale Rechtsschutzmöglichkeiten thematisiert, die den betroffenen Steuerpflichtigen zur Verfügung stehen. *Herzig*, DB 2011, Gastkommentar in Heft 8, spricht von einer Überprüfung durch den – in zweiter Instanz zuständigen – EuGH.

²²⁸ Pressemitteilung des BMF v. 09.03.2011, Nr. 4/2011. Der parlamentarische Staatssekretär *Koschyk* wurde ursprünglich dahin gehend verstanden, dass die Bundesregierung das Verbot der Sanierungsklausel akzeptieren will, vgl. *Handelblatt* v. 10.02.2011, S. 12. Anders *Welling*, DB 2011, Heft 9, Standpunkte, 23 (24), der es als kaum vorstellbar und kaum vertretbar ansieht, gegen die Kommissionsentscheidung nicht vorzugehen.

schätzt.²²⁹ Grundsätzlich ist es natürlich im Sinn der betroffenen Unternehmen, hier den Rechtsweg zu beschreiten. Jedoch sollte der Gesetzgeber aus der Kommissionsentscheidung auch die Schlussfolgerung ziehen, dass dauerhaft nur eine in sich schlüssige und überzeugende Neuordnung der Verlustnutzung Sinn macht.²³⁰

3. Zusammenfassende Würdigung des Status quo

Der Status quo stellt sich gerade auch unter dem Eindruck der jüngsten Entwicklungen zur Sanierungsklausel so dar, dass § 8c KStG trotz gewisser gesetzgeberischer Modifikationen immer noch keine zielgenaue – und damit gerechtfertigte – Missbrauchsverhinderungsvorschrift darstellt. Zwar ist die Eingriffsintensität geringer geworden und hat sich auf die Frage nach der Reichweite der Ausnahmebestimmungen verlagert. Jedoch konnten die steuersystematischen Einwände gegen die Vorschrift nicht beseitigt werden. Zudem bestehen nach wie vor unzählige ungeklärte Anwendungsfragen, die zum Teil grundlegende Aspekte betreffen und eine rechtssichere Gesetzesanwendung stellenweise nur schwer möglich machen.²³¹ Nicht zuletzt die Negativentscheidung der Kommission zur Sanierungsklausel hat den Ruf nach einer grundlegenden Neuordnung durch den Gesetzgeber laut werden lassen.²³²

²²⁹ Dörr, NWB 2011, 690 (697 f.) schätzt die Erfolgsaussichten einer Klage als gering ein, wohingegen Herzig, DB 2011, Gastkommentar in Heft 8, ein entsprechendes Vorgehen als erfolgversprechend einstuft. Vgl. auch Welling, DB 2011, Heft 9, Standpunkte, 23 (24).

²³⁰ Ebenso Blumenberg, DB 2011, Heft 9, Standpunkte, 21.

²³¹ Sedemund/Fischenich, BB 2008, 535 (536 f.) sprechen vor dem Hintergrund des Nachweises mittelbarer Anteilsübertragungen bspw. von einem „strukturellen Vollzugsdefizit“.

²³² So explizit Drißen, DStR 2011, 289 (293) und Ehrmann, DStR 2011, 5 (8), wobei Letzterer – worauf auch Drißen hinweist, diesen Appell an die Bundesregierung richtet, was bezeichnend für die Praxis der Gesetzgebung ist, in der die Exekutive regelmäßig als Hilfsgesetzgeber auftritt. Die Regierung hat bereits verlautbaren lassen, dass eine komplette Überarbeitung der Verlustverrechnung für den Herbst auf der Agenda steht, vgl. Handelsblatt v. 10.02.2011, S. 12.

a) Verstoß gegen Leistungsfähigkeits- und Folgerichtigkeitsprinzip gerechtfertigt?

aa) Verletzung des Leistungsfähigkeitsprinzips

Versteht man den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit richtigerweise veranlagungszeitraumübergreifend,²³³ kann kein Zweifel daran bestehen, dass ein endgültiger Untergang von Verlusten nach § 8c KStG das objektive Nettoprinzip und damit das Leistungsfähigkeitsprinzip verletzt.²³⁴ Stehen Verluste nicht mehr zum Abzug oder Ausgleich zur Verfügung, gehen die damit zusammenhängenden Erwerbsaufwendungen steuerlich gesehen „ins Leere“. Die Frage ist eigentlich nur, ob diese Verletzung gerechtfertigt sein kann.

bb) Durchbrechung des Trennungsprinzips und damit des Gebots der Folgerichtigkeit

Die Regelung des § 8c KStG durchbricht ferner das im Körperschaftsteuerrecht geltende Trennungsprinzip und verstößt damit gegen das Folgerichtigkeitsgebot.²³⁵

Das Körperschaftsteuergesetz geht von der Kapitalgesellschaft selbst als Steuersubjekt aus (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG). Deren Besteuerung erfolgt grundsätzlich losgelöst von ihren Anteilseignern. Aus diesem sog. Trennungsprinzip folgt, dass jede Kapitalgesellschaft ihre eigene Leistungsfähigkeit hat. Verluste, die Kapitalgesellschaften erlitten haben, können diese – nicht aber die Anteilseigner – steuerlich geltend machen; Vorgänge auf Anteilseignerebene wirken sich im Gegenzug grundsätzlich nicht auf den Bestand der Verlustvorträge aus.²³⁶

Nimmt man den Gesetzgeber beim Wort, könnte man den Eindruck gewinnen, dass durch § 8c KStG ein Paradigmenwechsel vollzogen wurde und für Verluste das Trennungsprinzip aufgegeben werden soll. Denn in den Gesetzesmaterialien zur Unternehmensteuerreform 2008 wird die Einführung von § 8c KStG u.a. wie folgt begründet:²³⁷

²³³ Siehe dazu oben unter II. 2. b.)

²³⁴ Ebenso z.B. *Schwedhelm*, GmbHR 2008, 404 (406).

²³⁵ Vgl. auch *Hey*, BB 2007, 1303 (1307 f); *Lüdicke*, DStZ 2010, 434 (436); *Thiel*, in: Spindler/Tipke/Rödter (Hrsg.), FS Schaumburg, 2009, S. 515 (532); *Oenings*, FR 2009, 606 (610 ff.) und *Wiese*, DStR 2007, 741 (744). Wohl a.A. *Möhlenbrock*, Ubg 2010, 256 (266).

²³⁶ Vgl. z.B. *Hey*, DStR Beihefter zu Heft 34/2009, 109 (113).

²³⁷ Gesetzentwurf v. 27.03.2007, BT-Drs. 16/4841, S. 76.

„Der Neuregelung des § 8c KStG liegt der Gedanke zugrunde, dass sich die wirtschaftliche Identität einer Gesellschaft durch das wirtschaftliche Engagement eines anderen Anteilseigners (oder Anteilseignerkreises) ändert. Die in früherer Zeit erwirtschafteten Verluste bleiben unberücksichtigt, soweit sie auf dieses neue wirtschaftliche Engagement entfallen.“

Diese Passage aus der Gesetzesbegründung, die wohl als eigenständige Begründung zu verstehen ist, lässt den Schluss zu, dass mit § 8c KStG eine grundlegende Neuausrichtung des Besteuerungssystems der Kapitalgesellschaften verbunden ist. Es würde nicht mehr an die eigenständige Subjektqualität der Kapitalgesellschaft angeknüpft werden, sondern diese letztlich als eine Art rechtliche Entität angesehen werden, durch die die Anteilseigner ihr wirtschaftliches Engagement betreiben.²³⁸ Dadurch wäre die Besteuerungssystematik an die transparente Betrachtung der Personengesellschaft angenähert, bei der allerdings – und das ist der grundlegende Unterschied – die Gesellschafter (und nicht die Gesellschaft) Träger des Unternehmens und des Gesellschaftsvermögens sind.

Das Trennungsprinzip wird jedoch mit § 8c KStG lediglich für den Teilbereich des interperiodischen Verlustabzugs – und selbst hier nicht konsistent²³⁹ – aufgegeben, sodass keinesfalls von einem folgerichtig vollzogenen Systemwechsel gesprochen werden kann.²⁴⁰ Der Transparenzgedanke ist im System der Besteuerung der Kapitalgesellschaft nach wie vor nicht angelegt. Andernfalls müsste auch die Verrechnung mit Verlusten der Gesellschafter zugelassen werden. Denkt man für den Fall des Anteilseignerwechsels das Transparenzprinzip zu Ende, ist es bereits in sich selbst unstimmt und damit nicht folgerichtig, dass ab einem Anteilseignerwechsel von mehr als 25 % (unwiderleglich) von einem anteiligen und ab mehr als 50 % von einem vollständigen Identitätsverlust ausgegangen wird.²⁴¹ Allein die Einflussnahme-Möglichkeit soll offenbar für die Identität der Gesellschaft maßgeblich sein, ohne dass es darauf ankommen soll, ob die neuen Gesellschafter die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft auch tatsächlich geändert haben.²⁴² Hierfür steht noch nicht einmal ein Gegenbeweis zur Verfügung. Und selbst wenn

²³⁸ Ebenso *Möhlenbrock*, Ubg 2010, 256 (266): „Ein Unternehmen ist das Instrument von Unternehmern zur Erzielung von Einkünften.“ Ferner *van Lishaut*, FR 2008, 789 (790) und *Oenings*, FR 2009, 606 (610).

²³⁹ Vgl. zur partiellen, Teil- bzw. Semi-Transparenz des § 8c KStG *Eisgruber*, DStZ 2007, 630 (633); *Reimer*, in: DStJG Band 33 (2010), S. 266 (Diskussionsbeitrag) und *Drüen*, Ubg 2010, 543 (546).

²⁴⁰ So auch *Gosch*, BFH-PR 2009, 148 (149); *Drüen*, Ubg 2009, 23 (28 f.); *Hans*, FR 2007, 776 (780) und *Oenings*, FR 2009, 606 (611).

²⁴¹ Ebenso *Kleinheisterkamp*, in: Lenski/Steinberg, GewStG, § 10a GewStG, Rz. 102.

²⁴² Vgl. *Thiel*, in: Spindler/Tipke/Rödter (Hrsg.), FS Schaumburg, 2009, S. 515 (532 f.).

man die bloße Möglichkeit der Einflussnahme ausreichen lässt, ist jedenfalls zu konstatieren, dass eine Beteiligung zwischen 25 % und 50 % grundsätzlich lediglich eine Sperrminorität, jedoch im Normalfall keinen direkten Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft vermittelt.²⁴³ Bei mehr als 50 % soll dann jedoch ein „Fallteil-Effekt“ einsetzen und es zu einem vollständigen Untergang der Verlustvorträge kommen.²⁴⁴ Dies ist selbst dem transparenten Besteuerungsregime der Personengesellschaft fremd, wo auch ein Unternehmerwechsel von über 50 % auf der Ebene der Personengesellschaft weiter nur zu einem anteiligen Untergang der (gewerbesteuerlichen²⁴⁵) Verluste führt.²⁴⁶ Ferner wird noch nicht einmal im Binnenbereich des § 8c KStG der Transparenzgedanke konsistent umgesetzt. Soweit es beispielsweise um die Berücksichtigung der stillen Reserven von Tochtergesellschaften für Zwecke des § 8c Abs. 1 Satz 6 ff. KStG geht, werden diese bei der Obergesellschaft nur insoweit berücksichtigt, als ein Gewinn aus der Veräußerung der Anteile steuerpflichtig wäre, was nichts anderes als „Trennungsprinzip pur“ ist.

All dies lässt m.E. nur den Schluss zu, dass die Negierung der Kapitalgesellschaft und die Betrachtung als wirtschaftliches Engagement der dahinterstehenden Gesellschafter einen „untergeschobenen“²⁴⁷ Systemwechsel darstellt, der als „Feigenblatt“ die rein fiskalische Motivation des § 8c KStG als Gegenfinanzierungsmaßnahme verdecken sollte, jedenfalls aber nicht konsistent umgesetzt ist.

²⁴³ Siehe auch *Drüen*, Ubg 2009, 23 (28 f.) und *B. Lang*, DStZ 2007, 652. Anders kann dies bei börsennotierten Gesellschaften mit großem Free Flow sein, bei denen aufgrund einer regelmäßig geringeren Präsenzquote bei der Hauptversammlung bereits eine Beteiligung von unter 50 % faktisch ausreichen kann, Mehrheitsentscheidungen zu treffen. Letztlich zeigt dies aber auch, dass das typisierende Vorgehen bei § 8c KStG – nämlich anteiliger Verlustuntergang zwischen 25 % und 50 % und „Fallteil-Effekt“ bei über 50 % – problematisch ist und nicht börsennotierte Unternehmen eher benachteiligt.

²⁴⁴ Diesen Aspekt kritisiert insbesondere auch *Lüdicke*, DStZ 2010, 434 (436 in Fn. 18).

²⁴⁵ Verluste für Zwecke der Einkommen- und Körperschaftsteuer werden aufgrund des transparenten Charakters der Personengesellschaft unmittelbar den Gesellschaftern zugerechnet.

²⁴⁶ Hier werden die Mitunternehmer als Träger des Rechts des Verlustabzugs angesehen; der Umfang der Unternehmerstellung und damit des Rechts auf Verlustabzug bestimmt sich grundsätzlich anhand des allgemeine Gewinn- und Verlustverteilungsschlüssels, vgl. *Kleinheisterkamp*, in: *Lenski/Steinberg*, GewStG, § 10a GewStG, Rz. 49 ff. und 102.

²⁴⁷ *Gosch*, BFH-PR 2009, 148 (149).

Auch unter dem Gesichtspunkt der Folgerichtigkeit verdichtet sich die verfassungsrechtliche Bewertung des § 8c KStG also auf die Frage des Vorliegens von Rechtfertigungsgründen.

cc) Verstöße gerechtfertigt?

(1) *Gegenfinanzierung von Entlastungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008*

Soweit die Einführung von § 8c KStG der Generierung von Steuereinnahmen bzw. der Gegenfinanzierung von Entlastungsmaßnahmen dienen sollte, stellt dies keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund für die Verletzung verfassungsrechtlicher Vorgaben dar.²⁴⁸ Denn letztlich ist die Erzielung von Steuereinnahmen der Zweck eines jeden Steuergesetzes, sodass dieser Aspekt nicht gleichzeitig Rechtfertigung für eine ungleich wirkende Belastungsvorschrift wie § 8c KStG sein kann.

(2) *Rechtsvereinfachung*

Der im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens ebenfalls bemühte Gedanke der Rechtsvereinfachung²⁴⁹ kann zwar prinzipiell als Rechtfertigungsgrund in Betracht kommen. Jedoch ist Vereinfachung und Praktikabilität kein Wert an sich und rechtfertigt keinen Bruch mit dem Trennungsprinzip, das eine Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers darstellt.²⁵⁰ Auf jeden Fall müsste das erstrebte Ziel der einfacheren Anwendbarkeit überhaupt erreicht worden sein. Betrachtet man die Entwicklung nach Einführung des § 8c KStG, mutet der Gedanke der Rechtsvereinfachung geradezu grotesk an. Denn es dürfte kaum vergleichbare Vorschriften geben, die bereits kurz nach Einführung derart häufig ergänzt und geändert werden mussten, die bereits zweimal die Europäische Kommission auf den Plan gerufen haben, die eine derartige Flut an Publikationen hervorgerufen haben und die nicht zuletzt unzählige immer noch offene bzw. neu hinzutretende Zweifelsfragen aufweisen, was den Gedanken der Rechtsvereinfachung ad absurdum führt.

(3) *Missbrauchsbekämpfung*

Letztlich verbleibt als einziger denkbarer Rechtfertigungsgrund der Gedanke der Missbrauchsbekämpfung. Dieser Aspekt wird bemerkenswerterweise bei Einführung des § 8c KStG in der Gesetzesbegründung überhaupt

²⁴⁸ St. Rspr. des BVerfG. Siehe die Nachweise oben in Fn. 50.

²⁴⁹ Gesetzentwurf v. 27.03.2007, BT-Drs. 16/4841, S. 75.

²⁵⁰ Ebenso Hey, BB 2007, 1303 (1307) und von Freeden, in: Schaumburg/Rödter, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, S. 522.

nicht erwähnt. So war es in der Literatur auch höchst umstritten, ob der ursprünglichen Fassung des § 8c KStG neben der Gegenfinanzierung von Steuerausfällen hinaus überhaupt ein eigenständiger Telos als Missbrauchsverhinderungsvorschrift zukam.²⁵¹ Aufgrund der rein mechanischen Wirkungsweise der Vorschrift ist dies mit guten Gründen verneint worden.²⁵² Sicherlich lagen der Einführung des § 8c KStG auch Missbrauchsbekämpfungs-Überlegungen zugrunde,²⁵³ zumal die Vorschrift ja die damalige Mantelkauf-Regelung in § 8 Abs. 4 KStG ersetzte, die an die Missbrauchsgetriebene Rechtsprechung des BFH zur wirtschaftlichen Identität als Voraussetzung für einen Verlustabzug anknüpfte.²⁵⁴ Was der Gesetzgeber regeln wollte, kann jedoch nur insoweit Wirkung entfalten, als dies Niederschlag in der konkret geschaffenen Vorschrift gefunden hat. § 8c KStG in seiner ursprünglichen Fassung hatte jedoch mit einer zielgenau ausgestalteten Missbrauchsverhinderungsvorschrift nicht das Geringste zu tun.²⁵⁵ Vielmehr war der Normalfall der Anteilsübertragung einem pauschalen und unwiderleglichen Schädlichkeitsverdacht ausgesetzt und führte beim Überschreiten bestimmter Schwellen ohne Hinzutreten weiterer Umstände unweigerlich zum Verlustuntergang. Wie das oben dargestellte Fallbeispiel zeigt, erfasste § 8c KStG Konstellationen wie beispielsweise konzerninterne Umstrukturierungen, in denen es bereits an einem Anknüpfungspunkt für einen wie auch immer gearteten Missbrauchsvorwurf fehlt. Einer aktuellen Entscheidung des BFH²⁵⁶ lässt sich – bei aller gebotenen Zurückhaltung (es handelt sich um eine rein summarische Prüfung, bei der es auch nur mittelbar um § 8c KStG

²⁵¹ Dies verneinen im Hinblick auf die Fassung des § 8c KStG vor den Änderungen durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz bspw. *Breuninger/Schade*, Ubg 2008, 261 (262 f.), *Roser*, DStR 2008, 77 (80); *Zerwas/Fröhlich*, DStR 2007, 1933 (1935) und auch *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (74).

²⁵² Stv. *Breuninger/Schade*, Ubg 2008, 261 (262 f.).

²⁵³ So auch z.B. *Oenings*, FR 2009, 606 (609).

²⁵⁴ Vgl. zur Entstehungsgeschichte oben unter III. 1.

²⁵⁵ So explizit auch *Gosch*, BFH/PR 2009, 148 (149): „Denn mit einer Missbrauchsvermeidung hat die darin [in § 8c KStG] bestimmte allgemeine Verlustvernichtung nun wirklich nichts mehr zu tun. Das Ganze dient nur noch dem „Fiskalhunger“ und der sog. Gegenfinanzierung für anderweitige Steuererleichterungen. Es handelt sich gegenüber § 8 Abs. 4 KStG a.F. also um einen klaren Paradigmenwechsel des Normtelos. Und so gesehen fehlt es dann aber an der besagten normativen „Folgerichtigkeit“. Das ist ein tragfähiger Hebel, um die Unsäglichkeit des § 8c KStG zu bekämpfen!“ Ferner bspw. *Drüen*, StuW 2008, 3 (13) und *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010), S. 25.

²⁵⁶ BFH-Beschluss v. 26.08.2010 – I B 49/10, DStR 2010, 2179, Tz. 16.

ging)²⁵⁷ – zumindest entnehmen, dass der BFH offenbar die Bedenken gegen den Missbrauchscharakter der Vorschrift teilt.²⁵⁸

„Letzteres [d.h. dass § 8c KStG der Missbrauchsvermeidung dient] ist bei der im Streitfall einschlägigen Regelung des § 8c Abs. 1 KStG 2002 n.F. (jedenfalls vor ... Einfügung der Sätze 6 und 7 ...) allerdings (und abweichend von der Vorgängerregelung des § 8 Abs. 4 KStG 2002 ...) nicht ohne weiteres anzunehmen.“

Aufgrund der Nachbesserungen in Form der Konzern- und Stille-Reserven-Klausel, aber gerade auch durch Einfügung einer Sanierungsklausel, wurde vom Gesetzgeber auf die offensichtlichsten Verfassungsverstöße reagiert und die Vorschrift in Richtung einer Missbrauchsverhinderungsregelung gegen den Handel mit „Verlustmänteln“ weiterentwickelt.²⁵⁹ Hier stellt sich die Frage, ob es sich bei § 8c KStG nicht möglicherweise um eine derart systemwidrige Vorschrift handelt, dass auch durch ein „Herumkurieren“ an Ausnahmebestimmungen keine zufriedenstellende Heilung erreicht werden kann.²⁶⁰ Jedenfalls nach der Negativentscheidung der Kommission zur Sanierungsklausel zeigt sich, dass auch die Weiterentwicklung des § 8c KStG hin zu einer Ausnahmenvorschrift für Missbrauchsfälle gescheitert ist. Es bleibt bei dem ursprünglichen Befund, dass § 8c KStG – da viel zu weitgehend – auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Missbrauchsverhinderung gerechtfertigt ist und damit verfassungswidrig ist.²⁶¹

²⁵⁷ Hierzu eingehender oben unter II. 2. d).

²⁵⁸ Ebenso auch die Anmerkung von *Gosch* (BFH-PR 2011, 10), der ausführt, dass der BFH zwar nicht zur Verfassungsmäßigkeit des § 8c KStG entschieden habe, diesbezügliche Bedenken jedoch alles andere als fernliegend seien.

²⁵⁹ So auch *Breuninger/Ernst*, GmbHR 2010, 561 (562) und *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (76 f.), wobei letztere dies weniger auf die Sanierungsklausel als vielmehr allein auf die Konzern- und Stille-Reserven-Klausel beziehen. Ähnlich *Wittkowski/Hielscher*, DB 2010, 11 (15) und *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010), S. 26. A.A. *Driuen*, Ubg 2010, 543 (549).

²⁶⁰ *Driuen*, Ubg 2010, 543 (549): „Der eingetretene Schaden des Systemverlusts lässt sich nicht durch kleinteilige Auslegungsarbeit bei den Ausnahmeklauseln beheben. Ein Herumkurieren an Symptomen wäre der falsche Weg.“ Ebenso *Lüdicke*, DStZ 2010, 434 (437).

²⁶¹ Im Vorfeld der Entscheidung der Kommission *Breuninger/Ernst*, GmbHR 2010, 561 (568).

Allein durch die Konzern- und die Stille-Reserven-Klausel ist m.E. der zwingende gesetzgeberische Handlungsbedarf nicht entfallen.²⁶² Es ist danach zu fragen, ob die Reichweite des Grundfalls – mechanische Verlustvernichtung beim Überschreiten entsprechender Schwellen – durch diese beiden Ausnahmebestimmungen tatsächlich so weit eingeschränkt wird, dass „am Ende des Tages“ ein Verlustuntergang nur noch in „echten“ Missbrauchsfällen eintritt.

Sowohl die Konzern- als auch die Stille-Reserven-Klausel sind von ihrem Grundgedanken her prinzipiell geeignet, § 8c KStG einen missbrauchsorientierteren Charakter zu verleihen.²⁶³ Der Konzernklausel liegt der Gedanke zugrunde, dass ein schädlicher Anteilseignerwechsel dann ausscheiden soll, wenn sich an der ggf. mittelbaren Verlustzuordnung im wirtschaftlichen Ergebnis nichts geändert hat. Die Stille-Reserven-Klausel will Verluste auch bei einem eigentlich schädlichen Anteilseignerwechsel soweit erhalten, als kein missbräuchlicher Verlusthandel vorliegt, da der Veräußerer die Verluste auch selbst hätte nutzen können.

Betrachtet man die Rechtswirklichkeit, ist jedoch zu konstatieren, dass beide Ausnahmebestimmungen mehr oder weniger große „Baustellen“ aufweisen, die deren Anwendungsbereich maßgeblich einschränken. Hierzu kann auf die oben dargestellten Fallbeispiele verwiesen werden. So kommt die Konzernklausel nach dem Gesetzeswortlaut beispielsweise in den Fällen nicht zur Anwendung, in denen eine Gesellschaft beteiligt ist, die börsennotiert ist oder über Minderheits-Gesellschafter verfügt. Die Stille-Reserven-Klausel kann gerade bei mehrstöckigen Strukturen zu nicht folgerichtigen Ergebnissen führen.

Daneben wäre gerade eine Ausnahmebestimmung für Krisensituationen eine zwingend erforderliche Einschränkung, um § 8c KStG zu einer missbrauchszentrierten Vorschrift werden zu lassen. Denn gerade in wirtschaftlichen Schwierigkeiten zeigt der mechanisch wirkende § 8c KStG seinen überschießenden Charakter. Will sich ein „rettender“ Investor an einem angeschlagenen Unternehmen beteiligen, ist ein zu verhindernder Missbrauch nicht ersichtlich. Dennoch greift hier § 8c KStG ein und erschwert oder verhindert die Rettung des Unternehmens, da die mit der Sanierung verbundene Änderung der Beteiligungsverhältnisse gleichzeitig zu einem Untergang der Ver-

²⁶² So jedoch *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010), S. 26 und 76 f., der jedoch gleichzeitig auch davon ausgeht, dass der „verfassungsrechtliche Rechtfertigungsdruck“ nun auf den Ausnahmebestimmungen lastet.

