

C Zukunft: Gestaltungshinweise und Planspiele zu Zinsschranke, Mantelkauf und Thesaurierungsbegünstigung

Autorennachweis

Die nachfolgenden Kapitel wurde von folgenden Autoren verfasst:

I Zinsschranke	von Immo Schultz-Aßberg
II Mantelkauf gem. § 8c KStG	von Michael Preißer
III Thesaurierungsbegünstigung	von Matthias von Rönn

I Zinsschranke

Die Zinsschranke macht es erforderlich, bestehende Konzern- und Finanzierungsstrukturen zu analysieren und an die veränderten steuerlichen Rahmenbedingungen anzupassen. Folgende Maßnahmen kommen in Betracht:

1 Vermeidung oder Reduzierung eines negativen Zinssaldos

Der Zinssaldo eines Betriebs lässt sich am einfachsten durch eine Reduzierung der Zinsaufwendungen und/oder eine Erhöhung der Zinserträge beeinflussen.

Den Zinsaufwand kann man verringern, indem man die Fremdverschuldung zurückführt (Austausch von Fremdkapital durch Eigenkapital) oder das in Anspruch genommene Geldkapital durch Sachkapital (z. B. Miete eines Grundstücks/einer Anlage anstelle eines fremd finanzierten Kaufs) substituiert. Auf diesem Weg lässt sich Zinsaufwand vermeiden oder in „unschädlichen“ Sachaufwand (Lizenz-, Patent- und Leasinggebühren, Mieten und Pachten etc.) umwandeln, dessen steuerliche Abziehbarkeit nicht durch die Zinsschranke, wohl aber durch gewerbesteuerliche Hinzurechnungsvorschriften beschränkt wird.

Die Zinsschranke wird so den Trend zu einer weiteren **Verschlankung** der Unternehmen (Outsourcing von Entwicklungsarbeiten auf externe Dienstleister oder ausländische Patentverwertungsgesellschaften, Bilanzverkürzung durch Sale-and-lease-back-Gestaltungen etc.) und zur Konzentration der Geschäftsaktivitäten auf eng abgegrenzte Kernbereiche verstärken.

Auf der Ertragsseite lassen sich vergleichbare Effekte durch Umwandlung von Sacherträgen (Leasingerträge, Miete- und Pachteinahmen, Lizenzerträge) in Zinserträge erzielen. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, **liquide Mittel** oder zinsrelevante Finanzanlagen in den zins-schrankenbedrohten Betrieb **einzuzeigen**.

2 Mehrfache Ausnutzung der Freigrenze

Ein weiteres Mittel, um der Zinsschranke auszuweichen, besteht in der **Aufspaltung** von Betrieben in kleinere rechtlich selbstständige Einheiten, um so die Freigrenze von 1 Mio. EUR mehrfach in Anspruch nehmen zu können. Betriebe, die aufgrund ihrer aktuellen Fremdvverschuldung Gefahr laufen, in den Anwendungsbereich der Zinsschranke zu fallen, werden fremd finanzierte Neuinvestitionen nicht selbst vornehmen, sondern auf Tochterunternehmen verlagern.

3 Vermeidung einer Konzernzugehörigkeit

Ein steuerlicher Konzern und in dessen Folge die Anwendung der Zinsschranke lassen sich ggf. vermeiden, wenn **Konzern und Organkreis identisch** sind. In diesem Fall liegt nur ein Organkreisbetrieb vor, der mangels Konzernzugehörigkeit nicht in den Anwendungsbereich der Zinsschranke fällt.

4 Nutzung der Escape-Möglichkeit

Bei einem konzernzugehörigen Betrieb ist ein Escape möglich, wenn die Eigenkapitalquote des Betriebs nicht mehr als einen Prozentpunkt unter der des Konzerns liegt. Um diese Escape-Chance zu nutzen, kann es erforderlich werden, die Eigenkapitalquote des Konzerns zu reduzieren und/oder die des Betriebs zu erhöhen.

Eine Beeinflussung der **Konzern-Eigenkapitalquote** durch bilanzpolitische Maßnahmen dürfte indes nur in **seltenen** Ausnahmefällen in Betracht kommen. Zum einen sind die bilanzpolitischen Spielräume in einem auf Grundlage internationaler Rechnungslegungsstandards aufgestellten Konzernabschluss eher begrenzt, zum anderen verfolgt die primär auf die Information von Investoren ausgerichtete Konzernbilanz vollkommen andere Ziele als der auf die Bemessung von Ausschüttungen und Steuern ausgerichtete Einzelabschluss. Dass ein weltweit operierender Konzern seine Konzernbilanzpolitik ganz oder teilweise darauf konzentriert, seine deutschen Konzerntöchter dem Zugriff der Zinsschranke zu entziehen, ist deshalb wenig wahrscheinlich.