²⁶³ Ebenso *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73 (76 f.).

lustvorträge führt. Ob die hierfür vorgesehene Sanierungsklausel gem. § 8c Abs. 1a KStG aufgrund ihrer vergleichsweise hohen Hürden ausreichend war, war zweifelhaft, kann aber dahinstehen, nachdem die Sanierungsklausel nach der Negativentscheidung der Kommission²⁶⁴ nun (wohl²⁶⁵) dauerhaft nicht mehr anwendbar ist.

Im Ergebnis dürfte also wohl die Einschätzung des BFH-Richters *Peter Brandis* zutreffend sein, demzufolge durch die Konzern-, die Stille-Reserven- und die Sanierungsklausel zwar die Eingriffsintensität der Vorschrift des § 8c KStG gesunken ist, die steuersystematischen Bedenken jedoch nicht beseitigt werden konnten.²⁶⁶ Dies gilt umso mehr, nachdem die Kommission die Sanierungsklausel nun „kassiert“ hat. § 8c KStG ist also immer noch keine zielgenaue Missbrauchsverhinderungsvorschrift, sodass eine Rechtfertigung auch unter diesem Gesichtspunkt nicht in Betracht kommt.

b) Unzählige ungeklärte Fragen schaffen Rechtsunsicherheit

Neben der verfassungsrechtlichen Problematik bestehen bei der praktischen Anwendung der Vorschrift unzählige ungeklärte Probleme, die eine rechts-sichere Handhabung der Vorschrift stellenweise sogar in grundlegenden Konstellationen kaum möglich machen bzw. zu unbilligen und zufälligen Ergebnissen führen. Die nachfolgenden Beispiele sind – neben den in dem Fallbeispiel weiter oben angesprochenen Punkten – ein keinesfalls abschließender Ausschnitt der Problemkreise, die in unzähligen Fachbeiträgen diskutiert werden und in der täglichen Rechtsanwendung zu beobachten sind:

- Der Gesetzeswortlaut spricht von einer Übertragung „der Mitgliedschaftsrechte, Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einer Körperschaft“. Unklar ist hierbei insbesondere, wie mit Stimmrechtsvereinbarungen, Stimmrechtsbindungen oder mit einem Stimmrechtsverzicht, die gerade in mittelständischen Familienunternehmen häufig anzutreffen sind, umzugehen ist²⁶⁷ und ob hiervon auch hybride Beteiligungsformen wie Genussrech-

²⁶⁴ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung IP/11/65 v. 26.01.2011.

²⁶⁵ Zu den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Entscheidung der Kommission siehe oben unter III. 2. c) und *Dörr*, NWB 2011, 690 (697 ff.).

²⁶⁶ *Brandis*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 8c KStG, Rz. 22. Ebenso *Drüen*, Übg 2010, 543 (549).

²⁶⁷ Mangels Übertragung kann hier allenfalls ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegen, vgl. hierzu z.B. *Frotscher*, in: *Frotscher/Maas*, KStG/UmwStG, § 8c KStG, Rz. 35.

te, (atypisch) stille Gesellschaften oder Bezugsrechte bzw. die Einräumung einer bloßen Option erfasst werden.²⁶⁸

- § 8c KStG sanktioniert auch die einem Anteilseignerwechsel vergleichbaren Sachverhalte. Offenbar wurde diesbezüglich bewusst eine weite und ungenaue Formulierung gewählt, um möglichst umfassend auf Gestaltungsüberlegungen reagieren zu können.²⁶⁹ Die praktische Handhabbarkeit der Regelung ist dadurch jedoch massiv eingeschränkt. Es findet sich eine kaum noch überschaubare Diskussion zur Vergleichbarkeit beispielsweise von Stimmrechtsvereinbarungen bzw. Gewinnverteilungsabreden, von hybriden Eigen- bzw. Fremdkapitalinstrumenten (siehe oben) und von verschiedenen Umwandlungsvorgängen.²⁷⁰
- Gem. § 8c Abs. 1 Satz 3 KStG gilt eine Gruppe von Erwerbern mit gleichgerichteten Interessen als ein Erwerber. Ausweislich der Gesetzesbegründung²⁷¹ soll damit Umgehungsgestaltungen (insbesondere sog. Quartettlösungen) begegnet werden. Bei der Regelung handelt es sich um eine eigentlich eng auszulegende Ausnahmenvorschrift.²⁷² Nach Auffassung der Finanzverwaltung²⁷³ soll jedoch regelmäßig bereits dann von gleichgerichteten Interessen auszugehen sein, wenn eine informelle Abstimmung zwischen den Erwerbern stattgefunden hat, wobei noch nicht einmal die Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks i.S.d. § 705 BGB erforderlich sein soll und sich die gleichgerichteten Interessen auch nicht auf den Erhalt der Verlustvorträge richten müssen.²⁷⁴
- Zu offensichtlich unbilligen Ergebnissen kommt man, wenn man der Position der Finanzverwaltung zur mehrfachen Übertragung der nämli-

²⁶⁸ Vgl. zur atypisch stillen Beteiligung bspw. *Breuninger/Ernst*, GmbHR 2010, 561 (566 m.w.N.).

²⁶⁹ Kritisch auch *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8c KStG, Rz. 34. Unter dem Gesichtspunkt der Eingriffsverwaltung erscheint eine derartige „Angstklausel“ (*Wiese*, DStR 2007, 741 [742]) kaum hinnehmbar.

²⁷⁰ Vgl. für eine Übersicht *Frotscher*, in: *Frotscher/Maas*, KStG/UmwStG, § 8c KStG, Rz. 54 ff.

²⁷¹ Bericht des Finanzausschusses v. 24.05.2007, BT-Drs. 16/5491, S. 22.

²⁷² Die Auslegungsfähigkeit ist richtigerweise zu bejahen. Ebenso *Kleinheisterkamp*, in: *Lenski/Steinberg*, GewStG, § 10a GewStG, Rz. 132.

²⁷³ BMF-Schreiben v. 04.07.2008, BStBl. I 2008, 736, Rz. 27.

²⁷⁴ Das Kriterium den gemeinsamen Zwecks i.S.d. § 705 BGB ist nach der Finanzverwaltung ein hinreichendes, jedoch kein erforderliches Kriterium für gleichgerichtete Interessen. Bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften, bei denen die gemeinsame Zweckverfolgung irrelevant sein soll, wird hiervon jedoch offenbar eine Ausnahme gemacht. Vgl. hierzu *Klemt*, DB 2008, 2100.

chen Anteile folgt. Hier kann jede einzelne Übertragung schädlich i.S.d. § 8c KStG sein und zu einem vollständigen bzw. anteiligen Verlustuntergang führen, wenn jeweils die entsprechenden Beteiligungsgrenzen überschritten werden.²⁷⁵ Werden bspw. die nämlichen 25,1 % der Anteile einer Kapitalgesellschaft mehrfach „weitergereicht“, führt jeder dieser Übertragungsvorgänge für sich genommen nach § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG grundsätzlich zu einem Untergang von 25,1 % der dann noch vorhandenen Verlustvorträge. Nach einer drei- bis viermaligen Übertragung des nämlichen Anteils ist so nicht mehr viel von den ursprünglichen Verlusten übrig, obwohl im Ergebnis 74,9 % der Anteile überhaupt nicht bewegt wurden. Im Extremfall kann ein entsprechender Verlustuntergang sogar dann eintreten, wenn Anteile nur „geparkt“ werden und der ursprüngliche Anteilseigner die Anteile wieder zurückerwirbt, wenn ein nur kurzfristiger Zwischenerwerb stattgefunden hat²⁷⁶ oder wenn die Anteile innerhalb eines Erwerberkreises übertragen werden (der ja eigentlich als ein Erwerber i.S.d. § 8c KStG gilt).²⁷⁷ Dadurch kann § 8c KStG zu einem regelrechten „Verlustvernichtungs-Automaten“ werden.

- Anteilserwerbe werden innerhalb eines Fünfjahreszeitraums zusammengezählt und können zu einer ggf. erneuten Anwendung von § 8c KStG führen, wenn die entsprechenden Quoten überschritten werden. Unklar ist hier beispielsweise, ob die Anteile, die aufaddiert werden, noch vorhanden sein müssen oder ob Anteils-Abgänge gegenzurechnen sind. Denkbar ist die Konstellation eines Anteilseigners, der zunächst eine – unter dem Blickwinkel des § 8c KStG unschädliche – Beteiligung von 25 % an einer Verlustgesellschaft erwirbt, anschließend diese Anteile wieder verkauft und innerhalb von fünf Jahren z.B. im Rahmen eines Management-Buy-Out erneut einen Anteil an der Gesellschaft – nun jedoch nur eine Mini-Beteiligung von 1 % – erwirbt. Würde man in dieser Fallgestaltung der erstgenannten Auffassung folgen, wäre das Ergebnis, dass der 1-%-Erwerb die Schädlichkeits-Schwelle des § 8c KStG über-

²⁷⁵ BMF-Schreiben v. 04.07.2008, BStBl. I 2008, 736, Rz. 22.

²⁷⁶ Insofern wird in der Literatur zu Recht eine teleologische Reduktion gefordert, vgl. *Frotscher*, in: *Frotscher/Maas*, KStG/UmwStG, § 8c KStG, Rz. 30, 58. Die Finanzverwaltung scheint von engen Ausnahmefällen abgesehen – wie z.B. für einen Zwischenerwerb durch eine Emissionsbank im Rahmen eines Börsengangs (BMF-Schreiben v. 04.07.2008, BStBl. I 2008, 736, Tz. 6) – keine Ausnahmen anerkennen, vgl. *Möhlenbrock*, in: *Rödter/Möhlenbrock*, Ubg 2008, 595 (598).

²⁷⁷ Weswegen man auch mit guten Gründen vertreten kann, dass entsprechende Übertragungen irrelevant sind, vgl. z.B. *Sistermann/Brinkmann*, BB 2008, 1928 (1933 f.). A.A. offenbar die Finanzverwaltung, vgl. das Beispiel 3 in BMF-Schreiben v. 04.07.2008, BStBl. I 2008, 736, Rz. 22.

schreiten würde und es zu einem anteiligen Verlustuntergang i.H.v. 26 % käme, obwohl der Anteilseigner gar nicht mehr über eine entsprechende Beteiligung verfügt. M.E. kann vom Ergebnis her nur die zweite Auffassung, die zwischenzeitlich erfolgte Anteilsveräußerungen mit einbezieht, richtig sein.²⁷⁸ Der Gesetzeswortlaut lässt jedoch beide Möglichkeiten offen. Hier zeigt sich im Besonderen die Schwierigkeit der Auslegung einer Telos-freien Norm.

- Besonders plastisch sind die unbilligen Rechtsfolgen in einer Konstellation, in der durch geringfügige Hinzuerwerbe die Schädlichkeits-Schwelle des § 8c KStG überschritten wird und dadurch Verluste bzw. Verlustvorträge vernichtet werden, die zum Zeitpunkt des ursprünglichen Beteiligungserwerbs noch gar nicht bestanden haben. Denkbar ist z.B., dass sich eine Person A mit 50 % an einer wirtschaftlich „gesunden“ GmbH beteiligt, die weder Verlustvorträge noch laufende Verluste aufweist, sodass für einen anteiligen Verlustuntergang nach § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG kein Anwendungsbereich vorliegt. Nach dem Erwerb kommt die Gesellschaft jedoch in wirtschaftliche Schwierigkeiten und baut Verlustvorträge auf. Im Zuge dieser Entwicklungen wird es A möglich, seine Beteiligung um 0,1 % auf jetzt 50,1 % aufzustocken. Dadurch wird erstmalig der Tatbestand des § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG ausgelöst und die Verlustvorträge gehen in voller Höhe unter, obwohl diese zum Zeitpunkt des Erwerbs der 50%-Beteiligung noch gar nicht vorhanden waren.²⁷⁹
- Rein zufällige Ergebnisse resultieren auch daraus, dass durch ein Überschreiten der 25-%-Schwelle des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG insoweit – jedoch auch nur für Zwecke des anteiligen Verlustuntergangs nach Satz 1²⁸⁰ – ein Sanktionsverbrauch eintritt. Hinzuerwerbe bis zum Erreichen der 50%-Grenze sind dann nicht mehr weiter schädlich. Werden also beispielsweise 26 % der Anteile auf schädliche Art und Weise erworben, führt dies zu einem Untergang von 26 % der ggf. vorhandenen Verluste bzw. Verlustvorträge. Werden weitere 24 % erworben, löst dies kei-

²⁷⁸ Ebenso *Möhlenbrock*, in: Rödder/Möhlenbrock, Ubg 2008, 595 (603 f.). A.A. *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8c KStG, Rz. 71 m.w.N.

²⁷⁹ Hätte die Gesellschaft bereits zu diesem Zeitpunkt über Verluste bzw. Verlustvorträge verfügt, wären diese gem. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG anteilig i.H.v. 50 % untergegangen; der Anwendung von § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG auf das anschließende Überschreiten der 50%-Grenze steht dies nicht entgegen.

²⁸⁰ Dies gilt jedoch nicht für einen Untergang der gesamten Verlustvorträge nach § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG („Unabhängig von Satz 1...“). Wird die hierfür relevante Schwelle überschritten – ggf. durch Addition mehrerer Erwerbe – folgt hieraus ein vollständiger Verlustuntergang.

ne weiteren Folgen nach § 8c KStG aus. Bei umgekehrter Chronologie – also zunächst 24 % und anschließend erst 26 % – ergeben sich unter dem Blickwinkel des § 8c KStG völlig unterschiedliche Konsequenzen. Hier ist der erste Erwerb unproblematisch und führt nicht zu einer Anwendung des § 8c KStG. Da damit aber auch noch kein Sanktionsverbrauch eingetreten ist, wird für Zwecke der Schädlichkeitsschwelle des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG „weiter gezählt“. Der anschließende Erwerb der 26 % bedeutet daher, dass die Verluste zu diesem Zeitpunkt anteilig i.H.v. 50 % untergehen, da die beiden Anteilsübertragungen zusammenzuzählen sind und erst in Addition mit der zweiten Übertragung die relevante Schwelle überschritten wurde. Je nach Umfang der Verluste und Zeitpunkt der Verlustentstehung kann dies für den Steuerpflichtigen vorteilhaft oder nachteilig sein. In jedem Fall sind die Rechtsfolgen jedoch rein zufällig und daher kaum mit dem Gleichheitssatz vereinbar.

Die nach und nach geschaffenen Ausnahmetatbestände – also insbesondere die Sanierungsklausel und die Konzern- und Stille-Reserven-Klausel – sollten den zu weit geratenen Anwendungsbereich der Vorschrift einschränken. Dies ist nur unzureichend gelungen. Die Sanierungsklausel wurde mittlerweile von der Kommission als (angeblich) verbotene Beihilfe aufgehoben. Die Konzern- und die Stille-Reserven-Klausel haben zwar an den drängendsten Punkten für eine gewisse Erleichterung gesorgt, jedoch ist auch hier zu beobachten, dass selbst Grundsatzfragen nur unzureichend geregelt sind. Entsprechende Auslegungsversuche²⁸¹ sind aus Sicht der Praxis zu begrüßen, gewähren jedoch zumindest bis zum Ergehen eines BMF-Schreibens zur Konzern- bzw. Stille-Reserven-Klausel keine hinreichende Rechtssicherheit. Oftmals entscheiden Zufälligkeiten über die Anwendbarkeit der beiden Ausnahmenvorschriften. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.²⁸² Insgesamt hat die Komplexität durch die Ausnahmebestimmungen noch einmal deutlich zugenommen. Insbesondere bei der Stille-Reserven-Klausel kommt hinzu, dass die Ermittlung der maßgeblichen Kennzahlen oft überhaupt nicht oder nur unter Einsatz ganz erheblicher Ressourcen möglich ist, da entsprechende Bewertungen anzustellen sind und bei unterjährigen Beteiligungserwerben fortgeführte Zwischenwerte zu ermitteln sind. Die Kosten hierfür können im Einzelfall den „Wert“ der zu erhaltenden Verlustvorträge übersteigen, sodass die Regelung in vielen Konstellationen wirtschaftlich leerlaufen dürfte.

²⁸¹ Hierzu insbesondere *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010, 73.

²⁸² Vgl. v.a. unter III. 2. b) aa) und III. 2. b) bb).

All diese Gesichtspunkte verdichten sich aus Sicht der praktischen Anwendung der Vorschrift zu gleichheitswidrigen (weil zufälligen) Ergebnissen. Ferner stellt sich die Frage, ob die Vorschrift überhaupt vernünftig administrierbar ist.²⁸³ Die Finanzverwaltung kann beispielsweise überhaupt nicht überprüfen bzw. für die inländische Kapitalgesellschaft ist nicht ermittelbar, ob „in den Sternen“ möglicherweise schädliche Anteilsübertragungen stattgefunden haben, oder ist es völlig unvorhersehbar, wie die Finanzverwaltung in einer künftigen Betriebsprüfung die Konzernklausel anwenden wird, stellt sich die Frage, ob den Vorgaben des BVerfG an eine Gleichheit im Belastungserfolg Genüge getan wird,²⁸⁴ wenn der Gesetzesvollzug in ein normatives Umfeld eingebettet ist, in dem eine Lastungleichheit quasi systemimmanent und in Bezug auf die konkrete Rechtsanwendung im Einzelfall nicht mehr gewährleistet ist.

IV. Was kostet den Fiskus eine Neuordnung des Mantelkaufs?

Die in den vorstehenden Abschnitten aufgezeigten, zum Teil grundlegenden Schwächen des § 8c KStG haben den Ruf nach einem Handeln durch den Gesetzgeber laut werden lassen. Durch die Negativentscheidung der Kommission zur Sanierungsklausel hat sich dies noch einmal verstärkt. Neben einer ersatzlosen Streichung der Vorschrift²⁸⁵ wird insbesondere eine stärker missbrauchsorientierte Neuregelung gefordert.²⁸⁶

Der entscheidende Gesichtspunkt für eine praktische Umsetzung sämtlicher Reformüberlegungen dürften die zu erwartenden Auswirkungen auf das Steueraufkommen sein. Sind durch eine Neuregelung massive Steuerausfälle zu befürchten, wäre dies selbst für eine systematisch noch so überzeugende Neuregelung eine wohl unüberwindliche Hürde.²⁸⁷

²⁸³ *Sedemund/Fischenich*, BB 2008, 535 (536 f.) erkennen eine Art „strukturelles Vollzugsdefizit“.

²⁸⁴ Vgl. z.B. BFH-Urteil v. 09.03.2004 – 2 BvL 17/02, BStBl. II 2005, 56.

²⁸⁵ So die Maximalforderung von *Ehrmann*, DStR 2011, 5 (8).

²⁸⁶ *Stv. Drüen*, DStR 2011, 289 (293 f.).

²⁸⁷ Eine derartige Gesetzgebung „nach Kassenlage“ wird zu Recht massiv kritisiert (vgl. in anderem Kontext *Hey*, BB 2009, 1044 [1048]). *Joachim Lang* bezeichnet diesen Fiskalismus gar als den „schlimmste(n) Feind“ (*J. Lang*, StuW 2007, 3 [7]) des Leistungsfähigkeitsprinzips. Rein tatsächlich wäre es in Zeiten angespannter öffentlicher Haushalte dennoch „zu kurz gesprungen“, bei systematischen Überlegungen Halt zu machen und – ohne dadurch die systemtragenden Grundprinzipien zu relativeren – die konkreten Folgen für das Steueraufkommen auszublenden. Anders *Nawrath* (DStR 2009, 2 [3]), der im Hinblick auf die „sonstigen sog.

Die Angst vor Steuerausfällen ist ganz offensichtlich in der Höhe der angesammelten Verlustvorträge und dem sich hieraus abstrakt ergebenden Steuerminderungspotenzial begründet. Dieses Potenzial könnte – so die fiskalischen Befürchtungen – schneller bzw. überhaupt genutzt werden, wenn Gesellschaften mit Verlustvorträgen mehr oder weniger unbeschränkt übertragen werden könnten.

Es stellt sich jedoch die Frage, welchen Einfluss Mantelkäufe tatsächlich auf das Steueraufkommen haben und ob aus fiskalischer Sicht überhaupt das Bedürfnis für eine derart komplexe und verfassungsrechtlich kaum zu rechtfertigende Vorschrift wie § 8c KStG besteht. Denn analysiert man die verfügbaren Zahlen vergangener Jahre,²⁸⁸ lässt sich bei aller gebotener Vorsicht nicht belegen, dass in den de facto Mantelkauf-unbeschränkten Jahren bis 1997 ein Verlusthandel das Steueraufkommen messbar gemindert hätte bzw. dass in diesem Zeitraum relativ gesehen mehr Verluste genutzt wurden als in den Jahren ab 1997, in denen eine deutlich strengere Mantelkaufregelung galt:

- Eigentlich hätte die Möglichkeit, Verluste nahezu uneingeschränkt auf Steuerpflichtige zu übertragen, die diese überhaupt bzw. schneller nutzen können, zu einem Abnehmen bzw. zumindest zu einem weniger schnellen Ansteigen der Verlustvorträge führen müssen. Bezogen auf das Steueraufkommen, das ja eine Netto-Zahl nach steuerlicher Geltendmachung der Verluste ist, hätten relativ gesehen mehr Verluste genutzt werden müssen als in Jahren, in denen die Grenzen für einen Mantelkauf deutlich enger waren.
- Tatsächlich ist jedoch eher das Gegenteil zu beobachten: In Jahren, in denen Verluste nahezu ungehindert übertragen werden konnten, war das Körperschaftsteueraufkommen sogar überdurchschnittlich hoch; die Verlustvorträge sind überproportional stark angestiegen. Untermauert wird dieser Befund durch die Relation von Steueraufkommen zu Verlustnutzung, die über die Jahre nahezu unverändert geblieben ist. In Jahren ohne (wirksame) Mantelkaufregelung wurden also relativ gesehen nicht mehr Verluste genutzt als in den Jahren danach.
- Hätte ein reger Verlusthandel stattgefunden, hätten aber in der Vergangenheit zumindest relativ gesehen mehr Verluste steuerlich geltend ge-

Steuerrechtsprinzipien“ nur von einer „Referenzposition“ spricht und fiskalischen Interessen wohl allgemein Vorrang einräumen will.

²⁸⁸ Amtliche Körperschaftsteuerstatistiken sind für die Jahre 1992, 1995, 1998, 2001, 2004 (jeweils dreijährliche Körperschaftsteuerstatistik) und die Jahre 2005 und 2006 (jeweils jährliche Körperschaftsteuerstatistik) verfügbar. Zum Hintergrund und zu den Abweichungen zwischen den Erhebungsformen eingehender unter IV. 3. a).

macht werden müssen als in den Jahren mit Mantelkaufbeschränkung. Offenbar war dies jedoch nicht der Fall, was wiederum dafür spricht, dass die Angst vor massiven Steuerausfällen durch den Handel mit Verlustmängeln überschätzt wird, möglicherweise sogar deutlich.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu beantworten, ob eine Vorschrift wie § 8c KStG aus fiskalischer Sicht überhaupt erforderlich ist:

- Das erwartete steuerliche Mehraufkommen beträgt pro Jahr nur wenige hundert Millionen Euro.
- Dies bedeutet umgekehrt jedoch nicht, dass es sich hierbei um ein Bagatell-Problem handeln würde. Denn die „Kollateralschäden“²⁸⁹, die die Vorschrift anrichtet (z.B. weil sinnvolle Restrukturierungen unterbleiben oder Unternehmenssanierungen fehlschlagen), dürften nicht zuletzt nach der Negativentscheidung der Kommission zur Sanierungsklausel ungleich höher sein und stellen gerade für Unternehmen in Krisensituationen ein massives Problem dar. Der Steuerstandort Deutschland wird durch eine Regelung wie § 8c KStG nachhaltig geschädigt.

Im Ergebnis spricht also auch aus fiskalischer Sicht wenig dagegen, § 8c KStG durch eine missbrauchsorientierte Neuregelung zu ersetzen. Aufgrund der Erfahrungen der Vergangenheit sind Steuerausfälle nicht oder zumindest nicht in signifikantem Umfang zu befürchten. Die positive Signalwirkung würde dies jedenfalls deutlich überkompensieren.

1. Höhe der Verlustvorträge als „Damoklesschwert“

Über jeder Diskussion zur steuerlichen Verlustnutzung schwebt als fiskalisches „Damoklesschwert“ die schiere Höhe der bestehenden Verlustvorträge und das sich hieraus theoretisch ergebende Steuerausfallpotenzial. Besonders deutlich wurde dies Ende des vergangenen Jahres, als in der Tagespresse vor einem drohenden „riesige[n] Steuerloch“²⁹⁰ bzw. von möglichen „Steuerausfällen von über 100 Milliarden“²⁹¹ die Rede war und die gesamten Verlustvorträge auf mehr als € 1100 Mrd. geschätzt wurden.²⁹² Dies kann man wohl nur als unsachliche „Effekthascherei“ bezeichnen. Durch schlichte Addition der körperschaft- und gewerbesteuerlichen Verlustvorträge wird der Eindruck erweckt, die Zahlen würden extrem über den bisherigen Schätzungen

²⁸⁹ Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009 v. 19.09.2008, BR-Drs. 545/08 (Beschluss), S. 49.

²⁹⁰ Financial Times Deutschland v. 29.12.2010, S. 1.

²⁹¹ Süddeutsche Zeitung v. 30.12.2010, S. 23.

²⁹² So die Financial Times Deutschland v. 29.12.2010, S. 1.

liegen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die entsprechenden Zahlen sind seit Langem bekannt und haben sich über die vergangenen Jahre und Jahrzehnte mehr oder weniger kontinuierlich angesammelt.

Im Jahr 2006 beliefen sich laut aktuellster veröffentlichter Körperschaftsteuerstatistik (jährliche Statistik) die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge der Körperschaftsteuerpflichtigen²⁹³ auf etwa € 576 Mrd. Hiervon entfielen annähernd 2/3 auf Körperschaftsteuersubjekte, die sich im Steuerjahr 2006 in einer Verlustsituation befanden und daher zu einer Netto-Verlustakkumulation beigetragen haben.²⁹⁴ Für Gewerbesteuerzwecke ist zum Ende des Jahres 2004 von gewerbesteuerlichen Verlustvorträgen i.H.v. € 569 Mrd. auszugehen.²⁹⁵ Berücksichtigt man die statistische Entwicklung in den Vorjahren, den wohl überdurchschnittlich hohen Verbrauch in den Boomjahren bis 2008 (in denen allerdings bereits die sog. Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG Berücksichtigung fand) und die Auswirkungen der Wirtschaftskrise ab dem Herbst 2008, erscheint es nachvollziehbar, wenn für Ende 2010 von einem Bestand an körperschaftsteuerlichen und gewerbesteuerlichen Verlustvorträgen i.H.v. jeweils etwa € 500 – 700 Mrd. ausgegangen wird.²⁹⁶

Würde man diese Zahlen mit den aktuellen Sätzen für die Körperschaftsteuer, den Solidaritätszuschlag bzw. für die Gewerbesteuer multiplizieren, ergäbe sich rein rechnerisch tatsächlich ein Steuerausfallpotenzial von € 150 bis

²⁹³ Ohne steuerbefreite Körperschaften, ohne Organgesellschaften und ohne beschränkt körperschaftsteuerpflichtige.

²⁹⁴ Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Finanzen und Steuern, Körperschaftsteuerstatistik 2006 v. 22.12.2010, Tabelle 3.1. Unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige 1998 – 2006, Gewinn- und Verlustfälle.

²⁹⁵ Vgl. *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010), S. 35 m.w.N.

²⁹⁶ So *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010), S. 36 f. Nach anderen Schätzungen ist von ca. € 500 bis 600 Mrd. auszugehen, vgl. *Möhlenbrock*, in: *DStJG* Band 33 (2009), S. 339 (345, Fn. 28) und *ders.*, *Ubg* 2010, 256 (257, Fn. 16). Ähnlich *Lüdicke*, *DStZ* 2010, 434 (440) und *Müller-Gatermann*, *Ubg* 2010, 153 (158). Die von *Thiel* (in: *Spindler/Tipke/Rödter* [Hrsg.], *FS* Schaumburg, 2009, S. 515 [517]) ins Feld geführte Größenordnung („nach Pressemeldungen“ – gemeint ist wohl die in der *Financial Times* Deutschland v. 07.02.2007 unter Berufung auf das Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung genannte Zahl) von € 380 Mrd. erscheint eher konservativ bzw. nicht mehr aktuell. Vgl. auch *Lenz/Ribbrock*, *BB* 2007, 587. Dem Vernehmen nach lassen aktuellste Schätzungen darauf schließen, dass aufgrund der Wirkungen der Wirtschaftskrise die tatsächlich vorhandenen körperschaft- und gewerbesteuerlichen Verlustvorträge eher sogar noch höher liegen könnten.

200 Mrd.²⁹⁷ Mit *Rolf Möhlenbrock* hat ein hochrangiger Vertreter des Bundesfinanzministeriums diese Befürchtungen im Kontext von § 8c KStG expressis verbis dargelegt:

„Sie [Anm.: die Regelung in § 8c KStG] hat unter anderem das Ziel, die von mir zitierten 500 Milliarden Euro Verlustvorträge in den Griff zu bekommen. Und genau das [...] war der zentrale Aspekt für den Gesetzgeber. Die Finanzverwaltung wird regelmäßig danach gefragt: Was gibt es an Verlustvorträgen? Dann schaut man in die statistischen Jahrbücher und stellt fest: Es werden immer mehr. Es entwickelt sich ein Schreckgespenst. Man stelle sich vor, der Haushaltsgesetzgeber müsste eines Tages damit rechnen, dass fünfhundert Milliarden Euro Verlustvorträge auf einen Schlag abgezogen werden. Es gäbe für die nächsten Jahre faktisch keine Steuerzahlungen mehr – wenigstens im ertragsteuerlichen Bereich nicht.“²⁹⁸

Hierzu sei zunächst einmal angemerkt, dass die Auswirkungen auf das Steueraufkommen primär von der Ausgestaltung des allgemeinen Verlustverrechnungsregimes – also im Wesentlichen der Rücktragungsmöglichkeit bzw. der Mindestbesteuerung nach § 10d EStG – und den besonderen Verlustabzugs- und Ausgleichsbeschränkungen abhängen. § 8c KStG selbst schafft keine eigenständige Verlustverrechnungsmöglichkeit. Verluste, die trotz § 8c KStG erhalten bleiben, können immer nur im Rahmen der allgemeinen bzw. besonderen Vorschriften steuerlich geltend gemacht werden.

Jedenfalls ist es völlig unrealistisch, von den aufgelaufenen Verlustvorträgen auf entsprechende massive Steuermindereinnahmen zu schließen. Dies würde nämlich voraussetzen, dass die Verluste auch faktisch und zügig genutzt werden können. In den seit 1992 geführten Statistiken findet sich jedoch kein einziges Jahr, in dem netto insgesamt²⁹⁹ mehr Verluste geltend gemacht worden wären, als neue Verluste entstanden sind.³⁰⁰ Mit anderen Worten:

²⁹⁷ € 500 Mrd. bzw. € 700 Mrd. x 15,825% (KSt + Soli) = € 80 Mrd. bzw. € 110 Mrd.; € 500 Mrd. bzw. € 700 Mrd. x 14% GewSt (bei unterstelltem Hebesatz von 400) = € 70 Mrd. bzw. € 98 Mrd. Vgl. dazu auch die Berichterstattung u.a. von FTD (s. Fn. 290) und SZ (s. Fn. 291).

²⁹⁸ *Möhlenbrock*, in: DStJG Band 33 (2009), S. 386 (Diskussionsbeitrag).

²⁹⁹ Bei einer Betrachtung pro unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtiger ist mit 1998 ein Jahr zu verzeichnen, in denen Verlustvorträge abgenommen haben. In allen anderen Jahren sind auch pro Steuersubjekt die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge kontinuierlich angestiegen.

³⁰⁰ Der Beitrag in der Süddeutschen Zeitung (Fn. 291) erwähnt immerhin noch, dass sich die möglichen Einnahmeausfälle „rein mathematisch“ ergeben und „[i]n der Praxis ... niedriger ausfallen“ dürften.

Die Verlustvorträge stehen zwar auf dem Papier, die Steuerpflichtigen können diese jedoch nicht nutzen, sondern bauen vielmehr laufend neue Verluste auf. Durch diese „Lame-Duck-Verluste“ wird das tatsächliche Steueraufkommen nicht bedroht. Es ist kein Grund ersichtlich, wieso sich dieser langfristige Trend auf einmal umkehren sollte. Ob diese Verluste, die ohnehin nicht genutzt werden können, nun untergehen oder erhalten bleiben, ist für das Steueraufkommen prinzipiell ohne Bedeutung.

2. Mobilisierung von Verlustvorträgen eigentlicher Hintergrund für § 8c KStG

Eine Regelung wie § 8c KStG ist jedoch nicht ausschließlich vor dem Hintergrund der absoluten Höhe der Verlustvorträge zu bewerten. Denn Lame-Duck-Verluste können sich nur insoweit auf das Steueraufkommen auswirken, als diese auf Steuerpflichtige in Gewinnsituationen und damit mit Verrechnungspotenzial übertragen werden und so schneller bzw. überhaupt nutzbar gemacht werden. Diese Mobilisierung von Verlustvorträgen (sog. Loss Trafficking) ist auch der eigentliche Kontext für eine Vorschrift wie § 8c KStG, da unkontrollierte Steuerausfälle erst durch den Transfer entsprechender Verlustvorträge zu erwarten sind.

Jedoch erscheint auch diese Befürchtung bei Betrachtung der Steuerstatistiken der vergangenen Jahre unrealistisch. Vielmehr liegt insoweit ebenso der Schluss nahe, dass die Auswirkungen des Mantelkaufs auf das Steueraufkommen bzw. das entsprechende „Drohpotenzial“ massiv überschätzt werden. Offenbar fand auch in Jahren, in denen de facto keine Beschränkungen bestanden, kein signifikanter Handel mit Verlustmänteln statt.

Was sind die naheliegendsten Gründe für eine entsprechende „Selbstbeschränkung“ der Steuerpflichtigen? Es ist zu vermuten, dass die Zahl von Mantelgesellschaften mit Verlusten und ohne nennenswerte Historie – und damit geringem Haftungsrisiko – vergleichsweise gering war. Die ganz überwiegende Zahl der Gesellschaften mit Verlustvorträgen dürfte über einen längeren Zeitraum hinweg operativ tätig gewesen sein. Wer eine solche Gesellschaft allein wegen ihrer Verlustvorträge erwerben will, muss sich darüber im Klaren sein, dass dieser Kauf mit erheblichen Risiken verbunden sein kann. So kann aus verschiedensten Gründen eine Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft in Betracht kommen. Letztlich müsste der Erwerber eine möglichst umfassende Due Diligence vornehmen, um diese Risiken zu identifizieren und in die Verhandlungen über den Kauf der Gesellschaft einfließen zu lassen. Unterstellt man, dass es dem Käufer allein um die Verlustvorträge und nicht beispielsweise um strategische Überlegungen oder Sy-

nergieeffekte geht, muss der damit verbundene Steuervorteil schon erheblich sein, um diesen Aufwand bzw. das drohende Haftungsrisiko aus betriebswirtschaftlicher Sicht zu rechtfertigen. Hinzu kommen sonstige Transaktionskosten beim Erwerb und künftige Restrukturierungsaufwendungen, die zur Nutzung der Verlustvorträge regelmäßig erforderlich sein dürften und den Kauf weiter verteuern.

Auf der Grundlage dieser Erwägungen ist wohl davon auszugehen, dass ein „echter“ Mantelkauf, also der Erwerb einer fremden Gesellschaft allein wegen ihrer Verlustvorträge, die absolute Ausnahme war. Praktische Erfahrungen bestätigen dies. Die künftige mögliche Steuerersparnis aus einer noch ungewissen Nutzung der Verlustvorträge dürfe regelmäßig zu gering gewesen sein, um die tatsächlichen Kosten der Transaktion und das drohende Risiko einer Inanspruchnahme aus offenen Verbindlichkeiten der Gesellschaft wirtschaftlich zu rechtfertigen. Hinzu kommt, dass der Steuervorteil aus der Verlustnutzung dem Grunde und der Höhe nach völlig ungewiss war, da zunächst einmal ausreichend Gewinne erzielt werden müssen und ferner darauf vertraut werden muss, dass künftige Rechtsänderungen die Verlustvorträge nicht entwerten³⁰¹ und dass die Transaktion nicht nachträglich – insbesondere nach einer Betriebsprüfung – als Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO) angesehen wird.

3. Einfluss des Mantelkaufs auf Steueraufkommen / Verlustnutzung statistisch nicht nachweisbar

Auf Grundlage der Steuerstatistiken der vergangenen Jahre lässt sich auch unter Beachtung der eingeschränkten Aussagekraft des verfügbaren Zahlenmaterials (siehe unter a)) nicht nachweisen, dass Mantelkäufe einen nachweisbaren Einfluss auf das Steueraufkommen bzw. die Verlustnutzung gehabt hätten.

Dies stützt sich auf einen Vergleich der verfügbaren Zahlen der Veranlagungszeiträume 1992 und 1995 mit denen der Jahre 1998, 2001 und 2004 bis 2006. Dazu wird unterstellt, dass nach Aufgabe der Mantelkauf-Rechtsprechung³⁰² und bis zur Verschärfung des § 8 Abs. 4 KStG mit Wirkung für den Veranlagungszeitraum 1997³⁰³ ein Mantelkauf de facto unbegrenzt möglich

³⁰¹ Bspw. führt eine Absenkung des Körperschaftsteuersatzes auch dazu, dass sich der Steuereffekt aus der Nutzung von Verlustvorträgen verringert, die Verlustvorträge also – vereinfacht gesagt – weniger wert sind.

³⁰² Siehe oben unter III. 1. b).

³⁰³ Hierzu unter III. 1. c).

war, da der „alte“ § 8 Abs. 4 KStG nahezu leer lief.³⁰⁴ Der Anwendungsbereich der Vorschrift war nach den Verschärfungen – was sich auch statistisch belegen lässt – erheblich weiter und schränkte Mantelkäufe ein. Ein Vergleich der beiden Zeiträume lässt also gewisse Rückschlüsse darüber zu, welchen Einfluss der Mantelkauf auf das Steueraufkommen hat (siehe zum methodischen Vorgehen unter b)).

Betrachtet wird zunächst das Körperschaftsteueraufkommen. Im Hinblick auf den Einfluss von Mantelkaufregelungen ist diese Kennzahl absolut gesehen äußerst ungenau, da hierauf verschiedenste Einflüsse mit deutlich höherer Signifikanz – wie insbesondere die konjunkturelle Entwicklung sowie Steuersatzänderungen – mit einfließen. Ungeachtet dessen lässt sich dennoch konstatieren, dass das Steueraufkommen in dem Zeitraum, in dem Mantelkäufe nahezu unbeschränkt möglich waren, grundsätzlich höher war als im Zeitraum danach (dazu eingehender unter c)).

Bemerkenswert ist die Entwicklung der Verlustvorträge. Über den gesamten Betrachtungszeitraum hinweg ist ein nahezu kontinuierliches Ansteigen der vorgetragenen Verluste zu beobachten. Das heißt nichts anderes, als dass im Ergebnis jedes Jahr mehr Neuverluste entstanden sind, als bestehende Verluste steuerlich geltend gemacht werden konnten. Gerade in dem Mantelkauf-liberalen Zeitraum, d.h. bis einschließlich 1996, war der Anstieg der Nettoverluste sogar überdurchschnittlich hoch. Auch hierfür gibt es sicherlich verschiedene Ursachen. Dennoch: Wäre die These von der optimierten Verlustnutzung durch Mantelkäufe zutreffend, wäre eher zu vermuten gewesen, dass in diesen Jahren mehr Verluste hätten geltend gemacht werden können, sodass ein weniger starker Anstieg bzw. sogar ein Abnehmen der Verlustvorträge zu erwarten gewesen wäre. Tatsächlich war jedoch das Gegenteil der Fall (siehe dazu genauer unter d)).

In die gleiche Richtung deutet die Feststellung, dass das Verhältnis zwischen Steuerpflichtigen mit Verlustvorträgen zur Anzahl der gesamten Steuerpflichtigen seit 1995 nahezu konstant geblieben ist. Zwischen 1992 und 1995 hat die Zahl der Steuerpflichtigen mit Verlustvorträgen sogar zugenommen. Hätte in der Mantelkauf-liberalen Zeit eine steueroptimierte Verlustnutzung stattgefunden, wäre jedoch zu erwarten gewesen, dass relativ gesehen weniger Steuerpflichtige ungenutzte Verlustvorträge „vor sich herschieben“ und dass ein Anstieg in den Jahren zu beobachten ist, in denen Verlustmängel nicht mehr oder nur noch eingeschränkt übertragen werden konnten (hierzu unter e)).

³⁰⁴ Vgl. die Nachweise oben in Fn. 97.

Die größte Aussagekraft dürfte wohl die Höhe der jeweils abgezogenen Verluste und das Verhältnis zum Körperschaftsteueraufkommen haben. Unabhängig von sonstigen Einflüssen müssten Mantelkäufe und die damit verbundene bessere (d.h. v.a. schnellere) Nutzbarkeit von Verlusten jedenfalls dazu führen, dass in den Mantelkauf-liberalen Jahren bis 1996 absolut, jedenfalls aber relativ gesehen mehr Verluste geltend gemacht wurden als in den Jahren danach (wobei in den Jahren nach 1996 ein gewisser Phase-out-Effekt zu erwarten wäre, da die erworbenen Altverluste wohl teilweise erst später steuerlich geltend gemacht konnten). Denn unterstellt man, dass Verlustmäntel gerade von Steuerpflichtigen gekauft worden wären, die sich in einer Gewinnsituation befinden, hätten sich die optimierten Verlustnutzungsmöglichkeiten unmittelbar im Jahr des Erwerbs bzw. zeitnah danach niederschlagen müssen. Dieser Effekt der umfassenderen Verlustnutzung ist jedoch ebenfalls nicht feststellbar. Das Verhältnis zwischen Körperschaftsteueraufkommen und genutzten Verlusten ist über die Jahre annähernd konstant geblieben. Dies legt den Schluss nahe, dass Mantelkäufe – unabhängig ob frei möglich oder gesetzlich beschränkt – keinen nachweisbaren Einfluss auf den Umfang der Verlustnutzung und damit auf das Steueraufkommen haben (siehe unter f]).

All diese Aspekte verdichten sich zu dem Befund, dass die Gefahr für das Steueraufkommen, die von Mantelkäufen ausgehen soll, möglicherweise massiv überschätzt wird. Unabhängig davon, wo man die Grenze zum Missbrauch ziehen will, lassen die Steuerstatistiken der Jahre bis 2006 den Schluss zu, dass ein relevanter Missbrauch überhaupt nicht stattgefunden hat. Ist dies zutreffend und unterstellt man, dass dies auch derzeit noch gilt, fehlt einer Vorschrift wie § 8c KStG nicht nur die rechtliche, sondern auch die fiskalische Rechtfertigung. Dies gilt umso mehr, als § 8c KStG immer noch einen weit überschießenden Anwendungsbereich hat und nicht nur „missbrauchsgeneigte“ Mantelkauf-Konstellationen, sondern auch völlig unverdächtige Fälle erfasst, in denen die Vorschrift ihre volle strukturkonservierende, krisenverschärfende und sanierungsfeindliche Wirkung entfalten kann.

a) Aussagekraft des verfügbaren Zahlenmaterials – Belastbarkeit und Einschränkungen

Offizielle statistische Zahlen sind nur in begrenztem Umfang verfügbar, woraus sich gewisse Einschränkungen ergeben. Diese sind zu beachten, mangels Alternativen jedoch hinzunehmen, zumal das vorhandene Datenmaterial vergleichsweise belastbar ist, da es sich um Daten handelt, die die Finanzverwaltung bei der Steuerveranlagung und -festsetzung ermittelt hat.

An amtlichem Zahlenmaterial stehen – soweit ersichtlich – zunächst die dreijährlichen Körperschaftsteuerstatistiken des Statistischen Bundesamts der Jahre 1992, 1995, 1998, 2001 und 2004 zur Verfügung, die auf Grundlage des Gesetzes über Steuerstatistiken (§ 2 Abs. 2 StStatG)³⁰⁵ erstmals für das Jahr 1992 in dreijährigem Turnus erhoben werden.³⁰⁶ Das Statistische Bundesamt greift hierzu auf Daten zurück, die von den Finanzbehörden im Rahmen des steuerlichen Veranlagungs- und Festsetzungsverfahrens erhoben wurden (sog. Sekundärstatistik).³⁰⁷ Da es sich also um verifiziertes und authentisches Zahlenmaterial und nicht etwa nur um vage Umfragedaten handelt, sind die Steuerstatistiken der jeweiligen Jahre vergleichsweise belastbar.

Einschränkungen für die Aussagekraft der Daten ergeben sich jedoch dadurch, dass entsprechende Statistiken lediglich für jedes dritte Jahr zur Verfügung stehen, sodass eine lückenlose Betrachtung nicht möglich ist. Eine Ausnahme besteht insofern für die Entwicklung der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge, da diesbezüglich die Entwicklung der Verlustvorträge ausgewiesen wird, weswegen sich den Statistiken neben dem zum Ende des jeweiligen Jahres bestehenden Verlustvortrag auch der zum 31.12. des entsprechenden Vorjahrs festgestellte Wert entnehmen lässt. Da die dreijährigen Körperschaftsteuerstatistiken nur mit erheblicher zeitlicher Verzögerung veröffentlicht werden, stehen als aktuellste Werte lediglich die des Jahres 2004 zur Verfügung.

Weitere Einschränkungen ergeben sich daraus, dass offizielle Zahlen erstmals für 1992 vorliegen, sodass eine zeitliche Rückverfolgung nur begrenzt vorgenommen werden kann. Ferner ist der Detaillierungsgrad des aufbereiteten Materials teilweise sehr gering.³⁰⁸

³⁰⁵ Gesetz über Steuerstatistiken (StStatG) v. 11.10.1995, BGBl. I 1995, 1409 i.V.m. Gesetz über die Statistik für Bundeszwecke (BStatG) v. 22.01.1987, BGBl. I 1987, 462 (565).

³⁰⁶ Die jährlichen Körperschaftsteuerstatistiken der Jahre 1998–2004 sind auf der Internet-Seite des Statistischen Bundesamtes Wiesbaden (<http://www.destatis.de>) unmittelbar einsehbar (jeweils Fachserie 14/Reihe 7.2), die Statistiken der Jahre 1992 und 1995 werden auf Nachfrage zur Verfügung gestellt.

³⁰⁷ Vgl. Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004, S. 26 f. und ders., Ausmaß der steuerlichen Verlustverrechnung, Arqus-Diskussionsbeitrag Nr. 17, abrufbar unter http://www.arqus.info/paper/arqus_17.pdf.

³⁰⁸ Kritisch hierzu allgemein Bach, et al., DIW Berlin: Politikberatung kompakt 43, Studie im Auftrag des BMF zur Verbesserung der steuerstatistischen Informationssysteme v. 23.04.2008, abrufbar unter http://www.diw.de/documents/publikationen/73/diw_01.c.83602.de/diwkompakt_2008-043.pdf.

Mit dem Steueränderungsgesetz 2007³⁰⁹ wurde dem Statistischen Bundesamt die jährliche Aufbereitung der Daten zur Körperschaftsteuer übertragen (§ 2b StStatG), sodass dieser Untersuchung ferner die jährlichen Körperschaftsteuerstatistiken für das Jahr 2005 und 2006 zugrunde gelegt werden können, die im August bzw. Ende Dezember 2010 veröffentlicht wurden. Insofern ist jedoch zu beachten, dass die für die Steuerjahre ab 2005 jährlich erhobenen Daten u.a. in Umfang und Inhalt teilweise von denen der dreijährigen Statistik abweichen,³¹⁰ was zu gewissen statistischen Ungenauigkeiten führen kann, die sich jedoch mangels aussagekräftigerer bzw. belastbarer Alternativen nicht vermeiden lassen und hinzunehmen sind.

Für die Jahre, in denen § 8c KStG zur Anwendung kommt, liegen noch keine Zahlen vor. Durch die Absenkung des Körperschaftsteuersatzes auf 15 % und verschiedene weitere grundlegende Änderungen dürfte das Steueraufkommen der Veranlagungszeiträume ab 2008 im Übrigen auch nur begrenzt vergleichbar sein. Da hier jedoch ohnehin die Ergebnisse der Jahre ohne effektive Mantelkaufregelungen – d.h. nach Aufgabe der Mantelkauf-Rechtsprechung im Jahr 1986 bis einschließlich 1996 – mit denen anschließender Jahre verglichen werden, können die so erzielten Erkenntnisse auch auf die derzeitige Rechtslage unter Geltung von § 8c KStG übertragen werden, der ja eine weitere Verschärfung des Mantelkaufs bedeutet.

b) Methodisches Vorgehen: Vergleich der Zeiträume bis 1996 (freier Mantelkauf) mit den Zeiträumen ab 1997 (Mantelkauf nur eingeschränkt möglich)

Auf der Grundlage des verfügbaren Zahlenmaterials wird untersucht, inwieweit sich Mantelkäufe und das damit verbundene optimierte Verlustnutzungspotenzial im Steueraufkommen bzw. in der Entwicklung der Verlustvorträge niederschlagen. Auswirkungen können sich dadurch ergeben, dass eine Kapitalgesellschaft mit Verlustvorträgen, die diese mangels Verrechnungspotenzial nicht bzw. nicht in absehbarer Zeit nutzen kann, an einen Dritten veräußert wird und dadurch diese Lame-Duck-Verluste monetarisiert werden. Der Erwerber wird für die Verlustvorträge der übernommenen Gesellschaft dann bezahlen, wenn er diese überhaupt und v.a. zeitnah steuerlich nutzen kann, indem er entweder die Verlustvorträge mit „seinen“

³⁰⁹ Steueränderungsgesetz 2007 v. 19.07.2006, BGBl. I 2007, 1652.