Bei einem Eigenkapitalquotenvergleich wird deshalb eher die Eigenkapitalquote des Betriebs als die des Konzerns beeinflusst werden können. Auch hier dürften aber die Möglichkeiten, über sachverhaltsabbildende Maßnahmen auf den Eigenkapitalquotenvergleich einzuwirken, begrenzt sein.

Bessere Möglichkeiten ergeben sich durch Sachverhaltsgestaltungen, für die allerdings wegen fehlender Übergangsfristen nur ein sehr enges Zeitfenster offen steht. In Betracht kommen hier neben den bereits erwähnten Maßnahmen (Austausch von Fremdkapital durch Eigenkapital, Verkürzung der Bilanzsumme durch Ausgliederung bestimmter Aktivitäten und Vermögensgegenstände, Aufspaltung eines Betriebs in mehrere selbstständige Rechtsträger) auch die **Verschmelzung** eigenkapitalstarker Unternehmen mit stärker fremd finanzierten Einheiten sowie die **Einlage** hoch bewerteter Vermögensgegenstände und profitabler Geschäftsfelder in zinsschrankenbedrohte Einheiten.

5 Hinausschiebung der erstmaligen Anwendung

Unternehmen mit einem abweichenden, nach dem 25.5.2007 begonnenen Wirtschaftsjahr können die Anwendung der Zinsschranke in 2007 durch eine Umstellung des abweichenden Wirtschaftsjahres auf das Kalenderjahr vermeiden.

II Mantelkauf

1 Der präventive Abbau von Verlusten

Eine der effektivsten Maßnahmen, dem Wegfall der Verlustvorräte vorzubeugen, besteht in der rechtzeitigen Aufdeckung stiller Reserven, die in den Wirtschaftsgütern der KapG enthalten sind. Die so entstehenden Aufdeckungsgewinne können mit den vorhandenen Verlusten ausgeglichen werden.

Für das „Heben“ stiller Reserven sind verschiedene Szenarien zu beachten.

1.1 Veräußerung von WG

Die klassische Realisation liegt in der gezielten Veräußerung von Einzel-WG als antizipative Maßnahme zur Eindämmung einer drohenden Verlustbeschränkung. In Betracht kommen alle nicht-betriebsnotwendigen WG, insbesondere solche des Anlagevermögens. Als Erwerber kommen Dritte wie Gesellschafter in Betracht. Bei Letzteren ist wegen des Rechtsinstituts der vGA auf Fremdvergleichspreise zu achten.

Die aus dem Abgang des Anlage-WG resultierenden sonstigen betrieblichen Erträge gleichen somit einen operativen Verlust aus.

1.2 Die Entstrickung (§ 4 Abs. 1 S. 3 EStG)

Seit Inkrafttreten des SStEG können auch **Entstrickungsmaßnahmen** nach § 4 Abs. 1 S. 3 EStG ergriffen werden, wenn WG in eine ausländische Betriebsstätte des inländischen Mutterunternehmens überführt werden, ohne dass dabei – bei EU-Betriebsstätten – von der Antragstellung nach § 4g EStG Gebrauch gemacht wird²⁹⁵. Diese grenzüberschreitende **Überführung** von WG (inkl. der **Nutzungsüberlassung**) generiert einen doppelten Steuervorteil:

- Es kommt zu einer buchungstechnischen Aufdeckung stiller Reserven,
- ohne dass dadurch dem Gesamtunternehmen Substanz entzogen wird.

1.3 Sale-and-lease-back-Verfahren

Ein ähnlich probates und multifunktionales Mittel zur Verlustreduktion bei gleichzeitiger Substanzerhaltung ist der Verkauf eines betriebsnotwendigen WG an eine Leasinggesellschaft und gleichzeitiger Rückanmietung des WG²⁹⁶. Mit einer weiteren Maßnahme nach dem UntStRefG, nämlich der anteiligen und unbedingten Hinzurechnung der Mietzinsen nach § 8 GewStG, ist zwar der Anreiz für diese Transaktion gesunken, dennoch wird es ein beliebtes Gestaltungsmittel bleiben. Dies hat seinen Grund auch in der Tatsache, dass bilanziell bei entsprechender Vertragsgestaltung wegen § 39 Abs. 2 AO dem Grunde nach „Alles beim Alten“, d. h. bei der Bilanzierung des WG, bleibt.

Diese Fallgruppe kann als „alleiniger Verkauf stiller Reserven“ charakterisiert werden.

²⁹⁵ Mit anderen Worten wird in dieser Fallkonstellation kein Ausgleichsposten gebildet.

²⁹⁶ Zur Funktionsweise s. v. *Westphalen*, Der Leasingvertrag, Rn. 177.

1.4 Die verdeckte Einlage

Für den Fall, dass eine – **verlustträchtige** – **KapG (1)** an einer anderen KapG (2) beteiligt ist, bietet sich nachfolgender Weg an. KapG (1) legt in gesellschaftsrechtlicher Motivation ein WG zu **Teilwert** (§ 6 Abs. 1 Nr. 5 EStG) in die KapG (2) ein²⁹⁷. Während dies bei der KapG (2) zu einem steuerneutralen Vorgang (§ 4 Abs. 1 S. 1 und S. 5 EStG) führt, bedingt die ausgelöste Übertragung zum Teilwert bei der KapG (1) eine vGA, die sich nach § 8 Abs. 3 KStG Gewinn erhöhend – und damit verlustausgleichend – bei der KapG (1) auswirkt.