³¹⁰ Die jährliche Körperschaftsteuerstatistik berücksichtigt z.B. nur die maschinell bearbeiteten Fälle und stellt auf die Daten eines Bearbeitungszeitraums ab, wohingegen der Dreijahres-Statistik maschinelle und manuelle Fälle des jeweiligen Veranlagungszeitraums zugrunde liegen. Vgl. dazu bspw. die Ausführungen und Übersichten auf S. 4–7 der jährlichen Körperschaftsteuerstatistik 2006.

Gewinnen verrechnet bzw. Ertragspotenzial auf die Verlustgesellschaft verlagert.

Im Ergebnis wäre also zu erwarten, dass in Jahren, in denen Mantelkäufe unbeschränkt möglich waren, mehr Verluste geltend gemacht wurden und dass das Steueraufkommen geringer ist als in Jahren, in denen Mantelkäufe beschränkt sind und diese Möglichkeit zur optimierten Verlustnutzung nicht bzw. in nur deutlich eingeschränkterem Umfang zur Verfügung steht. Die Möglichkeit, Verlustmäntel zu erwerben, schafft für sich genommen kein zusätzliches Verrechnungspotenzial, allerdings die Möglichkeit, Verluste zu transferieren. Hiervon dürften primär Steuerpflichtige Gebrauch machen, die in einem Jahr hohe außerordentliche Gewinne oder laufend hohe Gewinne erzielen, sodass unterstellt werden kann, dass die erworbenen Verluste in aller Regel auch zeitnah genutzt werden können, sich also zeitnah im Steueraufkommen niederschlagen.

Im Zeitraum nach Aufgabe der Mantelkauf-Rechtsprechung von 1986 bis einschließlich 1996 war der Verkauf von Verlustmänteln de facto steuerlich nicht sanktioniert. Zwar gab es seit 1990³¹¹ mit § 8 Abs. 4 KStG a.F. eine Vorschrift, die die Mantelkaufproblematik abdecken sollte. Allerdings waren die Aufgreifkriterien derart hoch, dass die Vorschrift tatsächlich so gut wie keinen Anwendungsbereich hatte.³¹² Neben einer Übertragung von mindestens 75 % der Anteile wurde insbesondere eine komplette Einstellung und anschließende Wiederaufnahme des verlustverursachenden Geschäftsbetriebs gefordert, was dadurch verhindert werden konnte, dass der Geschäftsbetrieb „auf Sparflamme“ fortgeführt wurde.

Eine tatsächliche Mantelkauf-Regelung bestand erst, als § 8 Abs. 4 KStG im Zuge des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform³¹³ dahin gehend geändert wurde, dass ein schädlicher Erwerb nicht nur bei Wiederaufnahme, sondern auch bei Fortführung eines nicht eingestellten Geschäftsbetriebs vorliegen kann. Die Neuregelung war – wie oben ausgeführt

³¹¹ Zur genauen zeitlichen Anwendbarkeit des ursprünglichen § 8 Abs. 4 KStG vgl. Fn. 96.

³¹² Vgl. *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8 Abs. 4 KStG, Rz. 22: „Sehr bald nach der ges Kodifizierung stellte sich heraus, dass § 8 Abs. 4 KStG idF des StRefG 1990 nicht die vom Gesetzgeber angestrebte Effizienz besaß, um in sog. ‚Mantelkauf‘-Situationen die weitere steuerliche Verwertbarkeit von Verlustabzügen zu unterbinden. Da für die Versagung des weiteren Verlustabzugs Voraussetzung war, dass der den Verlust verursachende Geschäftsbetrieb bereits eingestellt war, gab es in der Vergangenheit so gut wie keine Anwendungsfälle.“ Siehe auch *Orth*, FR 2004, 613 (617).

³¹³ Gesetz v. 29.10.1997, BGBl. I 1997, 2590.

– teilweise unpraktikabel und wenig zielgenau. Ungeachtet dieser Schwächen war ihr Anwendungsbereich wesentlich weiter, sodass vereinfacht unterstellt werden kann, dass erst nach Änderung des § 8 Abs. 4 KStG de facto eine Beschränkung für Mantelkäufe gegeben war. Die Neuregelung war gem. § 34 Abs. 6 KStG a.F. grundsätzlich erstmalig für den Veranlagungszeitraum 1997 anzuwenden.³¹⁴

Im Folgenden wird pauschalisierend davon ausgegangen, dass bis einschließlich 1996 Mantelkäufe nahezu uneingeschränkt möglich waren. Erst ab 1997 bestanden entsprechende Restriktionen, die einen Handel mit Verlustmänteln effektiv einschränkten. Belegt werden kann dies durch die Körperschaftsteuerstatistiken der entsprechenden Jahre:

Tab. 1: Anwendung § 8 Abs. 4 KStG

Jahr	§ 8 Abs. 4 KStG		Faktor Verlustuntergang bezogen auf 1995
	KSt.-Pfl.	Gesamt (1.000 €)	
1992	n/a	~15.000	
1995	211	18.256	
1998	1.224	239.158	13,1
2001	974	301.083	16,5
2004	769	410.025	22,5

Quelle: Statistisches Bundesamt;

Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004

Für das Jahr 1995 weist die Statistik lediglich 211 Fälle auf, in denen der „alte“ § 8 Abs. 4 KStG zur Anwendung kam, was zu einem Untergang von Verlusten i.H.v. etwa € 18 Mio. geführt hat.³¹⁵ Dies entspricht bei einem angenommenen Steuersatz von 30 %³¹⁶ dem marginalen Betrag von 0,02 % des Körperschaftsteueraufkommens des entsprechenden Jahres. Die Wirkung des ursprünglichen § 8 Abs. 4 KStG ist mithin kaum feststellbar und kann vernachlässigt werden. Anders ist dies in den Jahren nach Verschärfung des § 8 Abs. 4 KStG. 1998 hat sich bei bereits 1.224 Steuerpflichtigen – was einer Versechsfachung der betroffenen Fälle entspricht – die Höhe der untergegangenen Verluste in etwa verdreizehnfach (auf rund € 239 Mio.). Im Jahr 2001 fand der „neue“ § 8 Abs. 4 KStG in annähernd 1.000 Fällen Anwen-

³¹⁴ Ist der Verlust der wirtschaftlichen Identität erstmals im Jahr 1997 vor dem 6. August eingetreten, galt § 8 Abs. 4 KStG erstmals für den VZ 1998, § 34 Abs. 4 Satz 2 KStG.

³¹⁵ In 1992 waren es ebenfalls nur etwa € 15 Mio. Vgl. Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004, S. 185.

³¹⁶ Ausgeschüttete Gewinne unterlagen 1995 einem Körperschaftsteuersatz von 30 %. Vgl. auch unten in Fn. 322.

derung, was untergegangenen Verlustvorträgen in Höhe von etwa € 301 Mio. entspricht.³¹⁷ 2004 fielen Verlustvorträge in einer Größenordnung von rund € 410 Mio. dem verschärften § 8 Abs. 4 KStG zum Opfer,³¹⁸ im Vergleich zu 1995 also eine Zunahme um den Faktor 22,5.

Unterstellt man auf dieser Grundlage von 1986 bis 1996 die Möglichkeit eines nahezu freien Handels mit Verlustmängeln und unterstellt man ferner, dass die Steuerpflichtigen hiervon auch in signifikantem Umfang Gebrauch gemacht haben, hätte dies aufgrund der bis 1996 herrschenden besseren Verlust-Allokationsmöglichkeiten theoretisch eigentlich folgende Konsequenzen haben müssen:

- Zum einen wäre zu erwarten gewesen, dass das Körperschaftsteueraufkommen durch die bis einschließlich 1996 erfolgten Mantelkäufe negativ beeinflusst wurde. Denn es ist davon auszugehen, dass die so übertragenen Verluste auch zeitnah genutzt werden konnten und sich unmittelbar im Körperschaftsteueraufkommen des jeweiligen Jahres bzw. der Jahre danach niedergeschlagen haben.
- Zum anderen wäre davon auszugehen, dass die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge aufgrund der Mantelkäufe bis 1996 nicht bzw. zumindest langsamer zugenommen haben. Durch die Möglichkeit der Veräußerung von Verlustmantel-Gesellschaften konnte grundsätzlich eine steuereffizientere Allokation der Verlustvorträge – und damit eine zeitnähere Nutzung – erreicht werden. Dies hätte insgesamt dazu führen müssen, dass in den Jahren vor 1997 (mit gewissen Phase-out-Effekten danach) Verlustvorträge ab- bzw. weniger stark aufgebaut wurden.

Wie nachfolgend dargelegt lassen sich diese Effekte statistisch jedoch nicht nachweisen, was bedeuten könnte, dass die theoretische Möglichkeit eines Verlusthandels mit den entsprechenden Folgen auf das Steueraufkommen und die Höhe der Verlustvorträge rein tatsächlich nur in geringem Umfang stattgefunden hat und keine statistische Signifikanz aufweist. Dies würde dafür sprechen, dass aus fiskalischer Sicht eigentlich kein gesteigertes Bedürfnis für eine Mantelkauf-Verhinderungsvorschrift wie § 8 Abs. 4 KStG bzw. § 8c KStG besteht.

³¹⁷ Hinzu kommt eine – vergleichsweise – geringe Zahl an Verlustvorträgen, die bei der übertragenden Körperschaft aufgrund einer Aufteilung der Verlustvorträge gem. § 15 Abs. 4, § 16 Satz 3 UmwStG a.F. zu verringern waren.

³¹⁸ Einschließlich in der Statistik separat ausgewiesener Fälle, in denen § 8 Abs. 4 KStG auf den Verlustvortrag Anwendung fand, der auf die übernehmende Körperschaft bei Verschmelzung bzw. Spaltung gem. § 12 Abs. 3 Satz 2 bzw. § 15 Abs. 4 UmwStG a.F. übergegangen war.

c) Körperschaftsteueraufkommen

Die Entwicklung des Körperschaftsteueraufkommens (genau genommen die der festgesetzten positiven Körperschaftsteuer) hat für die Frage der steuerlichen Auswirkung des Mantelkaufs sicher nur eine erheblich eingeschränkte Aussagekraft. Die durch den Erwerb von Verlustmängeln erzielten verbesserten Verlustnutzungsmöglichkeiten dürften sich zwar unmittelbar auf das Steueraufkommen des entsprechenden Jahres und ggf. der Jahre danach auswirken, da der Erwerber in der Regel über entsprechendes Ausgleichspotenzial – sprich Gewinne – verfügen dürfte.³¹⁹ Rein quantitativ dürften jedoch insbesondere konjunkturelle Faktoren oder andere steuerliche Regelungen – wie das jeweils anwendbare Körperschaftsteuersystem, die Steuersätze und Steuerbegünstigungen³²⁰ wie beispielsweise Sonderabschreibungen für den „Aufbau Ost“³²¹ – das Körperschaftsteueraufkommen ebenfalls erheblich beeinflussen. Hinzu kommt eine nur eingeschränkte Vergleichbarkeit, da die Körperschaftsteuersätze im Betrachtungszeitraum gesenkt wurden³²² und das Körperschaftsteuersystem vom

³¹⁹ Der gegenläufige Aspekt beim Veräußerer des Verlustmantels sollte eher zu vernachlässigen sein. Ob der Veräußerer überhaupt einen Erlös erzielt, hängt zunächst mit den Anschaffungskosten auf die Anteile zusammen und ob auf den Verlustmantel Teilwertabschreibungen vorgenommen wurden. Der Erwerber wird die Verlustgesellschaft in der Regel nur mit einem – u.U. sogar erheblichen – Abschlag erwerben, da er Unsicherheiten bei der Nutzungsmöglichkeit einpreisen wird und der Grenzpreis des Veräußerers, zu dem dieser noch verkauft, niedrig angesiedelt sein durfte. Befindet sich auch der veräußernde Anteilseigner in einer Verlustsituation bzw. hat dieser eigene Verlustvorträge, was nicht selten vorkommen dürfte, verrechnet dieser den Veräußerungserlös mit „seinen“ Verlusten bzw. Verlustvorträgen, sodass sich das Steueraufkommen insoweit nicht erhöht. Seit 2002 sind Gewinne aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften gem. § 8b Abs. 2 KStG steuerfrei.

³²⁰ Die Körperschaftsteuerstatistik 1995 enthält diesbezüglich – auch noch nach Revidierung – einen offensichtlich unzutreffenden Wert, vgl. dazu Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004, S. 188 ff.

³²¹ Das sog. Fördergebietsgesetz (Gesetz über Sonderabschreibungen und Abzugsbeträge im Fördergebiet – Fördergebietsgesetz (FördG) i.d.F. der Bekanntmachung v. 23.09.1993, BGBl. I 1993, 1654) sah für Immobilieninvestitionen in den neuen Bundesländern Sonderabschreibungen von bis zu 50 % der Anschaffungs- und Herstellungskosten vor. Zum negativen Effekt auf das Einkommensteueraufkommen *Stapperfend*, in: DStJG Bd. 24 (2001), S. 329 (331 f.). Zu den Auswirkungen auf die Körperschaftsteuer vgl. eingehender unten und Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004, S. 188 ff.

³²² Durch das StandOG (Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz – StandOG) v. 13.09.1993, BGBl. I 1993, 1569) wurden mit Wirkung ab dem VZ 1994 der Körperschaftsteuersatz für thesaurierte Gewinne um 5 Prozentpunkte auf 45 % gesenkt (in 1999 weitere Absenkung auf 40 %); der

Anrechnungssystem auf das Halbeinkünfteverfahren umgestellt wurde.³²³ Da die Statistiken insoweit nicht detailliert genug sind und sich den Zahlen nicht entnehmen lässt, welche konkreten Auswirkungen beispielsweise der Absenkung der Körperschaftsteuersätze zukommt, können lediglich Vermutungen angestellt werden. Dennoch lässt sich zumindest konstatieren, dass das Körperschaftsteueraufkommen in den Mantelkauf-liberalen Jahren vor 1997 eher höher war als in den Jahren 2001, 2004 und 2005. Dies ist insofern bemerkenswert, als die Mantelkäufe ja eigentlich zu einer optimierten und – unterstellt man realistischerweise eine einigermaßen zeitnahe Geltendmachung³²⁴ – vor allem zu einer schnel-

Steuersatz für ausgeschüttete Gewinne verringerte sich von 36 % auf 30 %. Ferner wurde der ermäßigte Körperschaftsteuersatz von 46 % auf 42 % gesenkt. Auf Basis der in der Körperschaftsteuerstatistik ausgewiesenen Bemessungsgrundlagen ergeben sich für den VZ 1995 ohne Berücksichtigung der Herabsetzung des Ausschüttungssteuersatzes infolge der Absenkung der Körperschaftsteuersätze Steuermindereinnahmen in Höhe von umgerechnet etwa € 3,2 Mrd. Inwieweit sich der Umfang der Körperschaftsteuer-Minderung bzw. -Erhöhung nach § 27 Abs. 1 KStG a.F. infolge der Absenkung des Körperschaftsteuersatzes für ausgeschüttete Gewinne geändert hat, kann nicht genau quantifiziert werden, da sich aus der Körperschaftsteuerstatistik nicht entnehmen lässt, aus welchen Teilbeträgen des verwendbaren Eigenkapitals die Ausschüttungen vorgenommen wurden. Zudem waren im VZ 1992 noch Bestände des mit 56 % Körperschaftsteuer belasteten verwendbaren Eigenkapitals vorhanden (durch das StReformG 1990 wurde ab dem VZ 1990 der allgemeine KSt-Satz für thesaurierte Gewinne von 56 % um 6 Prozentpunkte auf 50 % gesenkt). Weiterführend hierzu – auch zum Zeitraum vor 1992 – Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004, S. 193 ff.

³²³ Durch das **Steuersenkungsgesetz v. 23.10.2000 (BStBl. I 2000, 1428)** wurde das bisherige Anrechnungsverfahren durch das sog. Halbeinkünfteverfahren (mittlerweile Teileinkünfteverfahren) ersetzt, wobei bedingt durch abweichende Wirtschaftsjahre für das Betrachtungsjahr 2001 beide Verfahren zur Anwendung kommen können (die Statistiken schlüsseln diesbezüglich nicht auf). Im Hinblick auf den Körperschaftsteuersatz führte dies dazu, dass die Differenzierung zwischen thesaurierten und ausgeschütteten Gewinnen entfallen ist und insgesamt ein einheitlicher Körperschaftsteuersatz von 25 % angewandt wurde, was bezogen auf den Thesaurierungssteuersatz eine Absenkung um 15 Prozentpunkte und auf den Ausschüttungssteuersatz eine Absenkung um 5 Prozentpunkte zur Folge hatte. Ferner wurden Übergangsregelungen für das vorhandene Altkapital getroffen, die ebenfalls – z.T. signifikante – Auswirkungen auf das Körperschaftsteueraufkommen zeitigten.

³²⁴ Diese Annahme gründet sich darauf, dass Mantelkäufe wirtschaftlich gesehen v.a. für Steuerpflichtige mit hohen laufenden oder außerordentlichen Gewinnen interessant waren und in den entsprechenden Jahren noch keine Mindestbesteuerung galt, sodass Verlustvorträge in vollem Umfang abgezogen werden konnten. Beides spricht für eine zeitnahe Nutzungsmöglichkeit und damit für einen unmittelbaren Niederschlag im Steueraufkommen.

leren Nutzung bei Steuerpflichtigen mit Verrechnungspotenzial hätten führen müssen. Zwar hätte eine gestreckte Verlustnutzung über das Jahr 1996 hinweg in gewissem Umfang weiter gewirkt, allerdings ist davon auszugehen, dass nach wenigen Jahren die meisten Verluste aus Mantelkäufen aus den Jahren 1996 oder früher aufgebraucht waren.

Unter Berücksichtigung der oben genannten Einschränkungen – also v.a. der konjunkturellen Einflüsse und der Auswirkungen der Absenkung der Körperschaftsteuersätze und des Systemwechsels zum Halbeinkünfteverfahren – lässt sich also zumindest nicht eindeutig belegen, dass der Handel mit Verlustmänteln das Körperschaftsteueraufkommen negativ beeinflusst hätte.

Tab 2: Entwicklung Körperschaftsteueraufkommen – unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtige³²⁵

Jahr	Unbeschr. KSt.-Pfl.	KSt.-Aufkommen (festgesetzte positive KSt.)	
		Gesamt (1.000 €)	Pro unbeschr. KSt.-Pfl. (1 €)
1992	528.860	21.906.780	41.423
1995	636.703	22.465.477	35.284
1998	716.195	36.378.523	50.794
2001	789.971	24.718.671	31.291
2004	816.452	21.723.492	26.607
2005	838.687	25.722.787	30.670
2006	888.793	30.797.728	34.651

Quelle: Statistisches Bundesamt

Das Aufkommen aus der Körperschaftsteuer ist bezogen auf alle unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen im Betrachtungszeitraum 1992 – 2006 vergleichsweise konstant geblieben. Dies erscheint auch deswegen bemerkenswert, weil die Körperschaftsteuersätze über den Betrachtungszeitraum hinweg schrittweise gesenkt wurden. Das Aufkommen schwankt jeweils um einen Wert von € 25 Mrd. Lediglich das Jahr 1998 und mit Abstrichen auch das Jahr 2006 weichen mit einem Körperschaftsteueraufkommen von etwa € 36,4 Mrd. bzw. € 30,8 Mrd. hiervon deutlicher ab. Dies dürfte allerdings zu einem ganz erheblichen Teil auf die vergleichsweise starke

³²⁵ Ohne steuerbefreite Körperschaften, ohne Organgesellschaften und ohne beschränkt Steuerpflichtige. Hierdurch ergeben sich Abweichungen zu den Zahlen in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage u.a. der Fraktion DIE LINKE zur Verlustverrechnung und Mindestbesteuerung in der Unternehmensbesteuerung (BT-Drs. 17/4653 v. 03.02.2011, S. 13 und Anlage 3), in der offenbar nur Organgesellschaften unberücksichtigt blieben.

Konjunktur um das Jahr 1998 herum zurückzuführen sein. Die Hausse in der Telekommunikations-, Medien- und Technologiebranche führte in den Jahren 1997 – 2000 zu einem Wirtschaftswachstum von in der Spitze 3,2 %.³²⁶ Auch im „Vor-Krisenjahr“ 2006 war das Wachstum mit 2,6 % überdurchschnittlich hoch.³²⁷

Betrachtet man das Aufkommen pro Körperschaftsteuersubjekt³²⁸, fällt auf, dass sich bereits auf der Grundlage der absoluten Zahlen und synchron mit dem schrittweisen Absenken der Körperschaftsteuersätze ein mehr oder weniger kontinuierliches und insbesondere deutliches Absinken des Körperschaftsteueraufkommens ergibt. Auch hier stellt das Jahr 1998 wiederum einen Ausreißer nach oben dar, der Abwärtstrend wird dadurch jedoch nicht durchbrochen, wie die Zahlen der Jahre 2001 und 2004, aber auch die der Jahre 2005 und 2006 belegen. Trotz leichter Erholung in den Jahren 2005 und 2006 hat das Aufkommen pro Steuerpflichtigem nicht mehr die Zahlen der Mantelkauf-liberalen Jahre 1992 und 1995 erreicht.

Grafisch lässt sich die Entwicklung des Körperschaftsteueraufkommens im Betrachtungszeitraum 1992 - 2005 bezogen auf die Fallgruppen gesamt und pro Körperschaftsteuerpflichtigem wie auf S. 89 dargestellt veranschaulichen.

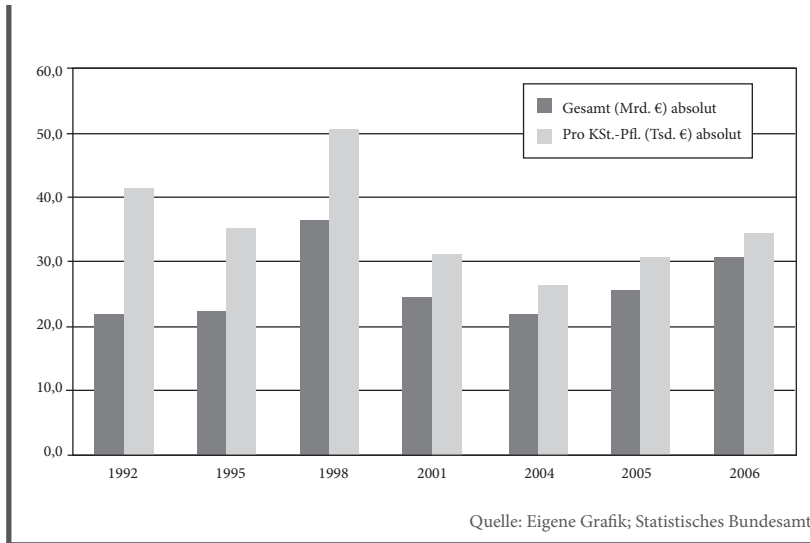
Hieraus lässt sich gut erkennen, dass – bis auf 1998 und mit Abstrichen auch 2006 – das gesamte Körperschaftsteueraufkommen vergleichsweise konstant geblieben ist (dunkle Säulen). Die hellen Säulen weisen jeweils das Steueraufkommen pro Steuerpflichtigem aus. Sie sind – wiederum von 1998 abgesehen – in den Mantelkauf-liberalen Jahren 1992 und 1995 höher, zum Teil sogar deutlich höher als in den Jahren 2001, 2004, 2005 und 2006, in denen der Mantelkauf jeweils durch § 8 Abs. 4 KStG n.F. eingeschränkt war.

³²⁶ Statistisches Bundesamt, Bruttoinlandsprodukt 2006 für Deutschland, S. 8: 1997: 1,8 %, 1998: 2,0 %, 1999: 2,0 % und 2000: 3,2 %. Abrufbar unter http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/DE/Presse/pk/2007/Bruttoinlandsprodukt/Pressebrochure__BIP2006,property=file.pdf.

³²⁷ Statistisches Bundesamt, Bruttoinlandsprodukt 2006 für Deutschland, S. 8 (s. Fn. 326).

³²⁸ Wiederum nur unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtige ohne Steuerbefreite, Organgesellschaften und beschränkt Steuerpflichtige.

Grafik: Körperschaftsteueraufkommen



Wie eingangs erläutert, lassen sich allein hieraus noch keine halbwegs belastbaren Aussagen für den Einfluss von Mantelkäufen auf das Steueraufkommen treffen, da diese durch konjunkturelle und sonstige steuerliche Aspekte überlagert werden dürften. Mangels detaillierter Aufschlüsselung in den Statistiken können einzelne Einflüsse nicht extrahiert werden. Ohne eine monokausale Verbindung annehmen zu wollen, lässt sich zumindest festhalten, dass das Steueraufkommen pro Körperschaftsteuersubjekt in den Jahren, in denen Verlustmäntel theoretisch frei übertragen werden konnten und damit von einer umfassender Verlustnutzung mit unmittelbarem Niederschlag im Steueraufkommen auszugehen ist, grundsätzlich jedenfalls nicht niedriger war als in den Jahren danach. Aussagekräftigere Ergebnisse lassen sich jedoch dann erzielen, wenn man die Entwicklung der Verlustvorträge und insbesondere der Verlustnutzung in den jeweiligen Jahren mit in die Betrachtung einbezieht.

d) Entwicklung körperschaftsteuerlicher Verlustvorträge

Die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge haben im Betrachtungszeitraum nahezu kontinuierlich zugenommen. Bemerkenswert ist, dass in den Mantelkauf-liberalen Jahren – insbesondere 1992, 1993, 1994 und 1995 – der Anstieg überproportional hoch war und die Anstiegskurve in den Jahren danach grundsätzlich deutlich flacher war. Hierfür sind sicherlich wiederum verschiedenste Gründe verantwortlich. Sondereffekte aus der deutschen Einigung sind

zu berücksichtigen,³²⁹ dürfen jedoch – wie unten genauer dargelegt – auch nicht überschätzt werden.

Alles in allem lässt sich aufgrund der stetigen Zunahme der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge zumindest konstatieren, dass das Zahlenmaterial die These vom missbräuchlichen Handel mit Verlustmänteln und der dadurch erreichten umfangreicheren Verlustnutzung jedenfalls nicht stützt, sondern eher widerlegt. Denn wären Verlustmäntel in signifikantem Umfang transferiert und von den Erwerbern umgehend genutzt worden – es gab wie oben dargelegt schließlich ausreichend Steuerpflichtige mit Gewinnen, die einen sofortigen Abzug der erworbenen Verluste ermöglicht hätten –, wäre zu erwarten gewesen, dass Verlustvorträge abgebaut werden bzw. zumindest weniger stark zunehmen als in den Jahren, in denen der Mantelkauf – und damit eine beschleunigte Verlustnutzung – nur eingeschränkt möglich war.

Bezüglich der Entwicklung der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge steht umfangreicheres Datenmaterial zur Verfügung, da die dreijährigen Körperschaftsteuerstatistiken jeweils auch die Entwicklung des zum Jahresende gesondert nach § 10d Abs. 4 Satz 1 EStG (i. V. m. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG) festzustellenden Verlustvortrags beinhalten. Daher kann den Statistiken jeweils auch der Wert der Vorjahre – also jener der Jahre 1991, 1994, 1997, 2000 und 2003 – entnommen werden. Hinsichtlich der restlichen Jahre, für die keine Daten verfügbar waren – also die Jahre 1993, 1996, 1999, 2002 –, wurde zu Näherungszwecken auf das arithmetische Mittel, d.h. die Hälfte der Summe der Verlustvorträge des vorangegangenen und des nachfolgenden Jahres zurückgegriffen. In der Tabelle auf S. 91 sind diese Jahre entsprechend³³⁰ gekennzeichnet. Abgestellt wird auch hier jeweils nur auf unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtige.³³¹

Der Übersicht lässt sich entnehmen, dass die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge bezogen auf alle unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen („gesamt“) während des gesamten Betrachtungszeitraums 1991 - 2006 permanent angestiegen sind. Zwischen Ende 1991 und Ende 2006 hat sich die

³²⁹ Bspw. sog. „unechte“ Verluste aus Sonderabschreibungen nach dem Fördergebietgesetz, vgl. Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, 2010, S. 10.

³³⁰ Die geschätzten Jahre sind jeweils mit einem Sternchen (*) markiert.

³³¹ Ohne steuerbefreite Körperschaften, ohne Organgesellschaften und ohne beschränkt Steuerpflichtige. Hierdurch ergeben sich Abweichungen zu den Zahlen in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage u.a. der Fraktion DIE LINKE zur Verlustverrechnung und Mindestbesteuerung in der Unternehmensbesteuerung (BT-Drs. 17/4653 v. 03.02.2011, S. 13 und Anlage 3), in der offenbar nur Organgesellschaften unberücksichtigt blieben.

Höhe der Verlustvorträge – ohne Berücksichtigung der Inflation – mehr als versiebenfacht.

Tab. 3: Entwicklung körperschaftsteuerliche Verlustvorträge – unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtige

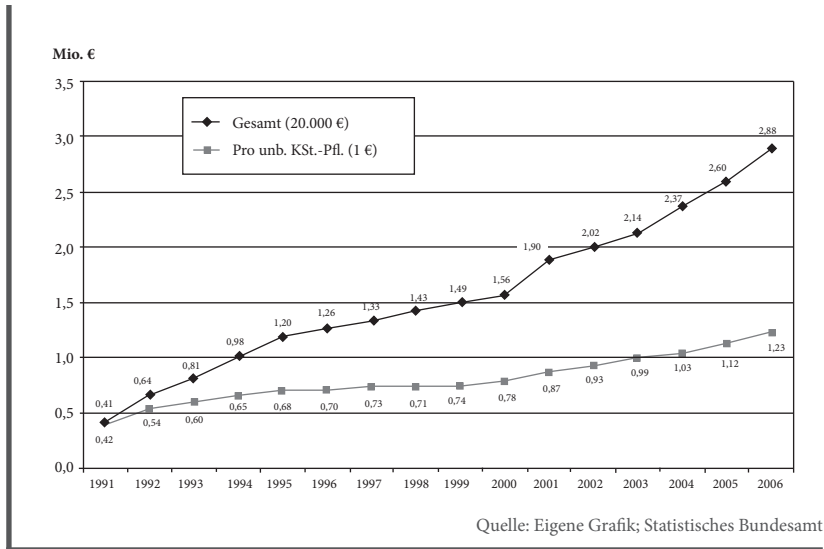
Jahr	Unb. KSt.-Pfl. mit kstl. Verlustvorträgen	Verbleibender körperschaftsteuerlicher Verlustvortrag per 31.12.					
		Gesamt (1.000 €)	Veränderung Gesamt		Pro unb. KSt.- Pfl. (1 €)	Veränderung unb. KSt.-Pfl.	
			absolut (1.000 €)	relativ		absolut	relativ
1991	195.244	81.737.254			418.642		
1992	235.795	128.320.543	46.583.289	56,99%	544.204	125.562	29,99%
1993*	270.248	162.504.309	34.183.766	26,64%	601.315	57.112	10,49%
1994	304.701	196.688.074	34.183.766	21,04%	645.512	44.196	7,35%
1995	352.089	239.452.954	42.764.880	21,74%	680.092	34.580	5,36%
1996*	358.582	252.728.164	13.275.210	5,54%	704.799	24.707	3,63%
1997	365.075	266.003.374	13.275.210	5,25%	728.627	23.828	3,38%
1998	401.180	285.371.790	19.368.416	7,28%	711.331	-17.296	-2,37%
1999*	401.483	298.865.012	13.493.222	4,73%	744.403	33.072	4,65%
2000	401.786	312.358.234	13.493.222	4,51%	777.424	33.022	4,44%
2001	439.445	380.232.236	67.874.002	21,73%	865.256	87.831	11,30%
2002*	434.547	403.853.835	23.621.599	6,21%	929.367	64.112	7,41%
2003	429.649	427.475.434	23.621.599	5,85%	994.941	65.574	7,06%
2004	459.846	473.374.950	45.899.516	10,74%	1.029.421	34.480	3,47%
2005	461.695	519.370.328	45.995.378	9,72%	1.124.921	95.500	9,28%
2006	467.424	576.336.390	56.966.062	10,97%	1.233.006	108.085	9,61%

Quelle: Statistisches Bundesamt

Auch bei einer Betrachtung, die auf das einzelne Körperschaftsteuersubjekt („pro unb. KSt.-Pfl.“) abstellt, ergibt sich ein ganz ähnliches Bild. Bis auf das Jahr 1998, in dem ein marginaler Rückgang zu verzeichnen ist,³³² nehmen die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge auch hier kontinuierlich zu. Insoweit ist der Anstieg zwar nicht ganz so exponentiell, jedoch haben sich zwischen 1991 und 2006 auch die Verlustvorträge pro Körperschaftsteuersubjekt in etwa um den Faktor drei erhöht. Anschaulicher wird dies, wenn man die Kurven der jeweiligen Verlustvorträge betrachtet, die nur eine Richtung – nämlich nach oben – kennen.

³³² Hierfür dürften wohl ebenfalls die oben beschriebenen konjunkturellen Gründe mit- bzw. hauptursächlich sein.

Graphik: Anstieg körperschaftsteuerliche Verlustvorträge



Neben anderen Faktoren dürfte der kontinuierliche Anstieg der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge im Wesentlichen darauf zurückzuführen sein, dass zahlreiche Unternehmen aufgrund andauernder Defizite nicht in der Lage sind, ihre Verlustvorträge steuerlich zu nutzen, sondern laufend neue Verluste aufbauen.³³³ Vergleichbares dürfte auch für Gewerbesteuerzwecke gelten. Offensichtlich ist es diesen dauerdefizitären Körperschaftsteuersubjekten nicht in signifikantem Umfang möglich, ihre Verlustvorträge zu nutzen bzw. auf andere Steuerpflichtige zu übertragen, die die Verluste dann geltend machen könnten, sodass von diesen Lame-Duck-Verlusten keine Gefahr für das Steueraufkommen ausgeht. Dies gilt anscheinend unabhängig davon, ob der Mantelkauf de facto freigestellt oder steuerlich nur eingeschränkt möglich ist. Denn es ist nicht zu beobachten, dass sich in den Jahren bis einschließlich 1996 (weiß unterlegt in Tab. 3 auf S. 91) und im Zeitraum ab 1997 (grau unterlegt in Tab. 3 auf S. 91) ein signifikanter Unterschied ergibt. Hätte bis 1996 tatsächlich ein schwunghafter Handel mit Verlustmänteln stattgefunden, wäre jedoch zu erwarten gewesen, dass sich die bessere Allokations- und dadurch schnellere Nutzungsmöglichkeit in einem weniger starken Anstieg der Verlustvorträge niederschlägt.

³³³ Vgl. weiterführend *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010) S. 37 ff.

Sonderabschreibungen aus dem „Aufbau Ost“³³⁴ führten bei den Körperschaftsteuerpflichtigen, die sich ohnehin in einer Netto-Verlustsituation befanden, zu einem weiteren Ansteigen der Verlustvorträge. Allerdings wäre es verfehlt, die starke Zunahme in den Mantelkauf-liberalen Jahren vor 1997 hauptsächlich auf diese Sondereffekte zurückführen zu wollen. Im Veranlagungszeitraum 1992 entfielen lediglich umgerechnet etwa € 3,2 Mrd. auf entsprechende Sonderabschreibungen nach §§ 2 bis 4 FördG,³³⁵ was bei einer Zunahme der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge um € 46,6 Mrd. und einer Gesamtsumme von € 128,3 Mrd. nicht erheblich ins Gewicht fällt. Soweit die Körperschaftsteuerstatistiken für 1995 erheblich höhere Werte ausweisen – ursprünglich wurden etwa € 127,7 Mrd. an Sonderabschreibungen nach §§ 2 bis 4 FördG für 1995 angesetzt –, ist dies offensichtlich unplausibel, da allein die hieraus resultierenden Steuermindereinnahmen zweieinhalbmal so hoch wie die gesamte festgesetzte Körperschaftsteuer des Veranlagungszeitraums 1995 wären, was nicht richtig sein kann.³³⁶ Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die tatsächlich in Anspruch genommenen Sonderabschreibungen eher in dem von der Bundesregierung geschätzten Rahmen von etwa € 4,5 Mrd. in 1995 und rund € 4,6 Mrd. in 1996 bewegten.³³⁷ Die hieraus resultierenden Auswirkungen auf die Zunahme der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge um rund € 42,8 Mrd. allein in 1995 dürften ebenfalls überschaubar sein. Im Übrigen sind die Effekte aus den Sonderabschreibungen Ost nicht allein eine Frage der Mantelkauf-liberalen Jahre vor 1997. In 1998 wurde laut Körperschaftsteuerstatistik insgesamt eine Summe von etwa € 8,5 Mrd. an Sonderabschreibungen nach §§ 2 bis 4 FördG geltend gemacht. 2001 betrug die Sondervergünstigungen nach FördG³³⁸ immer noch rund € 1,9 Mrd.

³³⁴ §§ 2 bis 4 FördG, siehe oben in Fn. 321 und 329.

³³⁵ Vgl. Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004, S. 188 f., Fn. 20 und Tabelle 3.4.

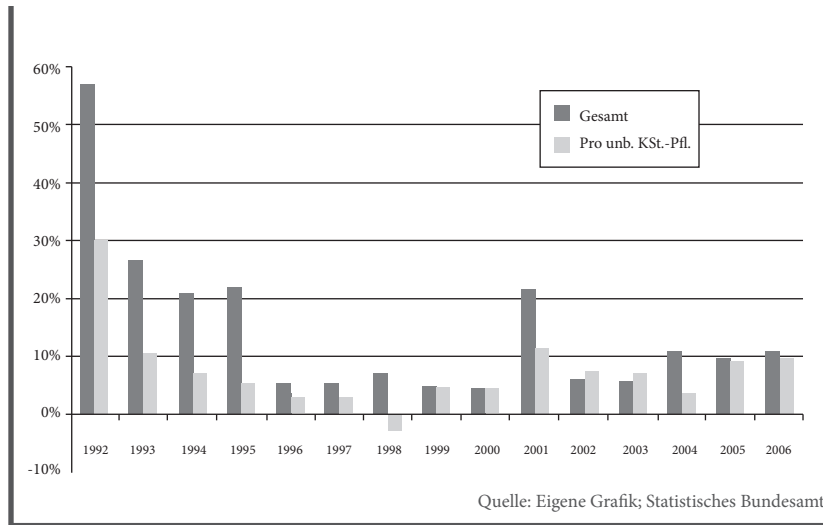
³³⁶ Ebenso Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004, S. 191 ff., der zudem darauf verweist, dass auch der Vergleich mit anderen Statistiken zeigt, dass der in der Körperschaftsteuerstatistik 1995 ausgewiesene Umfang der Sonderabschreibungen für den „Aufbau Ost“ nicht zutreffend sein kann. Für das Land Brandenburg werden beispielsweise für 1995 DM 96,27 Mrd. an Sonderabschreibungen nach §§ 2 bis 4 FördG ausgewiesen, während in der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung von den Bruttoanlageinvestitionen in neue Anlagen im selben Zeitraum lediglich DM 34,48 Mrd. auf Brandenburg entfielen.

³³⁷ Vgl. Sechzehnter Subventionsbericht der Bundesregierung v. 29.08.1997, BT-Drs. 13/8420, S. 166.

³³⁸ Einschließlich der erhöhten Absetzung für nachträgliche Herstellungskosten nach § 3 und § 4 Abs. 3 FördG.

Bereits die konstante Zunahme der Netto-Verlustvorträge spricht also gegen die These, dass dem Handel mit Verlustmänteln ein relevantes Missbrauchspotenzial zukommt. Noch bemerkenswerter und aussagekräftiger erscheint vor diesem Hintergrund jedoch die Tatsache, dass gerade in den Mantelkauf-liberalen Jahren bis 1995 eine überproportional starke Zunahme der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge zu verzeichnen ist. Dies veranschaulicht die nachstehende Übersicht, die den prozentualen Anstieg der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge bezogen auf alle unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen und pro entsprechendes Steuersubjekt darstellt.

Graphik: Prozentualer Anstieg körperschaftsteuerliche Verlustvorträge pro Jahr



Allein im Jahr 1992 haben die gesamten körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge im Vergleich zu 1991 um mehr als die Hälfte zugenommen. Im Folgejahr (1993) betrug der Anstieg immer noch rund ein Viertel. In den beiden Jahren danach (1994 und 1995) nahmen die Verlustvorträge nochmals um je etwa 21 % zu, um anschließend weit weniger deutlich (mit einer Ausnahme im Jahr 2001), jedoch weiter kontinuierlich anzusteigen. Mit Einschränkungen gilt dies auch bei einer auf das einzelne Körperschaftsteuer-subjekt bezogenen Betrachtung.

Gerade in den Mantelkauf-liberalen Jahren bis 1996 – in denen aufgrund der besseren Nutzungsmöglichkeiten eigentlich ein weniger starker Anstieg oder sogar ein Abnehmen zu erwarten gewesen wäre – haben die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge also überdurchschnittlich stark zuge-

nommen. Dies kann nicht (allein) mit Sondereffekten aus dem „Aufbau Ost“ begründet werden. Wie oben dargelegt, waren die in Anspruch genommenen Sonderabschreibungen gerade in den Jahren 1992 und – bei Zugrundelegung realistischer Zahlen – auch 1995 eher zu vernachlässigen. Im Jahr 1998 und damit in einem Jahr, in dem bereits die verschärfte Rechtslage in Form von § 8 Abs. 4 KStG n.F. gegolten hat, wurden absolut und vor allem relativ gesehen sogar deutlich mehr Sonderabschreibungen „Ost“ geltend gemacht als in den Vergleichsjahren 1992 bzw. 1995.

Der überproportional starke Anstieg in den Jahren, in denen die Übertragung von Verlustmängeln nahezu keinen steuerlichen Restriktionen unterworfen war, spricht ebenfalls gegen die These, dass zur Missbrauchsverhinderung und zur Sicherung des Steueraufkommens eine entsprechend „scharfe“ Mantelkaufregelung erforderlich sei. Denn wäre tatsächlich ein signifikanter Missbrauch mit Verlustmängeln betrieben worden, hätte sich dies in den Zahlen dergestalt niederschlagen müssen, dass die Verlustvorträge wohl schon absolut, in jedem Fall aber relativ gesehen weniger stark ansteigen als im Zeitraum danach, in dem der Mantelkauf den Einschränkungen des § 8 Abs. 4 KStG n.F. unterworfen war. Es ist nämlich davon auszugehen, dass Steuerpflichtige, die Verlustmängel erworben haben, diese nicht „auf Vorrat“ gekauft haben, sondern zeitnah nutzen konnten, sodass es durch Mantelkäufe nicht nur zu einem Umschichten, sondern zu einem – in aller Regel wohl umgehenden – Verbrauch der Verlustvorträge kommt. Dies alles ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass in den entsprechenden Jahren durchaus erhebliches Potenzial zur Verrechnung der Verlustvorträge vorhanden gewesen wäre und auch noch nicht die Restriktionen der Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG galten.

Tatsächlich war aber vielmehr das Gegenteil der Fall und die Verlustvorträge haben sogar stärker zugenommen als in den Jahren danach. Die Entwicklung der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge spricht im Ergebnis also ebenfalls dafür, dass zur Sicherung des Steueraufkommens eine Mantelkaufregelung nicht zwingend erforderlich scheint.

e) Zahl der Steuerpflichtigen mit Verlustverträgen relativ betrachtet konstant geblieben

In eine ähnliche Richtung weist das Verhältnis der Körperschaftsteuerpflichtigen mit Verlustvorträgen zur Gesamtzahl der Körperschaftsteuerpflichtigen. Hätte vor Verschärfung der Mantelkaufregelung tatsächlich ein reger Verlusthandel stattgefunden, wäre zu erwarten gewesen, dass bis 1996 die Zahl der Körperschaftsteuersubjekte mit Verlustvorträgen im Verhältnis zur Gesamtzahl der Körperschaftsteuersubjekte eher geringer war und danach angestiegen ist.

Tab. 4: Verhältnis unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtige mit körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen zu unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen gesamt³³⁹

Jahr	Unbeschr. KSt.-Pfl. gesamt	Unbeschr. KSt.-Pfl. mit kstl. Verlustvorträgen	Verhältnis unb. KSt.-Pfl. mit kstl. VV zu unb. KSt.-Pfl. gesamt
1992	528.860	235.795	44,6%
1995	636.703	352.089	55,3%
1998	716.195	401.180	56,0%
2001	789.971	439.445	55,6%
2004	816.452	459.846	56,3%
2005	838.687	461.695	55,0%
2006	888.793	467.424	52,6%

Quelle: Statistisches Bundesamt

Betrachtet man jedoch die in der vorstehenden Tabelle aufgeführten Werte, fällt auf, dass das Verhältnis der unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen mit körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen zu den gesamten Steuerpflichtigen im Mantelkauf-liberalen Jahr 1995 als auch in den Mantelkauf-beschränkten Jahren 1998 - 2006 annähernd konstant geblieben ist und nur in einem engen Korridor um den Wert von 55 % schwankt. Zwischen 1992 und 1995 haben die Verlustfälle von 44,6 % auf 55,3 % zugenommen. Dies dürfte v.a. dem Umstand geschuldet sein, dass in diesem Zeitraum erhebliche zusätzliche Nettoverluste aufgelaufen sind, die bei zahlreichen Körperschaftsteuersubjekten zu einem erstmaligen Verlustaufbau geführt haben. Auch dieser Aspekt spricht eher dagegen, dass Verlustmäntel in größerem Umfang hin- und hergeschoben wurden. Vielmehr deutet der zunächst ansteigende und dann annähernd gleich bleibende Anteil an Körperschaftsteuerpflichtigen mit Verlustvorträgen in Kombination mit einem dennoch kontinuierlich ansteigenden Umfang an körperschaftsteuerlichen Verlustvorträgen³⁴⁰ dar-

³³⁹ Auch hier sind zu Vereinfachungszwecken nur die unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen ohne steuerbefreite Körperschaften, ohne Organgesellschaften und ohne beschränkt steuerpflichtige Körperschaftsteuersubjekte einbezogen. Hieraus resultieren kleinere Abweichungen zu den Zahlen in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage u.a. der Fraktion DIE LINKE zur Verlustverrechnung und Mindestbesteuerung in der Unternehmensbesteuerung (BT-Drs. 17/4653 v. 03.02.2011, S. 13 und Anlage 3), in der offenbar nur Organgesellschaften unberücksichtigt blieben und steuerbefreite und beschränkt steuerpflichtige Körperschaften mit einbezogen wurden. Jedoch zeigen die Verhältniszahlen („Anteil der Körperschaftsteuerpflichtigen mit Verlustvorträgen“), dass die sich hieraus ergebenden Unterschiede max. 0,3 Prozentpunkte betragen, mithin zu vernachlässigen sind.

³⁴⁰ Siehe dazu oben unter IV. 3. d).

auf hin, dass dauerdefizitäre Körperschaftsteuersubjekte ständig neue Verlustvorträge aufbauen, die ungeachtet der jeweils geltenden Mantelkaufregelungen als *Lame-Duck-Verluste* steuerlich nicht genutzt werden können.

f) Verlustnutzung absolut und im Verhältnis zum Körperschaftsteueraufkommen

Die aussagekräftigste Kennziffer für die Gefahr von Mantelkäufen auf das Körperschaftsteueraufkommen ist wohl die Höhe der jeweils abgezogenen Verlustvorträge,³⁴¹ wenn man davon ausgeht, dass die im Wege von Mantelkäufen erworbenen Verluste nicht „auf Vorrat“ gekauft wurden, sondern umgehend oder zumindest zeitnah mit Gewinnen verrechnet werden konnten. Wäre das „Schreckgespenst“³⁴² vom Mantelkauf zutreffend, hätten im quasi Mantelkauf-liberalen Zeitraum bis einschließlich 1996 überdurchschnittlich viele Verluste geltend gemacht werden müssen. Wenn nicht schon in absoluten Zahlen, wäre doch jedenfalls im Verhältnis zum Körperschaftsteueraufkommen zu erwarten, dass in den Jahren nach 1996 weniger Verluste genutzt wurden,³⁴³ da der „neue“ § 8 Abs. 4 KStG einer steuergünstigen Verlustallokation und damit einer umfassenderen und v.a. zeitnaheren Verlustnutzung deutlich stärker entgegenstand. Den Zahlen lässt sich jedoch weder das eine noch das andere entnehmen.

aa) Verlustnutzung

Vergleicht man die absolute Verlustnutzung in den Jahren 1992 - 2006 (gemeint ist jeweils die Nutzung vorgetragener körperschaftsteuerlicher Verluste bzw. ein Rücktrag von Verlusten des Folgejahres bzw. der beiden Folgejahre), ist zu beobachten, dass im Mantelkauf-liberalen Zeitraum bis 1996 weder bei einer Gesamtbetrachtung noch bei einer Betrachtung pro Körperschaftsteuersubjekt³⁴⁴ mehr Verluste genutzt worden sind als in den Jahren ab 1997.³⁴⁵

³⁴¹ Zum einen in absoluten Zahlen (gesamt bzw. pro Körperschaftsteuersubjekt) und zum anderen im Verhältnis zum Körperschaftsteueraufkommen.

³⁴² *Möhlenbrock*, in: DStJG Band 33 (2009), S. 386 (Diskussionsbeitrag).

³⁴³ *Wobei gewisse Phase-out-Effekte aus Mantelkäufen der Jahre vor 1997 weiter gewirkt haben dürften*, wenn man davon ausgeht, dass die Verluste der erworbenen Verlustmäntel zwar zeitnah, jedoch nicht vollständig im Zeitraum bis Ende 1996 genutzt werden konnten.

³⁴⁴ Auch insoweit werden aus Vereinfachungsgründen und zur besseren Vergleichbarkeit nur unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtige Steuersubjekte betrachtet und steuerfreie Körperschaften, Organgesellschaften und beschränkt steuerpflichtige Körperschaftsteuersubjekte nicht mit einbezogen.

³⁴⁵ Das zur Verfügung stehende statistische Zahlenmaterial war insoweit in Bezug auf das Jahr 1992 nicht vollständig, sodass hinsichtlich der genutzten Verluste auf die von *Müller* (Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland,

Tab. 5: Verlustnutzung/Verhältnis zum Körperschaftsteueraufkommen³⁴⁶

Jahr	Unbeschr. Körperschaftsteuerpflichtige			Verlustnutzung	
	Gesamt	mit Verlustnutzung	Verhältnis	Gesamt (1.000 €)	Pro unb. KSt.-Pfl.
1992	528.860	n/a	n/a	5.603.759	n/a
1995	636.703	170.289	26,75%	16.406.023	96.342
1998	716.195	198.124	27,66%	27.221.562	137.397
2001	789.971	223.638	28,31%	20.888.809	93.405
2004	816.452	230.569	28,24%	17.588.276	76.282
2005	838.687	231.208	27,57%	25.104.238	108.579
2006	888.793	262.645	29,55%	26.558.796	101.121

Quelle: Statistisches Bundesamt;
Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004

Aus den in der vorstehenden Tabelle aufgeführten Zahlen lassen sich im Wesentlichen zwei Aussagen entnehmen:

Zum einen, dass das Verhältnis der unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtigen, die Verluste im Wege des Verlustrücktrags und/oder des Verlustvortrags geltend machen konnten, zur Anzahl der gesamten Steuerpflichtigen über die Jahre hinweg – soweit ermittelbar – nahezu gleich geblieben ist und im Mantelkauf-liberalen Jahr 1995 sogar noch etwas geringer war als in den Jahren danach. Wären vor 1997 Mantelkäufe in signifikantem Umfang erfolgt, wäre jedoch zu erwarten gewesen, dass mehr Körperschaftsteuerpflichtige Verluste geltend gemacht hätten, da ein Steuerpflichtiger mit Ge-

2004, S. 186, Tabelle 3.3) verwendeten Zahlen zurückgegriffen wurde und die Zahl der Steuerpflichtigen, die Verluste geltend gemacht haben, nicht ermittelt werden konnte (n/a). Die jeweilige Verlustnutzung setzt sich jeweils aus Verlustvortrag und -rücktrag/-rückträgen zusammen (vgl. für eine Aufschlüsselung die jeweiligen Körperschaftsteuerstatistiken). In den Jahren vor 1999 konnten Verlustvorträge zwei Jahre zurückgetragen werden, bis Ende 1993 war der Rücktrag in das zweite vorangehende Jahr sogar zwingend. Da die Statistiken Doppel-/Mehrfachfälle – soweit ersichtlich – nicht gesondert ausweisen, ergeben sich hier jeweils Mehrfachzählungen (also Steuerpflichtige, die Verluste sowohl zurück als auch vortragen konnten, tauchen in den Zahlen doppelt bzw. u.U. sogar dreifach auf). Dies sollte sich jedoch im Vergleich der Jahre zueinander relativieren, da in jedem Jahr Mehrfachzählungen auftreten dürften.

³⁴⁶ Die in der Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage u.a. der Fraktion DIE LINKE zur Verlustverrechnung und Mindestbesteuerung in der Unternehmensbesteuerung (BT-Drs. 17/4653 v. 03.02.2011, S. 12 und Anlage 2) ausgewiesenen Zahlen sind nur bedingt aussagekräftig und vergleichbar, da sie zum einen lediglich den Verlustrücktrag ausweisen und zum anderen auf alle Körperschaftsteuerpflichtigen (außer Organgesellschaften) – und nicht wie hier nur auf unbeschränkt Körperschaftsteuerpflichtige – abstellen.

winnen aber ohne Verlustnutzung sich entsprechende Verlustvorträge über einen Mantelkauf hätte besorgen können und so zu einem Steuerpflichtigen mit Verlustnutzung geworden wäre.

Zum anderen weisen auch die absoluten Zahlen der Verlustnutzung – von 1992 einmal abgesehen – keine extremen Ausschläge aus. Bezogen auf die Gesamtzahl der unbeschränkt steuerpflichtigen Körperschaftsteuersubjekte konnten im Mantelkauf-liberalen Jahr 1992 Verluste nur in vergleichsweise geringem Umfang für Körperschaftsteuerzwecke genutzt werden. Auch 1995 wurden eher wenig Verluste geltend gemacht, obwohl sogar noch ein zweijähriger Verlustrücktrag möglich gewesen wäre.³⁴⁷ Pro Körperschaftsteuersubjekt liegen die in Mantelkauf-liberalen Jahren (weiß unterlegt) genutzten Verluste in etwa im Durchschnitt des Zeitraums danach (hell- bzw. mittelgrau unterlegt), in dem Mantelkäufe nur noch eingeschränkt möglich waren. Zu beachten ist, dass ab 2004 der Verlustabzug nur in den Grenzen der Mindestbesteuerung (§ 10d Abs. 2 EStG) möglich war (hier mittelgrau unterlegt). Es ist davon auszugehen, dass ohne Mindestbesteuerung in den Zeiträumen ab 2004 deutlich mehr Verluste zum Abzug gebracht worden wären und die insoweit bereinigten Zahlen der Verlustnutzung tatsächlich sogar höher liegen.

Auch diese beiden Beobachtungen sprechen mehr oder weniger deutlich gegen die These vom Mantelkauf und dem damit verbundenen Steuerausfallrisiko. Trotz der Einschränkungen durch den verschärften § 8 Abs. 4 KStG konnten in den Jahren ab 1997 eher noch mehr Verluste steuerlich zum Abzug gebracht werden, wobei die Zahlen noch nicht einmal um die ab 2004 geltende Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG bereinigt sind.³⁴⁸

bb) Körperschaftsteuereffekt aus Verlustnutzung

In die gleiche Richtung deuten schließlich auch der Körperschaftsteuereffekt³⁴⁹ aus der Verlustnutzung – was den Fiskus der Verlustabzug „gekostet“ hat – und das Verhältnis der genutzten Verluste zum Körperschaftsteueraufkommen der jeweiligen Jahre. Dazu wurde der Steuereffekt aus der Verlustnutzung mit einem vereinfachten Steuersatz von 36 % für 1992, 30 % für

³⁴⁷ Dies galt auch noch für 1998. Ab 1999 war der Rücktrag auf ein Jahr begrenzt.

³⁴⁸ Dem Vernehmen nach wurden auch in den Jahren nach 2006 auf Grundlage vorläufiger Zahlen Verluste in etwa vergleichbarem Umfang wie in 2005 bzw. 2006 geltend gemacht.

³⁴⁹ Entsprechendes dürfte für Gewerbesteuerzwecke gelten, wobei die Besonderheiten des § 10a GewStG zu beachten sind.

1995 und 1998 sowie 25 % für den Zeitraum ab 2001 berechnet³⁵⁰ und zum jeweiligen Steueraufkommen ins Verhältnis gesetzt.

Tab. 6: Steuereffekt Verlustnutzung/Verhältnis zum Körperschaftsteueraufkommen

Jahr	KSt.-Aufkommen		Verlustnutzung (KSt.-Effekt)		Verhältnis KSt.-Auf- kommen/ Verlust- nutzung
	Zahl der unbeschr. KSt.-Pfl.	Gesamt (1.000 €)	Zahl der unbeschr. KSt.-Pfl.	Gesamt (1.000 €)	
1992	528.860	21.906.780	n/a	2.017.353	9,2%
1995	636.703	22.465.477	170.289	4.921.807	21,9%
1998	716.195	36.378.523	198.124	8.166.469	22,4%
2001	789.971	24.718.671	223.638	5.222.202	21,1%
2004	816.452	21.723.492	230.569	4.397.069	20,2%
2005	838.687	25.722.787	231.208	6.276.060	24,4%
2006	888.793	30.797.728	262.645	6.639.699	21,6%

Quelle: Statistisches Bundesamt;

Müller, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, 2004

Auch dieser Übersicht lassen sich mehrere Erkenntnisse entnehmen, die ebenfalls gegen eine Gefährdung des Körperschaftsteueraufkommens aufgrund einer beschleunigten Verlustnutzung mittels Mantelkäufen sprechen:

In den Mantelkauf-liberalen Jahren 1992 und 1995 wurde das Steueraufkommen für Körperschaftsteuerzwecke durch die geltend gemachten Verluste „nur“ um den Betrag von rund € 2 Mrd. bzw. € 5 Mrd. gemindert.³⁵¹ Dies ist niedriger, z.T. sogar deutlich niedriger als in den Jahren danach,³⁵² was noch bemerkenswerter erscheint, wenn man sich vergegenwärtigt, dass ab 2004 (in der Tabelle mittelgrau unterlegt) die Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG galt und bereinigt um die Effekte der Mindestbesteuerung in den Jahren 2004 bis 2006 wohl tatsächlich deutlich mehr Verluste geltend gemacht worden wären. Verlustverrechnungspotenzial war in den Jahren 1992 und 1995 ausreichend vorhanden, wie sich aus dem Körperschaftsteueraufkommen ergibt. Jedoch fand anscheinend keine signifikante Mobilisierung von Verlustvorträgen statt, da davon auszugehen ist, dass die im Rahmen von Mantelkäufen erworbenen Verluste auch zeitnah steuerlich geltend gemacht wurden und sich so unmittelbar in einer erhöhten Verlust-

³⁵⁰ Dies entspricht unter Geltung des Anrechnungssystems dem jeweiligen Steuersatz für ausgeschüttete Gewinne; im „Umstellungsjahr“ 2001 wird vereinfacht vom „neuen“ Steuersatz von 25 % ausgegangen. Vgl. Fn. 322.

³⁵¹ Grundlage ist eine vereinfachte Berechnung mit unterstellter Vollausschüttung.

³⁵² Eine Ausnahme besteht allenfalls für 2004, jedoch ist zu beachten, dass die Zahlen nicht inflationsbereinigt sind.

nutzung und einem entsprechend geminderten Körperschaftsteueraufkommen niederschlagen.

Das Verhältnis zwischen Verlustnutzung und Körperschaftsteueraufkommen ist ab 1995 annähernd konstant geblieben und schwankt um einen Wert von 22 %. Auch relativ gesehen wurden in den Mantelkauf-liberalen Jahren also nicht mehr Verluste geltend gemacht als in den Jahren danach. Bezieht man noch die Mindestbesteuerung in die Betrachtung mit ein, wurden tatsächlich wohl eher weniger Verluste zum Abzug gebracht.

g) Schlussfolgerung: Befürchtete Steuerausfälle durch Mantelkäufe ein „Scheinriese“

Die oben dargestellten Kennzahlen deuten insgesamt darauf hin, dass es sich bei den befürchteten Steuerausfällen aufgrund von Mantelkäufen möglicherweise um einen „Scheinriesen“ handelt.

Die Höhe der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge und das damit verbundene theoretische Steuerausfallrisiko wirken zunächst einmal bedrohlich. Der Fiskus muss sich hiervoor jedoch nicht fürchten. Denn es spricht alles dafür, dass es bei einem theoretischen Risiko bleibt, das sich niemals manifestieren wird. Seit 1991 konnten kontinuierlich weniger Altverluste genutzt werden, als Neuverluste entstanden sind – ein Umstand, von dem der Fiskus letztlich profitiert, da die Gewinne sofort besteuert werden und eine Nutzung der Verluste ad infinitum hinausgeschoben wird.³⁵³ Es ist kein Grund ersichtlich, wieso sich dieser langfristige Trend plötzlich umkehren sollte.

Dies scheint unabhängig davon zu gelten, ob bzw. in welchem Umfang der Gesetzgeber Mantelkäufe steuerlich sanktioniert. Wie oben dargelegt, lässt sich nicht feststellen, dass in den Jahren, in denen Mantelkäufe nahezu keinen Restriktionen unterworfen waren, mehr Verluste geltend gemacht worden wären. Genau dies wäre aber zu erwarten gewesen, wenn man davon ausgeht, dass die im Zuge von Mantelkäufen erworbenen Verluste vom Käufer zeitnah steuerlich genutzt werden können. De facto war vielmehr das Gegenteil der Fall: In den Mantelkauf-liberalen Jahren bis einschließlich 1996 war verglichen mit dem Zeitraum ab 1997 das Steueraufkommen pro Körperschaftsteuersubjekt sogar deutlich höher, sind überproportional viele Netto-Neuverluste entstanden und waren die Steuerausfälle durch den Verlustabzug absolut gesehen geringer als im Zeitraum ab 1997, in dem mit § 8 Abs. 4 KStG n.F. eine deutlich „schärfere“ Mantelkaufregelung galt.

³⁵³ Ebenso *Maiterth*, DStR 2006, 915 (919).

All diese Schlussfolgerungen sind vor dem Hintergrund der oben angesprochenen Einschränkungen³⁵⁴ natürlich mit gewisser Vorsicht „zu genießen“. Dennoch: Alles in allem drängt sich der Befund auf, dass die Bedeutung einer Mantelkauf-Verhinderungsvorschrift für die Sicherung des Steueraufkommens eher überschätzt wird. Denn auch in den Jahren, in denen Mantelkäufe nahezu uneingeschränkt möglich waren, lassen die statistischen Zahlen den Schluss zu, dass tatsächlich kein signifikanter Verlusthandel stattgefunden hat. Dies dürfte im Wesentlichen damit zusammenhängen, dass es betriebswirtschaftlich oft gar nicht sinnvoll ist, einen Verlustmantel zu erwerben, da dem Vorteil einer künftigen (und ggf. unsicheren) Steuerersparnis ein u.U. erheblicher Kaufpreis, Transaktionskosten und Haftungsrisiken gegenüberstehen. Diese „natürlichen“ Hindernisse dürften Mantelkäufen in aller Regel ihre Attraktivität nehmen. Einer Korrektur aus steuerlicher Sicht würde es vor diesem Hintergrund also gar nicht bedürfen.

Diese Erkenntnis gilt nicht nur für eine vergangenheitsbezogene Betrachtung, sondern sollte grundsätzlich auch im Rahmen des derzeit geltenden § 8c KStG Geltung beanspruchen, da keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, wieso die Steuerpflichtigen ihr Verhalten ändern sollten. Eher sind die Vorteile eines Mantelkaufs mittlerweile noch geringer geworden, da die erworbenen Verluste nur im Rahmen der Mindestbesteuerung genutzt werden können und die Absenkung des Körperschaftsteuersatzes auf 15 % auch den steuerlichen Wert der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge entsprechend reduziert hat. Allerdings ist auch zu beachten, dass § 8c KStG in seinem Anwendungsbereich deutlich umfassender ist und über die reine „Abwehr“ missbräuchlicher Mantelkäufe weit hinausgeht.

4. Folgerungen für § 8c KStG und dessen Beitrag zum Steueraufkommen

Welche Folgerungen lassen sich hieraus also nun für den heutigen § 8c KStG und dessen Beitrag zur Sicherung des Körperschaftsteueraufkommens³⁵⁵ ableiten? Sich allein darauf zurückziehen zu wollen, dass die entsprechenden Zahlen im Jahr 2006 enden und damit die Neuregelung noch gar nicht erfassen, erscheint zu einfach. Vielmehr sollten auf Grundlage der statistischen Erkenntnisse drei Aspekte auseinandergelassen werden, die jeweils unter rechtlichen und fiskalischen Gesichtspunkten zu bewerten sind:

³⁵⁴ Vgl. v.a. unter IV. 3. a).

³⁵⁵ Und mittelbar auch des Gewerbesteueraufkommens.

a) Missbrauchsverhinderung

Betrachtet man die Entstehungsgeschichte der Mantelkauf-Problematik, geht es im Kern um die berechtigte Verhinderung von missbräuchlicher Verlustnutzung. Verhindert werden sollte der Handel mit Verlustgesellschaften, wenn der einzige Grund für den Erwerb der Steuervorteile aus der späteren Nutzung der „fremden“ Verluste war. Wird eine Gesellschaft allein wegen ihrer Verlustvorträge erworben, da sie keine stillen Reserven oder keinen eigenen Geschäftsbetrieb mehr hat bzw. dieser nach dem Erwerb eingestellt wird, erscheint es rechtlich nachvollziehbar, wenn unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Identität hier eine Verlustnutzung versagt wird.

Fiskalisch betrachtet erscheinen diese Fälle offenbar weniger problematisch, da es sich bei entsprechenden Mantelkäufen auf der Grundlage des verfügbaren statistischen Zahlenmaterials anscheinend um kein „Massenphänomen“ handelt. Denn in den Jahren, in denen entsprechende Verlustmängel auch auf völlig eingestellte Betriebe frei transferiert werden konnten, ist kein signifikanter Einfluss auf das Steueraufkommen bzw. die Verlustnutzung erkennbar. Der Grund ist – wie oben ausgeführt – wohl darin zu sehen, dass ein Mantelkauf aus wirtschaftlichen Überlegungen heraus regelmäßig mehr Nachteile als Vorteile bringen dürfte und daher unterbleibt. Die Mindestbesteuerung und die Absenkung des Körperschaftsteuersatzes haben Mantelkäufe aus betriebswirtschaftlicher Sicht sogar noch unattraktiver gemacht.

Vor diesem Hintergrund gilt, dass eine reine Mantelkauf- und damit Missbrauchs-Verhinderungsvorschrift fiskalisch nicht erforderlich, rechtlich jedoch auch unbedenklich wäre. Allerdings ist § 8c KStG keine zielgenaue Missbrauchsverhinderungsvorschrift, sondern funktioniert vielmehr nach dem „Schrotflinten-Prinzip“. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist so weit, dass es sich bei der Anwendung der Vorschrift auf missbräuchliche Mantelkäufe um „Zufallstreffer“ handelt, die aus rechtlicher Sicht nicht als Rechtfertigung in Betracht kommen.

b) Sicherung und Generierung von Steueraufkommen

§ 8c KStG liegt im Kern wohl der Gedanke zugrunde, die Verlustnutzung allgemein zu erschweren und so das Steueraufkommen zu sichern. Letztlich war die Vorschrift ja auch als Gegenfinanzierungsmaßnahme für die Absenkung des Körperschaftsteuersatzes auf 15 % gedacht³⁵⁶ und musste daher so ausgestaltet werden, dass zusätzliches – d.h. über § 8 Abs. 4 KStG a.F. hinausgehendes – Steueraufkommen generiert wird.

³⁵⁶ Vgl. dazu die Nachweise oben in Fn. 85.

Unter rechtlichen Gesichtspunkten können rein fiskalische Überlegungen – sei es die Sicherung bestehenden oder die Schaffung weiteren Steuersubstrats – eine überschießende und verfassungsrechtlich problematische Vorschrift³⁵⁷ wie § 8c KStG nicht rechtfertigen.

Jedoch führt möglicherweise auch das fiskalische Argument der Generierung von Mehrsteuern „ins Leere“. Das Finanztableau zur Unternehmenssteuerreform 2008 weist zwar erwartete Steuermehreinnahmen bei Körperschaftsteuer einschließlich Solidaritätszuschlag und Gewerbesteuer von € 1,475 Mrd. für 2011 und 2012 aus (was Mehreinnahmen aus der Weitergeltung des § 8 Abs. 4 KStG mit einschließt).³⁵⁸ Dem stehen allerdings aufgrund der im Rahmen des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes eingeführten Konzern- und Stille-Reserven-Klausel auch ein prognostiziertes Minderaufkommen von € 805 Mio. in 2011 und von € 1,34 Mrd. in 2012 gegenüber,³⁵⁹ wobei diese Aufkommenseffekte noch um die nicht mehr anwendbare Sanierungsklausel zu bereinigen sind.³⁶⁰ Letztlich werden also aufgrund von § 8c KStG in seiner derzeit gültigen Fassung lediglich Steuermehreinnahmen von wenigen hundert Millionen Euro pro Jahr erwartet.

Diese vergleichsweise geringen Mehreinnahmen dürfen jedoch nicht dahin gehend missverstanden werden, dass es sich bei § 8c KStG nur um ein Bagatellproblem handelt. Massive Schäden richtet die Vorschrift aufgrund ihres Abschreckungs- bzw. Verhinderungsscharakters an, da aufgrund von § 8c KStG dringend notwendige Umstrukturierungen unterbleiben oder Unternehmenssanierungen scheitern. Hierbei handelt es sich um „Kollateralschäden“³⁶¹, die zwar nicht in das Finanztableau eingehen, jedoch ganz erheblich sein dürften. Im Ergebnis ist wohl davon auszugehen, dass

³⁵⁷ Hierzu eingehender oben unter III. 3.

³⁵⁸ Vgl. Gesetzentwurf v. 27.03.2007, BT-Drs. 16/4841, S. 43.

³⁵⁹ Vgl. Gesetzentwurf v. 09.11.2009, BT-Drs. 17/15, S. 21.

³⁶⁰ Die von Verwaltungsseite bereits antizipierte Suspendierung der Sanierungsklausel ging in eine geänderte Steuerschätzung für 2010, 2011 und 2012 ein, allerdings ist der Übersicht nur eine konsolidierte Zahl zu entnehmen, die neben der Suspendierung der Sanierungsklausel auch die steuerlichen Auswirkungen aus dem Ersten Gesetz zur Änderung des Erneuerbare-Energien-Gesetzes vom 11.08.2010 und aus dem BMF-Schreiben zur einkommensteuerlichen Behandlung von Berufsausbildungskosten vom 22.09.2010 mit beinhaltet, vgl. BMF, Anlage 2 zur Pressemitteilung 43/2010, Abweichungen des Ergebnisses der Steuerschätzung November 2010 vom Ergebnis der Steuerschätzung Mai 2010. Im Rahmen des Bürgerentlastungsgesetzes wurde für 2011 von Steuermindereinnahmen durch die Sanierungsklausel i.H.v. € 225 Mio. ausgegangen.

³⁶¹ Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009 v. 19.09.2008, BR-Drs. 545/08 (Beschluss), S. 49.

§ 8c KStG unter Einbeziehung dieser Verhinderungswirkungen keine (moderaten) Steuermehreinnahmen, sondern vielmehr massive Steuermindeereinnahmen generieren dürfte.

c) **Verhinderungscharakter zentrales praktisches Problem**

Dieser Verhinderungscharakter der Vorschrift ist ein zentraler und äußerst problematischer Punkt, der sich allerdings naturgemäß nicht unmittelbar Steuerstatistiken oder Finanztableaus entnehmen lässt. § 8c KStG erschwert oder verhindert nicht selten betriebswirtschaftlich sinnvolle Restrukturierungen. So muss beispielsweise eine interne Neuordnung einer Unternehmensgruppe unterbleiben, da der Untergang der Verlustvorträge ein zu hoher Preis wäre, zumal sich dies aufgrund der damit verbundenen Auflösung entsprechender aktiver latenter Steuern möglicherweise unmittelbar auf die Konzernsteuerquote und damit den Börsenkurs auswirkt. Auch kann z.B. der rettende Investor eines kriselnden Unternehmens wieder abspringen, da sich für ihn ein Einstieg allenfalls dann rechnet, wenn er nach dem Turnaround auf eine künftige Nutzung der Verlustvorträge hoffen kann.

§ 8c KStG vernichtet aufgrund dieser Folgewirkungen nicht nur Verluste, sondern im Ergebnis auch Unternehmen und Arbeitsplätze und damit nicht zuletzt künftiges Steueraufkommen. Diese negativen Effekte dürften den vergleichsweise überschaubaren Betrag, den sich der Gesetzgeber an Körperschaftsteuer-Mehreinnahmen durch § 8c KStG verspricht, bei Weitem übersteigen. Noch höher erscheint der Schaden, den der Steuerstandort Deutschland durch eine solche – im internationalen Vergleich extrem restriktive³⁶² – Regelung nimmt.

5. **Zwischenergebnis und Handlungsrahmen für Überlegungen de lege ferenda**

Die Zahlen vergangener Jahre und das zu erwartete Mehraufkommen legen – bei allen Unsicherheiten, die mit dem Zahlenmaterial naturgemäß verbunden sind – folgendes Zwischenergebnis nahe, das gleichzeitig den Handlungsrahmen für die Überlegungen de lege ferenda konstituiert:

Es lässt sich nicht feststellen, dass der Handel mit Verlustgesellschaften eine signifikante Gefahr für das Steueraufkommen darstellt. Die Befürchtung, dass Lame-Duck-Verluste mobilisiert und auf Steuerpflichtige übertragen werden, die diese überhaupt bzw. schneller nutzen können, scheint unbegründet zu sein. Denn offenbar hat auch in den Jahren, in denen der Man-

³⁶² Vgl. z.B. *Lenz*, in: Kessler/Förster/Watrin, FS Herzig, 2010, S. 131 (146).

telkauf de facto keinen Beschränkungen unterworfen war, kein signifikanter Handel mit Verlustmänteln stattgefunden. Dies dürfte im Wesentlichen damit zusammenhängen, dass sich entsprechende Geschäfte nach einer betriebswirtschaftlichen Chancen-/Risiko-Abwägung in der Regel als unrentabel herausstellen. Dies dürfe umso mehr nach Einführung der Mindestbesteuerung gelten.

Aus rechtlicher Sicht spricht selbstverständlich dennoch nichts gegen eine eng gefasste Missbrauchsverhinderungsvorschrift. Der geltende § 8c KStG schießt jedoch weit darüber hinaus. Dabei geht es weniger um die dadurch versprochenen Steuermehreinnahmen, die sich spätestens nach Einführung der Konzern- und Stille-Reserven-Klausel in engen Grenzen bewegen, als vielmehr um den Verhinderungscharakter der Vorschrift. § 8c KStG verhindert sinnvolle Umstrukturierungen und insbesondere die Rettung angeschlagener Unternehmen. Dies gilt umso mehr, nachdem die EU-Kommission die dringend erforderliche Sanierungsklausel „gekippt“ hat. § 8c KStG ist auch in seiner derzeitigen Fassung immer noch ein Transaktionshemmnis „allererster Güte“. Gerade Unternehmen in wirtschaftlichen Schwierigkeiten spüren die volle Härte der Vorschrift. Diese Kollateralschäden dürften im Ergebnis eher zu Steuermindereinnahmen führen und beschädigen nachhaltig den Steuerstandort Deutschland.

Der Gesetzgeber ist aufgerufen (und hat das Bedürfnis auch selbst erkannt³⁶³), hier kurzfristig Abhilfe zu schaffen. Die absolute Höhe der Verlustvorträge und das damit verbundene abstrakte Verlustnutzungspotenzial sollten dabei nicht im Mittelpunkt der Betrachtungen stehen. Denn es ist auf der Grundlage der Erfahrungen der Vergangenheit nicht zu erwarten, dass es bei einer Lockerung der Mantelkaufregelungen zu einer massiven Mobilisierung und zusätzlichen zeitnahen Geltendmachung dieser Verluste kommt.

V. Überlegungen de lege ferenda: Kein erneutes Nachbessern („kleine Lösung“), sondern grundlegende Neuausrichtung („große Lösung“)

Der Gesetzgeber sollte sich nicht auf Nachbesserungen am geltenden § 8c KStG („kleine Lösung“) beschränken, sondern eine grundlegende Neuausrichtung in Form einer „großen Lösung“ in Angriff nehmen.

³⁶³ Vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage u.a. der Fraktion DIE LINKE zur Verlustverrechnung und Mindestbesteuerung in der Unternehmensbesteuerung, BT-Drs. 17/4653 v. 03.02.2011, S. 8.

Dabei muss der Ausnahme- und Missbrauchsverhinderungscharakter klarer zum Ausdruck kommen. Ein entsprechendes Bedürfnis hat nicht zuletzt die Entscheidung der Kommission zur Sanierungsklausel offengelegt. Dies kann dadurch erreicht werden, dass auf Tatbestands- und auf Rechtsfolgenebene Einschränkungen vorgenommen werden. Eine entsprechende Ausnahmeregelung sollte dann auch mit einer „beihilfefesten“ Sanierungsklausel kombiniert werden können.

1. Erneute Nachbesserungen am derzeitigen § 8c KStG („kleine Lösung“) nicht zielführend

Als „kleine Lösung“ kommt zunächst einmal ein erneutes Nachbessern an der derzeitigen gesetzlichen Regelung in Betracht. Dazu müsste der Gesetzgeber im Wesentlichen an den Punkten ansetzen, die weiter oben³⁶⁴ als problematisch herausgearbeitet wurden. Jedoch stellt sich die Frage, ob dies zielführend ist. Denn der Gesetzgeber hat diesen Weg ja bereits beschritten. Allerdings hat dies aus verschiedenen Gründen nicht zu dem gewünschten Ergebnis geführt, da die entsprechenden Korrektur-Maßnahmen in ihrem Anwendungsbereich unzureichend sind (wie insbesondere die Konzern- und Stille-Reserven-Klausel) und/oder beihilferechtliche Probleme hervorgerufen haben (wie die Sanierungsklausel). Somit drängt sich – neben der eher methodischen Frage, ob eine Norm aus sich heraus überhaupt ihren Telos wandeln kann³⁶⁵ – die Erkenntnis auf, dass es sich bei § 8c KStG möglicherweise um eine Vorschrift handelt, die schon wegen ihrer Grundstruktur nicht vernünftig „repariert“ werden kann.

Da die Eingriffsintensität der Vorschrift mittlerweile maßgeblich durch die Reichweite der Ausnahmebestimmungen (Konzern-, Stille-Reserven- und Sanierungsklausel) bestimmt wird,³⁶⁶ wäre im Rahmen einer erneuten Nachbesserung als „kleine Lösung“ zunächst einmal hier anzusetzen:

- Bei der Konzernklausel sollten die starren Beteiligungsvoraussetzungen („an dem übertragenden und an dem übernehmenden Rechtsträger dieselbe Person zu jeweils 100 Prozent mittelbar oder unmittelbar beteiligt“) zugunsten einer Regelung aufgehoben werden, die explizit auch mehrere Personen bzw. eine Personengruppe erfasst und das 100-%-Erfordernis zumindest um eine De-minimis-Regelung ergänzt. In der Literatur³⁶⁷ fin-

³⁶⁴ Vgl. insbesondere unter III. 2. und 3.

³⁶⁵ Kritisch hierzu *Drüen*, Ubg 2010, 543 (548 f.).

³⁶⁶ Vgl. *Brandis*, in: Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 8c KStG, Rz. 22.

³⁶⁷ Vgl. *Bien/Wagner*, BB 2009, 2627 (2629): „Ein schädlicher Beteiligungserwerb liegt nicht vor, soweit ein Erwerber oder Personen, die mittelbar oder unmittel-

den sich Vorschläge für eine Alternativformulierung, wodurch lediglich zusätzliche Beteiligungserwerbe erfasst sein sollen. Aufgrund der mehrstufigen Wirkungsweise des § 8c KStG bei mittelbaren Anteilsübertragungen ist jedoch immer zu befürchten, dass eine entsprechende Regelung übermäßig komplex, lückenhaft und/oder gestaltungsfähig ist.

- Der Verschonungsregelung bei stillen Reserven liegt die zutreffende Überlegung zugrunde, dass in Höhe der nicht realisierten stillen Reserven kein Missbrauchspotenzial besteht. Nachbesserungsbedarf besteht hier vor allem bei der Ermittlung der maßgebenden Kennziffern und bei Organschaftsfällen bzw. tiefer gestaffelten Teilnehmungsstrukturen. Denkbar wäre ein Wahlrecht, bei unterjährigen Anteilsübertragungen aus Vereinfachungsgründen auf das steuerbilanzielle Eigenkapital zum Schluss des vergangenen Wirtschaftsjahrs abstellen bzw. bei Organschaften den Teilnehmungsansatz durch die entsprechenden Wirtschaftsgüter ersetzen zu dürfen. Auch hier ist es im Wesentlichen die Mehrstufigkeit von § 8c KStG, die die Vorschrift – wahrscheinlich ungeachtet der Ausgestaltung im Einzelfall – praktisch kaum handhabbar macht, da ggf. auf jeder Ebene eine Wertermittlung stattfinden muss und festgestellt werden muss, ob stille Reserven auch im Inland steuerpflichtig sind.
- Die Sanierungsklausel nach § 8c Abs. 1a KStG wurde von der Kommission als unzulässige Beihilfe angesehen und ist vor diesem Hintergrund rückwirkend nicht (mehr) anwendbar. Die Frage ist hier, ob der Gesetzgeber überhaupt eine „beihilfefeste“ Neuregelung schaffen kann. M.E. hängt dies zu einem wesentlichen Teil davon ab, dass § 8c KStG auch im Übrigen zu einer „echten“ Ausnahmenvorschrift für missbräuchliche Mantelkäufe weiterentwickelt wird, da spätestens dann die Kommission den Verlustuntergang nach § 8c KStG nicht mehr als Referenzsystem ansehen kann, von der die Sanierungsklausel in selektiv-begünstigender Art und Weise (angeblich) abweicht.³⁶⁸ Hinsichtlich der technischen Ausgestaltung einer sinnvollen Sanierungsklausel sollte im Vergleich zum derzeitigen § 8c Abs. 1a KStG auf jeden Fall bei den Kriterien zum

bar am Erwerber beteiligt sind oder an denen der Erwerber mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist, bereits vor dem schädlichen Beteiligungserwerb mittelbar oder unmittelbar über die Kapitalanteile, Mitgliedschaftsrechte, Teilnehmungsrechte oder Stimmrechte an der Körperschaft verfügten, wie sie nach dem schädlichen Beteiligungserwerb verfügen. Bei mittelbaren Teilnehmungen ist die durchgerechnete Teilnehmungsquote oder Stimmrechtsquote maßgeblich.“

³⁶⁸ Zutreffenderweise hätte die Kommission jedoch bereits auf Grundlage der derzeitigen Rechtslage das Referenzsystem anders bilden müssen. Zur Kritik an der Entscheidung der Kommission siehe unter III. 2. c).

Erhalt der wesentlichen Betriebsstrukturen angesetzt werden. Der Verweis auf die erbschaftsteuerlichen Lohnsummenregelung erscheint undurchdacht und unsystematisch. Mit dem Kriterium der Betriebsvermögenszuführung hat der Gesetzgeber die Probleme des § 8 Abs. 4 KStG in die Sanierungsklausel nach § 8c Abs. 1a KStG „importiert“. Besser wäre es möglicherweise, wie auch schon bei § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG auf eine Betriebsfortführung in einem wirtschaftlich vergleichbaren Umfang für einen gewissen Zeitraum³⁶⁹ abzustellen. Systembedingt – erneut aufgrund der mehrstufigen Wirkungsweise des § 8c KStG – müssen die Sanierungsvoraussetzungen auf jeder Ebene nachgewiesen werden. Fraglich ist, ob der Gesetzgeber bei diesem in der Praxis ganz entscheidenden Gesichtspunkt aufgrund der allgemeinen Konzeption des § 8c KStG überhaupt nachbessern kann.

Ein Nachbessern an den Ausnahmebestimmungen ist also nur eingeschränkt möglich und gerade vor dem Hintergrund der Beihilfeproblematik letztlich wohl nur als „Gesamtpaket“ sinnvoll, das § 8c KStG insgesamt zu einer „echten“ Missbrauchsverhinderungsvorschrift weiterentwickelt. Letztlich müsste dazu aber wohl bereits der Ausgangstatbestand des § 8c KStG – also der anteilige bzw. vollständige Verlustuntergang bei unmittelbaren oder mittelbaren Anteilsübertragungen auf eine Person/Personengruppe von mehr als 25 % bzw. 50 % – angegangen werden. Hierbei stößt man jedoch schnell an die Grundstrukturen der Vorschrift und damit an die Grenzen dessen, was man noch als „kleine Lösung“ bezeichnen kann:

- Wie dargelegt, können sich aus dem Zusammenspiel der beiden starren Schädlichkeitsgrenzen und der Aufzählung über einen Fünfjahreszeitraum eklatant unbillige Rechtsfolgen ergeben. Der Gesetzgeber könnte beispielsweise den „Fallbeileffekt“ bei 50 % durch einen anteiligen Verlustuntergang ersetzen und bei einer nicht mehrheitsvermittelnden Beteiligung mangels Einflussmöglichkeit auf die wirtschaftliche Identität der Verlustgesellschaft auf einen Untergang der Verlustvorträge verzichten.
- Da die Vorschrift auch mittelbare Anteilsübertragungen mit erfasst, führt ein Beteiligungswechsel auf der Ebene einer Obergesellschaft immer auch zu einer durchgerechneten mittelbaren Übertragung der An-

³⁶⁹ § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG stellte – wie auch § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. – auf einen Fünfjahreszeitraum ab. Es stellt sich die Frage, ob dieser Zeitraum unter den mittlerweile geltenden wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, die immer mehr Flexibilität verlangen, nicht zu lang bemessen ist bzw. zu statisch ist.

teile aller nachgeordneter Gesellschaften.³⁷⁰ Die praktische Rechtsanwendung ist in diesen – alles andere als seltenen Fällen – kaum möglich und jede Ausnahmebestimmung stößt hier an ihre Grenzen. Aufgrund der Erfahrungen mit der Rechtsprechung zu § 8 Abs. 4 KStG war die Erfassung mittelbarer Übertragungen eines der Kernanliegen der Neuregelung in § 8c KStG, sodass eine Nachbesserung hier gar nicht möglich erscheint, ohne die Vorschrift komplett umzugestalten.

Dies zeigt im Ergebnis, dass ein kleinteiliges „Herumkurieren“ an den Symptomen des § 8c KStG nicht zielführend ist³⁷¹ bzw. mit einer Neuausrichtung der Vorschrift verbunden werden müsste. Der Gesetzgeber sollte vielmehr eine „große Lösung“ in Betracht ziehen, zumal es auch methodisch wenig überzeugend ist, zunächst eine viel zu weitgehende Vorschrift zu schaffen, die dann durch Ausnahmebestimmungen wieder eingeschränkt wird. Dass es sich hierbei nicht um methodische *L'art pour l'art* handelt, hat die Entscheidung der EU-Kommission zur Sanierungsklausel eindrucksvoll gezeigt, die u.a. in dem Gewirr aus zu weitgehender Ausnahme und einschränkenden Gegenausnahmen den Überblick verloren hat.³⁷²

2. Gesetzliche Neuordnung des Mantelkaufs („große Lösung“)

§ 8c KStG sollte also im Rahmen einer „großen Lösung“ durch eine systemgerechte und „missbrauchszentrierte“ Neuregelung ersetzt werden, die „echte“ Missbrauchsfälle und nicht primär die (bei Lichte betrachtet wohl eher unbegründete) Angst vor Steuerausfällen vor Augen hat. Anknüpfungspunkt für einen entsprechenden Missbrauchsvorwurf sollte dabei ein Verlust der rechtlichen und wirtschaftlichen Identität der Gesellschaft sein. Diese geht – in Einklang mit der älteren Rechtsprechung des BFH³⁷³ – dann verloren, wenn die Identität der Kapitalgesellschaft nur rein formal gewahrt bleibt, wirtschaftlich gesehen jedoch die Gesellschaft ihr „persönliches und sachliches Substrat“³⁷⁴ wesentlich geändert hat.

Vor diesem Hintergrund werden nachfolgend bestimmte Elemente dargestellt, die eine entsprechende Regelung auf Tatbestands- und Rechtsfolgen-seite aufweisen sollte, um einem Charakter als „echte“ Missbrauchsverhinde-

³⁷⁰ Gem. § 10a Satz 10 GewStG gilt dies auch für den gewerbesteuerlichen Verlustvortrag einer nachgeordneten Personengesellschaft.

³⁷¹ *Drißen*, Ubg 2010, 543 (549). So auch *Lüdicke*, DStZ 2010, 434 (437).

³⁷² Siehe dazu oben unter III. 2. c).

³⁷³ Vgl. unter III. 1. a).

³⁷⁴ BFH-Urteil v. 15.02.1966 – I 112/63, BStBl. III 1966, 289.

rungsvorschrift gerecht zu werden. Bei der konkreten Ausgestaltung dieser Kriterien kann sowohl ein Blick in die Vergangenheit als auch ein Blick über die Grenze³⁷⁵ hilfreich sein.

a) **Tatbestandsebene**

Das zentrale Anliegen auf Tatbestandsebene ist, dass die Monokausalität des § 8c KStG aufgegeben wird, wonach allein das Überschreiten bestimmter Beteiligungsschwellen zu einem anteiligen oder vollständigen Verlustuntergang führt.

Das erwerberbezogene Konzept der bisherigen Regelung sollte prinzipiell beibehalten werden. Dies gilt im Grundsatz auch für eine Gruppenbetrachtung, die allerdings im Vergleich zur derzeitigen Konzernklausel umfassend zu modifizieren ist.

In jedem Fall muss zum Anteilseignerwechsel ein weiteres Element hinzutreten, das einen Verlustuntergang zusätzlich von einer wesentlichen Änderung des sachlichen Substrats³⁷⁶ der Gesellschaft abhängig macht. Nur so kann typisierend ein Missbrauchsfall abgebildet werden. Eine rein anteilseignerbezogene Betrachtung würde hingegen eine nicht folgerichtige und nicht gerechtfertigte Durchbrechung des Trennungsprinzips darstellen.

aa) *Anteilseignerebene*

(1) Erwerberbezogenes Konzept

Das erwerberbezogene Konzept des § 8c KStG sollte auch bei einer Neuregelung grundsätzlich beibehalten werden. § 8c KStG verfolgt im Hinblick auf das Kriterium des Anteilseignerwechsels – anders als noch § 8 Abs. 4 KStG – keine übertragungsbezogene, sondern eine erwerberbezogene Sichtweise. Schädlich sind Übertragungen nur dann, wenn Anteile in schädlichem Umfang von einem Erwerber übernommen werden, wobei nahestehende Personen und Gruppen mit gleichgerichteten Interessen entsprechend behandelt werden. Dieses Konzept erscheint im Grundsatz überzeugend. Eine rein übertragungsbezogene Sichtweise würde etwa dazu führen, dass theoretisch der reine Umschlag von Anteilen über die Börse oder mehrere, voneinander unabhängige Anteilsübertragungen kumuliert die Schädlichkeitsschwelle überschreiten. Bei § 8 Abs. 4 KStG war umstritten, ob bzw. inwieweit das

³⁷⁵ Vgl. für eine rechtsvergleichende Zusammenstellung *Braunagel*, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), *Verluste im Steuerrecht*, 2010, S. 282 ff.

³⁷⁶ Vgl. BFH-Urteil v. 15.02.1966 – I 112/63, BStBl. III 1966, 289.

Kriterium der Anteilsübertragung einzuschränkend zu verstehen ist.³⁷⁷ Ferner wurde die Einführung einer Börsenklausel gefordert.³⁷⁸

Letztlich wird m.E. nur eine erwerberbezogene Sichtweise einem Wechsel im personellen Substrat der Gesellschaft als Anknüpfungspunkt für einen Verlust der wirtschaftlichen Identität – und damit für einen Missbrauchsfall – gerecht. Nur soweit ein Erwerber Anteile in einem entsprechenden Umfang übernimmt, kann auch davon gesprochen werden, dass sich die Identität einer Kapitalgesellschaft ändert. Da eine Kapitalgesellschaft grundsätzlich von der Zusammensetzung ihrer Anteilseigner unabhängig ist, muss neben dem bloßen Wechsel auf Gesellschafterebene hinzukommen, dass ein neuer Anteilseigner entsprechenden Einfluss auf die Gesellschaft – und damit auf deren Verluste – nehmen kann. Dies setzt neben dem Überschreiten bestimmter Schwellen (dazu gleich) auch die Vereinigung der übertragenen Anteile bei einer Person voraus.

Zutreffend erscheint es, nahestehende Personen in die Betrachtung mit einzubeziehen.³⁷⁹ Soweit nach § 8c Abs. 1 Satz 3 KStG eine Gruppe mit gleichgerichteten Interessen als ein Erwerber behandelt wird, sollen Umgehungen in Form sog. „Quartettlösungen“ verhindert werden,³⁸⁰ was insbesondere vor dem Hintergrund der Schädlichkeitsschwelle des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG zu sehen ist, die bei Übertragungen von mehr als 25 % verläuft. Sofern insoweit eine explizite Regelung zur Verhinderung von Umgehungen für erforderlich gehalten wird,³⁸¹ sollte der Begriff der gleichgerichteten Interessen jedenfalls nicht ausufernd verstanden werden.³⁸² Insbesondere setzt die Annahme gleichgerichteter Interessen voraus, dass die gemeinsame Zielsetzung die steuerliche Nutzung der Verlustvorträge ist und die Erwerbergruppe dabei strukturiert vorgeht.³⁸³

³⁷⁷ Vgl. stv. *Roser*, in: Gosch (Hrsg.), KStG, 2. Aufl. 2009, § 8, Rz. 1417.

³⁷⁸ Z.B. *Kraft*, DB 2001, 112.

³⁷⁹ Der Begriff der nahestehenden Person ist in § 1 Abs. 2 AStG legal definiert. Dieses Begriffsverständnis soll nach Auffassung der Finanzverwaltung jedoch für Zwecke des § 8c KStG nicht maßgebend sein; vielmehr ist hier auf die – grds. weiteren – Kriterien der verdeckten Gewinnausschüttung zurück zu greifen (BMF-Schreiben v. 04.07.2008, BStBl. I 2008, 736, Rz. 25). Hierzu zurecht kritisch u.a. *Zerwas/Fröhlich*, DStR 2007, 1933 (1934).

³⁸⁰ Siehe oben unter III. 3. b).

³⁸¹ Vgl. *van Lishaut*, FR 2008, 789 (798 f.).

³⁸² So aber BMF-Schreiben v. 04.07.2008, BStBl. I 2008, 736, Rz. 27.

³⁸³ Ebenso *Sistermann/Brinkmann*, BB 2008, 1928, 1934. A.A. *Möhlenbrock*, in: Rödder/Möhlenbrock, Ubg 2008, 595 (601), der allerdings diese Auffassung damit begründet, dass § 8c KStG s.E. keine Missbrauchsverhinderungsregelung darstellt.

(2) Anteilsübertragung

§ 8c KStG erfasst als schädliche Anteilsübertragungen eine umfassende Aufzählung von Erwerbstatbeständen, die sich spätestens bei der Alternative vergleichbare Sachverhalte „ins Diffuse verliert“³⁸⁴. Hier sollte der Gesetzgeber de lege ferenda mit Augenmaß vorgehen und grundsätzlich auf das gezeichnete Kapital (bzw. wo ein solches nicht vorhanden ist, auf die entsprechenden Beteiligungsrechte) bzw. die Stimmrechte abstellen.³⁸⁵ Ob eine Neuregelung ebenfalls explizit vergleichbare Sachverhalte mit erfassen sollte, erscheint problematisch, da ein solches unbestimmtes Tatbestandsmerkmal erhebliche Auslegungsschwierigkeiten hervorruft. Allerdings erscheint eine Neuregelung, die sich eng an der wirtschaftlichen Identität der Verlustgesellschaft orientiert, auch eher als Auslegungsmaßstab geeignet, als dies unter dem Regime des geltenden § 8c KStG der Fall ist.³⁸⁶

(3) Schädliche Übertragungsquote

Geht man vom Kriterium der wirtschaftlichen Identität aus, die durch das personelle Substrat der Gesellschaft mitbestimmt wird, spricht m.E. viel dafür, schädliche Anteilsübertragungen erst bei mehr als 50 % des gezeichneten Kapitals bzw. der Stimmrechte beginnen zu lassen. Eine Beteiligung zwischen 25 % und 50 % vermittelt grundsätzlich lediglich eine Sperrminorität, jedoch im Normalfall³⁸⁷ keine direkte Möglichkeit, unternehmensrelevante Entscheidungen durchzusetzen.³⁸⁸ Daher kann m.E. unter einer mehrheitsbegründenden Schwelle auch nicht typisierend von einem Wechsel im personellen Substrat der Gesellschaft ausgegangen werden. Würde man auf eine maßgebliche Schwelle – nämlich mehr als 50 % – abstellen, würden sich damit auch die oftmals rein zufälligen (und gleichheitswidrigen) Folgen des Sanktionsverbrauchs bei Überschreiten der ersten Schwelle bis zum Erreichen der nächsten Schwelle erledigen.³⁸⁹ Fraglich ist, innerhalb welchen Zeitraums Anteilerwerbe aufzuaddieren sind. Die derzeit geltende Grenze von fünf Jahren erscheint vergleichsweise lang. Damit verbunden ist die Frage, wie mit Anteilsabgängen innerhalb dieses Zeitraums umzugehen ist.

³⁸⁴ Dötsch, in: Dötsch/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8c KStG, Rz. 34.

³⁸⁵ Dabei ist zu beachten, dass Stimmrechte grundsätzlich dem Abspaltungsverbot unterliegen; jedoch ist denkbar, dass Gesellschaftsanteile Mehrstimmrechte gewähren, vgl. Viskorf/Michel, DB 2007, 2561.

³⁸⁶ Vgl. Breuninger/Schade, Ubg 2008, 261 (264 ff.).

³⁸⁷ Anders ggf. bei börsennotierten Unternehmen mit hohem Free Flow und geringer Präsenzquote bei der Hauptversammlung.

³⁸⁸ Siehe auch Drißen, Ubg 2009, 23 (28 f.) und B. Lang, DStZ 2007, 652.

³⁸⁹ Vgl. dazu unter III. 3. b).

Stellt man auf die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Gesellschaft ab, sollte hier eine Saldobetrachtung Platz greifen.³⁹⁰ Ferner müsste die Problematik der (ggf. kurzfristigen) Übertragung der nämlichen Anteile angegangen werden, da die hierdurch drohende Gefahr eines „Verlustvernichtungs-Automaten“³⁹¹ nicht mit einer missbrauchszentrierten Neuregelung vereinbar erscheint.

(4) Mittelbare Übertragungen

Eine entsprechende missbrauchszentrierte Mantelkaufregelung wäre sicherlich gestaltungsanfällig, wenn mittelbare Anteilsübertragungen komplett ausgenommen wären. Allerdings sollte jedenfalls dann nicht von einer schädlichen Anteilsübertragung ausgegangen werden, wenn Anteilsübertragungen innerhalb einer bestehenden Beteiligungsstruktur erfolgen und es zu keiner Verschiebung der durchgerechneten Beteiligung der Gesellschafter der jeweiligen Gruppen-Obergesellschaft(en) kommt. Unter Missbrauchsverhinderungsgesichtspunkten besteht kein Bedürfnis, von einem Verlustuntergang auszugehen, wenn und soweit die mittelbare Verlustzuordnung gleich bleibt. Vielmehr wäre es widersprüchlich, für die Frage der Schädlichkeit auch mittelbare Übertragungen „bis zu den Sternen“ mit einzubeziehen, dann allerdings auf „halber Wegstrecke“ zu stoppen, wenn isoliert betrachtet auf einer Ebene die Schädlichkeitsschwelle überschritten ist. Die derzeitige Konzernklausel taugt aufgrund der weiter oben³⁹² beschriebenen Schwächen nicht als Vorbild. Das Kriterium derselben Person, die zu 100 % am übertragenden und übernehmenden Rechtsträger beteiligt sein muss, schränkt den Anwendungsbereich der Konzernklausel m.E. unangemessen weit ein. Vielmehr sollten alle Fälle, in denen sich an der durchgerechneten Beteiligungshöhe nichts ändert (auch wenn diese nicht 100 % beträgt), als unschädlich behandelt werden.

bb) Unternehmensebene

Eine als Missbrauchsverhinderungsvorschrift konzipierte Neuregelung darf sich nicht – wie § 8c KStG – auf Vorgänge auf Anteilseignerebene und damit auf Veränderungen im personellen Substrat der Gesellschaft beschränken, sondern muss kumulativ auf das sachliche Substrat der Gesellschaft selbst ab-

³⁹⁰ Ebenso bereits zur geltenden Rechtslage *Möhlenbrock*, in: Rödder/Möhlenbrock, *Ubg* 2008 595 (603 f.). A.A. *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, *Die Körperschaftsteuer*, § 8c KStG, Rz. 71 m.w.N.

³⁹¹ Siehe oben unter III. 3. b).

³⁹² Siehe unter III. 2. b) aa).

stellen.³⁹³ Die rechtliche und wirtschaftliche Identität einer Kapitalgesellschaft, bei der steuerlich grundsätzlich das Trennungsprinzip zu beachten ist, bestimmt sich nach beiden Komponenten. Nur wenn sich das personelle und sachliche Substrat wesentlich geändert hat, kann von einem Verlust der rechtlichen und wirtschaftlichen Identität ausgegangen werden und damit typisierend ein Missbrauch unterstellt werden, der einen Untergang von Verlustvorträgen rechtfertigen kann. Eine Regelung, die mechanisch beim Überschreiten schädlicher Beteiligungsschwellen eingreift, hat mit Missbrauchsverhinderung nichts zu tun, sondern stellt eine mehr oder weniger Telos-freie mechanische Verlustvernichtungsvorschrift dar.³⁹⁴

Fraglich ist, wie das sachliche Substrat einer Kapitalgesellschaft bzw. der Verlust desselben in typisierender Form nachgewiesen werden kann:

(1) Betriebsvermögenszuführung

§ 8 Abs. 4 KStG stellte hierfür im sog. Hauptanwendungsfall nach Satz 2 auf die Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens ab. Die Auslegung dieses Kriteriums durch die Rechtsprechung hat nahezu unüberwindliche Probleme hervorgerufen und letztlich auch dazu geführt, dass die Vorschrift (mit befristeter Weitergeltung) durch § 8c KStG ersetzt wurde.³⁹⁵ Stellenweise wird in der Literatur jedoch schon wieder eine Rückkehr zu § 8 Abs. 4 KStG diskutiert.³⁹⁶ M.E. ist dies mit nicht völlig unbedeutenden Schwierigkeiten verbunden. Eine unveränderte Rückkehr zum Kriterium der Betriebsvermögenszuführung würde auch die noch nicht abschließend geklärten Fragen rund um die sog. gegenständliche Betrachtungsweise der

³⁹³ A.A. Möhlenbrock, Ubg 2010, 256 (257), der eine rein gesellschafterbezogene Betrachtung für ausreichend hält, da das Unternehmen lediglich als ein Instrument der Unternehmer zur Erzielung von Einkünften zu betrachten sei. Dieser Gedanke wäre m.E. zutreffend, wenn sich der Gesetzgeber im Rahmen der Besteuerung von Kapitalgesellschaften auch im Übrigen vom Trennungsprinzip verabschiedet hätte. Solange dies jedoch nicht der Fall ist, ist es m.E. auch eine Frage der Folgerichtigkeit, von diesem Grundsatz nicht ohne triftige Gründe abzuweichen. Ein triftiger Grund kann die Verhinderung „echter“ Missbräuche sein, dies muss dann aber auch entsprechend eng ausgelegt werden.

³⁹⁴ Ebenso Breuninger/Schade, Ubg 2008, 261 ff.

³⁹⁵ Vgl. oben unter III. 1. d).

³⁹⁶ Vgl. Müller-Gatermann, Ubg 2010, 153 (158); indirekt Dorenkamp, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010) S. 76.

BFH-Rechtsprechung³⁹⁷ wieder aktuell(er) werden lassen.³⁹⁸ Um dem entgegenzuwirken, müsste im Gesetz zumindest eindeutig klargestellt werden, dass es sich bei schädlichen Betriebsvermögenszuführungen immer um solche von „von außen“ handeln muss, dass die Zuführung als Brutto-Größe zu verstehen ist und dass Vorgänge, die sich auf das Umlaufvermögen beziehen, irrelevant sind.

(2) Betriebsfortführung

Vor diesem Hintergrund könnte es als Alternative in Betracht kommen, Anleihen am „alten“ § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG zu nehmen, wonach es in Verschmelzungsfällen für einen Verlustübergang darauf ankam, dass der verlustverursachende Betrieb in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang für fünf Jahre fortgeführt wird. Abgestellt wird insoweit also quasi auf das sachliche Substrat „in Reinform“, nämlich auf den Betrieb selbst. Dabei soll nicht verkannt werden, dass die Anforderungen an eine unschädliche Betriebsfortführung zu zahlreichen Einzelfragen geführt haben, die die Anwendung der Vorschrift stellenweise erschwert haben.³⁹⁹ Jedoch handelt es sich um ein Kriterium, das alles in allem handhabbar erscheint und dem sachlichen Substrat am nächsten kommt. Ggf. könnte durch eine Regelung der Voraussetzungen für ein schädliches „Abschmelzen“ des bestehenden Betriebs mehr Rechtssicherheit erlangt werden. Ferner ist ein Zeitraum von fünf Jahren an der obersten Grenze dessen, was vergleichbare Regelungen anderer Staaten vorsehen.⁴⁰⁰ Aus Missbrauchsverhinderungsgesichtspunkten wäre wohl auch ein kürzerer Zeitraum ausreichend.

b) Rechtsfolgenebene

Eine missbrauchszentrierte Neuregelung der Mantelkaufproblematik sollte auch auf Rechtsfolgenebene gewisse Einschränkungen aufweisen, um nicht über den intendierten Gesetzeszweck „echte Missbrauchsverhinderung“ hinauszuschießen. § 8c KStG sieht einen anteiligen Verlustuntergang bei

³⁹⁷ Vgl. BFH-Urteil v. 08.08.2001 – I R 29/00, BStBl. II 2002, 392; BFH-Urteil v. 05.06.2007 – I R 9/06, BStBl. II 2008, 988; BFH-Urteil v. 05.06.2007 – I R 106/05, BStBl. II 2008, 986.

³⁹⁸ Siehe hierzu in III.1.d).

³⁹⁹ Vgl. stv. Rödder, in: Rödder/Herlinghaus/van Lishaut, UmwStG, 2008, § 12 UmwStG, Rz. 106 m.w.N. in Fn. 4.

⁴⁰⁰ So in Lettland und Japan. Großbritannien, Irland und Zypern schreiben drei Jahre vor, Italien und Slowenien sogar nur zwei Jahre. Hierzu Braunagel, in: Lüdicke/Kempf/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, 2010, S. 283.

mehr als 25 % und einen vollständigen Verlustuntergang („Fallbeil-Effekt“) bei mehr als 50 % vor, wobei Verluste in Höhe der im Inland steuerpflichtigen stillen Reserven grundsätzlich erhalten bleiben. Die derzeitige Regelung sollte jedoch – bis auf den Grundgedanken der Stille-Reserven-Klausel – nicht zum Vorbild genommen werden.

aa) Anteiliger Verlustuntergang

Unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Identität sollte ein schädlicher Erwerb erst bei einer mehrheitsvermittelnden Beteiligung – also mehr als 50 % – angenommen werden, da sich erst dann das personelle Substrat in relevanter Art und Weise verändert. Die Frage ist, ob bei Überschreiten der 50-%-Schwelle ein vollständiger oder ein anteiliger Verlustuntergang angenommen werden sollte. Um einen – hier noch deutlicheren – „Fallbeil-Effekt“ zu vermeiden, erscheint m.E. das anteilige Konzept vorzugswürdig.

bb) Zeitpunkt

Die Frage, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist, stellt sich nicht, wenn der zum Verlustuntergang führende Tatbestand *uno actu* erfüllt wird. Bei einer gestreckten Tatbestandsverwirklichung tritt hingegen die Problematik auf, ob von einem rückwirkenden Verlustuntergang bei Beginn auszugehen sein soll oder ob die Verluste betroffen sind, die bei Vollendung des Tatbestands vorhanden sind. Beides kann im Einzelfall zu zufälligen und unbilligen Ergebnissen führen. Wäre der spätere Zeitpunkt maßgeblich, könnte es dazu kommen, dass Verluste untergehen, die z.B. bei der vorangegangenen Anteilsübertragung noch gar nicht vorhanden waren.⁴⁰¹ Eine vermittelnde Lösung könnte sein, zwar auf den Zeitpunkt der Vollendung des Tatbestands abzustellen, die Höhe der dann untergehenden Verluste jedoch auf den Betrag zu beschränken, der bei Beginn der Tatbestandsverwirklichung vorhanden war.

cc) Stille Reserven

Jedenfalls sollte auch die Neuregelung eine Stille-Reserven-Klausel enthalten, da kein Missbrauch unterstellt werden kann, soweit den Verlusten stille Reserven gegenüberstehen.⁴⁰² Die derzeit geltende Regelung geht in die richtige Richtung, sollte allerdings im Hinblick auf die praktische Handhabung gerade in mehrstöckigen Strukturen „auf den Prüfstand“ gestellt werden. Möglicherweise könnten gewisse Typisierungen die Rechtsanwendung vereinfachen.

⁴⁰¹ Vgl. das Beispiel unter III. 3. b).

⁴⁰² So bereits BFH-Urteil v. 29.10.1986 – I R 202/82, BStBl. II 1987, 308.

dd) Abschmelzung / Verluststreckung

Denkbar wäre es auch, hinsichtlich der Rechtsfolgen noch weiter nach der Schädlichkeit zu differenzieren. Wählt man das Kriterium der Betriebsfortführung und muss dieses beispielsweise über einen Zeitraum von drei Jahren erfüllt werden, könnte eine Abschmelzlösung so aussehen, dass für jedes Jahr der Fortführung des Betriebs ein Drittel der Verlustvorträge erhalten bleibt. Man könnte für weniger gravierende Verstöße gegen das Fortführungskriterium anstelle eines Untergangs der Verluste die jährliche Nutzbarkeit nach oben deckeln und so statt eines Untergangs eine Streckung der Verlustnutzung als Sanktion vorsehen. Die Rechtsanwendung wird dadurch natürlich eher erschwert und es müssten flankierende Verfahrensvorschriften zur entsprechenden Verlustfeststellung geschaffen werden.

c) Sanierungsklausel

Auch eine missbrauchszentrierte Regelung kann in Krisensituationen nachteilig wirken, zumal wenn aufgrund eines längeren Betrachtungszeitraums oder unklarer Kriterien offen ist, ob ein Verlustuntergang droht. Eine entsprechende Vorschrift sollte also auch eine Sanierungsklausel beinhalten. Handelt es sich bei der Mantelkaufregelung um eine „echte“ Missbrauchsverhinderungs- und damit Ausnahmebestimmung, würde sich die Beihilfe-problematik auch nicht in vergleichbarem Umfang stellen. Es sollten dann keine Missverständnisse aufkommen, dass es sich beim Verlustuntergang um die Ausnahme vom Referenzsystem Verlustnutzung handelt und die Sanierungsklausel den Grundfall lediglich wiederherstellt.⁴⁰³

Auf Tatbestandsebene wäre es wünschenswert, dass die Sanierungsklausel bereits in einem möglichst frühen Stadium – bspw. bei bevorstehender Zahlungsunfähigkeit – zur Anwendung kommt, damit der Vorschrift auch vor einem bzw. zur Abwendung eines Insolvenzverfahrens ein Anwendungsbereich verbleibt. Problematisch ist ferner der Nachweis der jeweiligen Sanierungsvoraussetzungen in mehrstufigen Strukturen. Auch hier wären zur praktischen Handhabbarkeit der Vorschrift gewisse Erleichterungen angezeigt.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Droht bei einer Umstrukturierung von Unternehmen ein Untergang der Verluste, stellt dies für die betroffenen Unternehmen ein massives Problem und nicht selten ein „Totschlagsargument“ gegen entsprechende Maßnahmen dar. Wirtschaftlich sinnvolle Neuordnungen müssen unterbleiben. Unternehmen in Krisensituationen wird die Rettung durch einen Investor

⁴⁰³ Vgl. *Rädler*, DB 2011, Heft 9, Standpunkte, 19 (20).

versagt. Der Gesetzgeber ist in diesem sensiblen Bereich daher besonders dazu aufgerufen, mit Augenmaß vorzugehen; verfassungsrechtliche Vorgaben sind zu beachten.

Im Zuge der Unternehmenssteuerreform 2008 wurde dies gewissermaßen konterkariert. Mit § 8c KStG wurde vor allem zur Gegenfinanzierung der Senkung des Körperschaftsteuersatzes eine Vorschrift geschaffen, die den Verlustuntergang nicht auf missbräuchliche Ausnahmekonstellationen beschränkt, sondern zum Regelfall hat werden lassen. In der Finanz- und Wirtschaftskrise hat diese Vorschrift ihre volle Wirkung entfaltet und „Kollateralschäden“⁴⁰⁴ angerichtet.

Der Gesetzgeber hat zwischenzeitlich versucht, an einigen Stellen nachzubessern. Für die Praxis hat dies kurzfristig gewisse Erleichterungen gebracht, allerdings zeigen gerade die neu geschaffenen Ausnahmebestimmungen, dass die Regelung in ihrer Grundkonzeption missglückt ist. Die Konzernklausel ist viel zu eng gefasst, die Stille-Reserven-Klausel ist in vielen Fällen nicht praktikabel und die dringend erforderliche Sanierungsklausel wurde zwischenzeitlich von der EU-Kommission als unzulässige Beihilfe verworfen und ist rückwirkend nicht mehr anwendbar. Gerade die Entscheidung der Kommission hat offenkundig werden lassen, dass eine grundlegende Neuordnung zwingend erforderlich ist.

Dies hat die Bundesregierung offenbar auch auf der Agenda. Bis September 2011 soll eine Arbeitsgruppe u.a. zur Problematik des § 8c KStG konkrete Vorschläge erarbeiten.⁴⁰⁵ Das Hauptaugenmerk dürfte hier wohl vor allem auf den Auswirkungen auf das Steueraufkommen liegen, da die Höhe der bestehenden Verlustvorträge die Angst vor massiven Steuerausfällen schürt.

Diese Befürchtung scheint jedoch in Bezug auf einen drohenden Handel mit Verlustgesellschaften unbegründet zu sein. Auf der Grundlage der Steuerstatistiken vergangener Jahre lässt sich bei Betrachtung verschiedener Kennzahlen tendenziell nicht feststellen, dass von einem Handel mit Verlustgesellschaften eine signifikante Gefahr für das Steueraufkommen ausgeht. Entsprechende Mantelkäufe dürften regelmäßig bereits aus wirtschaftlichen Überlegungen unterbleiben.

⁴⁰⁴ Stellungnahme des Bundesrats zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 2009 v. 19.09.2008, BR-Drs. 545/08 (Beschluss), S. 49.

⁴⁰⁵ Vgl. Antwort auf die Kleine Anfrage u.a. der Fraktion DIE LINKE zur Verlustverrechnung und Mindestbesteuerung in der Unternehmensbesteuerung, BT-Drs. 17/4653 v. 03.02.2011, S. 1 f.

Letztlich sind auch die Steuermehreinnahmen, die durch § 8c KStG erwartet werden, nach Einführung der Konzern- und Stille-Reserven-Klausel eher marginal. Dem steht die massive Verhinderungswirkung von § 8c KStG gegenüber, die im Ergebnis künftiges Steueraufkommen kosten dürfte, da Sanierungen fehlschlagen oder Unternehmen in nicht mehr konkurrenzfähigen Strukturen gefangen sind.

Vor diesem Hintergrund sollte der Gesetzgeber Nachbesserungen am missglückten § 8c KStG erst gar nicht in Betracht ziehen, sondern eine „große Lösung“ in Angriff nehmen und im Zuge dessen die Problematik des Mantelkaufs neu ordnen. Ziel muss eine missbrauchszentrierte Neuregelung sein, die den Verlustuntergang zum Ausnahmefall für „echte“ Missbrauchsfälle macht. Zur Monokausalität des § 8c KStG muss zwingend ein Element dazukommen, das auf die Verlustgesellschaft selbst – und nicht nur auf deren Anteilseigner – abstellt. Das erwerberbezogene Konzept von § 8c KStG sollte im Grundsatz beibehalten und dahingehend weiterentwickelt werden, dass nur der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung bei Quotenverschiebung schädlich ist. Auf Rechtsfolgenebene sollten neben einer praktikablen Stille-Reserven-Klausel weitere Erleichterungen vorgesehen werden. Eine so gear-tete Ausnahmebestimmung könnte dann auch mit einer Sanierungsklausel kombiniert werden, ohne beihilferechtlichen Vorbehalten ausgesetzt zu sein.

Alles in allem würde eine entsprechend missbrauchsorientierte „große Lösung“ einem praktisch höchst bedeutsamen Bereich des deutschen Unternehmensteuerrechts endlich seinen transaktionsfeindlichen Charakter nehmen. Größere Steuerausfälle wären hierdurch aller Voraussicht nach nicht zu befürchten. Der Standort Deutschland würde deutlich an Attraktivität gewinnen.

Literaturhinweise

Bien, Roland / Wagner, Thomas, Erleichterungen bei der Verlustabzugsbeschränkung und der Zinsschranke nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz, BB 2009, Heft 49, S. 2627

Breuninger, Gottfried / Ernst, Markus, Abschied vom Abzug endgültig gewordener ausländischer Betriebsstättenverluste im Inland?, DStR 2009, Heft 39, S. 1981

Breuninger, Gottfried / Ernst, Markus, Der Beitritt eines rettenden Investors als (stillter) Gesellschafter und der „neue“ § 8c KStG, GmbHR 2010, Heft 11, S. 561

Breuninger, Gottfried / Schade, Dirk, Entwurf eines BMF-Schreibens zu § 8c KStG, Ubg 2008, Heft 5, S. 261

de Weerth, Jan, Die Sanierungsklausel des § 8c KStG und europäisches Beihilferecht, DB 2010, Heft 22, S. 1205

Dörr, Ingmar, Steuerliche Sanierung gescheitert – EU-Kommission kippt § 8c Abs. 1a KStG, NWB 2011, Heft 9, S. 690

Dötsch, Ewald / Jost, Werner / Pung, Alexandra / Witt, Georg, Die Körperschaftsteuer, Stuttgart (Loseblatt)

Dorenkamp, Christian, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010)

Drüen, Klaus-Dieter, Systemfortschritte im Unternehmenssteuerrecht durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz?, Ubg 2010, Heft 8, S. 543

Drüen, Klaus-Dieter, Die Sanierungsklausel des § 8c KStG als europarechtswidrige Beihilfe – Anmerkungen zur Beihilfeentscheidung der EU-Kommission vom 26.1.2011, DStR 2011, Heft 7, S. 289

Eilers Stephan / Bühring, Franziska, Sanierungssteuerrecht – Selbst ein Sanierungsfall?, StuW 2009, Heft 3, S. 246

Eisgruber, Thomas / Schaden, Michael, Vom Sinn und Zweck des § 8c KStG – Ein Beitrag zur Auslegung der Norm, Ubg 2010, Heft 2, S. 73

Frotscher, Gerrit / Maas, Ernst, Kommentar zum Körperschaft-, Gewerbe- und Umwandlungssteuergesetz, Freiburg im Breisgau (Loseblatt)

Gosch, Dietmar, Körperschaftsteuergesetz, 2. Auflage, München 2009

Hey, Johanna, Verletzung fundamentaler Besteuerungsprinzipien durch die Gegenfinanzierungsmaßnahmen des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BB 2007, Heft 24, S. 1303

Hey, Johanna, Körperschaft- und Gewerbesteuer und objektives Nettoprinzip, DStR 2009, Beihefter zu Heft 34, S. 109

Hey, Johanna, Umsetzung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs im nationalen Steuerrecht, StuW 2010, Heft 4, S. 301

Jacob, Martin / Pasedag, Andreas, Verlustübertragung beim Anteilshandel – Gestaltung durch Bilanzpolitik und Verkaufszeitpunkt, FB 2009, Heft 9, S. 464

Kessler, Wolfgang / Kröner, Michael / Köhler, Stefan, Konzernsteuerrecht, 2. Auflage, München 2008

Lang, Bianca, Die Neuregelung der Verlustabzugsbeschränkung gem. § 8c KStG durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008, DStZ 2007, Heft 20, S. 652

Lang, Joachim, Der Stellenwert des objektiven Nettoprinzips im deutschen Einkommensteuerrecht, StuW 2007, Heft 1, S. 3

Lang, Joachim / Englisch, Joachim, Zur Verfassungswidrigkeit der neuen Mindestbesteuerung, StuW 2005, Heft 1, S. 3

Lüdicke, Jürgen / Kempf, Andreas / Brink, Thomas, Verluste im Steuerrecht, Baden-Baden 2010

Maiterth, Ralf, Das EuGH-Urteil „Marks & Spencer“ und die grenzüberschreitende Verlustverrechnung aus ökonomischer Sicht, DStR 2006, Heft 21, S. 915

Möhlenbrock, Rolf, Umstrukturierung und Veräußerung von Unternehmen, in: DStJG Band 33 (2009), S. 339

Müller-Gatermann, Gert, Unternehmenssteuerrecht nach der Wahl, Ubg 2010, Heft 3, S. 153

Müller, Heiko, Das Aufkommen der Steuern vom Einkommen in Deutschland, Wiesbaden 2004

Orth, Manfred, Verbesserte Verlustverrechnungsmöglichkeiten, Ubg 2010, Heft 3, S. 169

Rödter, Thomas / Herlinghaus, Andreas / van Lishaut, Ingo, Umwandlungssteuergesetz, Köln 2008

Rödter, Thomas / Möhlenbrock, Rolf, Die Neuregelung des § 8c KStG betr. Verluste von Kapitalgesellschaften bei Beteiligungserwerben, Ubg 2008, Heft 10, S. 595

Röder, Erik, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, Köln 2010

Sistermann, Christian / Brinkmann, Jan, Verlustabzugsbeschränkungen nach § 8c KStG – Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 4.7.2008, BB 2008, Heft 36, S. 1928

van Lishaut, Ingo, Grenzfragen zum „Mantelkauf“ (§ 8c KStG), FR 2008, Heft 17, S. 789

Zerwas, Peter / Fröhlich, Sebastian, § 8c KStG – Auslegung der neuen Verlustabzugsbeschränkung, DStR 2007, Heft 44, S. 1933

IFSt-Schriften 2010 / 2011

2010

- Nr. 460 *Dornbusch*, Zur Struktur familienpolitischer Maßnahmen in Deutschland
- Nr. 461 *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung – Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der Mindestbesteuerung
- Nr. 462 *Albert*, Schiedsverfahren im Internationalen Steuerrecht
- Nr. 463 *Franke/Kügler*, Steuerliche Behandlung grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen
- Nr. 464 *Stapperfend*, Bilanzberichtigung und Bindung der Finanzverwaltung an die eingereichte Bilanz – Subjektiver Fehlerbegriff auf dem Prüfstand
- Nr. 465 *Beland*, Entwicklung der Realsteuerhebesätze der Gemeinden mit 50.000 und mehr Einwohnern im Jahr 2010 gegenüber 2009
- Nr. 466 *Dornbusch*, Entwicklung wesentlicher Daten der öffentlichen Finanzwirtschaft in Deutschland von 1999–2009

2011

- Nr. 467 *Dahlmanns*, Tagungsbericht, Kolloquium zur Beschleunigung der Betriebsprüfung
- Nr. 468 *Hemmelgarn*, Steuern und Abgaben im Finanzmarktsektor – Abgabenrechtliche Regulierung und neue Finanzmarktsteuern in der Europäischen Union
- Nr. 469 *Drüen*, Modelle und Rechtsfragen zeitnaher Betriebsprüfung

Nr. 470 *Ernst*, Neuordnung der Verlustnutzung nach Anteilseignerwechsel – Reformbedarf und haushaltspolitische Bedeutung des § 8c KStG