Im Unterschied zur Sale-and-lease-back-Variante kommt es hier zu keinem Liquiditätszufluss bei der übertragenden KapG (1), unter Umständen zu nachträglichen Anschaffungskosten auf die Beteiligung bei der KapG (2). Ein weiterer Vorteil liegt aber in der Schaffung eines erhöhten AfA-Potenzials bei der KapG (2).

Eine besondere Variante der verdeckten Einlage ist der **Erllass einer Forderung** der KapG (1) gegen die KapG (2). Dem Erlass wird der Verzicht auf die Rückzahlung gleichgestellt²⁹⁸. Die identischen Rechtsfolgen sind bereits skizziert.

1.5 Passivenreduktion

Nach der Beurteilung und der Strategiediskussion bei den Aktiva und dem Eigenkapital besteht auch – häufig vergessenes – Gestaltungspotenzial bei den Passiva.

1.5.1 Forderungsverzicht mit Besserungsschein

Die Ausbuchung der Verbindlichkeit gegenüber dem Gesellschafter ist eine geeignete Maßnahme zum gleitenden Verlustausgleich vor dem Anteilseignerwechsel²⁹⁹. Immer dann, wenn der (die) Gesellschafter eine Darlehensforderung gegen die Kapitalgesellschaft hat, führt dieser Forderungsverzicht mit Besserungsschein zur Verlustverrechnung.

Der Verzicht auf die Forderung erfolgt unter der auflösenden Bedingung der wirtschaftlichen Besserung der (Verlust-)KapG. Von besonderer Bedeutung und Prüfungsrelevanz ist dabei die **Werthaltigkeit** der Forderung. Dies führt zu folgenden weiteren Konsequenzen:

- Nur der **nichtwerthaltige** Teil der Forderung wird bei der KapG **erfolgswirksam** ausgebucht (Buchungssatz: per Verbindlichkeit an s.b. Ertrag)³⁰⁰.
- Der werthaltige Teil der Forderung wird zwar auch bei der KapG ausgebucht, aber sodann erfolgsneutral als Einlage behandelt (Buchungssatz: per Verbindlichkeit an Kapitalrücklage).

Für den (Besserungs-)Fall, dass die Forderung wieder auflebt, wird die Verbindlichkeit bei der KapG wieder **aufwandswirksam** eingebucht.

Somit kann es bei einem schädlichen Anteilseignerwechsel dazu kommen, dass ein verloren geglaubter Verlust qua rechtzeitigem Forderungsverzicht auf Besserungsschein im Zeitpunkt nach dem Anteilseignerwechsel reaktiviert wird und voll ausgeglichen werden kann.

Ist die „Qualität“ der Forderung als werthaltig oder nichtwerthaltig nicht eindeutig feststellbar, so muss ggf. eine Aufteilung in die beiden Komponenten vorgenommen werden³⁰¹.

²⁹⁷ Vgl. zum Verfahren *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian*, BB 2006, 1657.

²⁹⁸ BFH v. 9.6.1998, 308.

²⁹⁹ Vgl. nur *Brendt* in Erlé/Sauter, KStG § 8 Rz. 669.

³⁰⁰ Vgl. BFH v. 9.6.1997, BStBl II 1998, 307.

Bei dieser Gestaltung ist allerdings zu berücksichtigen, dass das BMF dieser Vorgehensweise für den „alten“ § 8 Abs. 4 KStG die Anerkennung verweigert hat³⁰². Mit den bereits früher in der Literatur hiergegen vorgebrachten Argumenten³⁰³ wird man in der Neufassung des § 8c KStG **erst Recht** sagen müssen, dass Alt- und Neuphase (getrennt nach dem Anteilseignerwechsel) einer KapG nicht getrennt werden dürfen. Vor allem gibt das Tatbestandsmerkmal „Vergleichbare Sachverhalte“ weder in S. 1 noch in S. 2 einen Anhaltspunkt für eine reine Rechtsfolgenverweisung.

1.5.2 Erfolgsabhängige Verpflichtung gem. § 5 Abs. 2a EStG

Neben dem Forderungsverzicht auf Besserungsschein kann eine erfolgsabhängige Verpflichtung i. S. d. § 5 Abs. 2a EStG eine Verlustverrechnung ermöglichen. Wegen des Zeitpunkts der aufwandswirksamen Einbuchung eines Schuldpostens (Rückstellung oder Verbindlichkeit) nach § 5 Abs. 2a EStG erst mit **Erfolg** der Kapitalgesellschaft³⁰⁴ ist eine Umwandlung einer nicht erfolgsabhängigen Darlehensverpflichtung in eine erfolgsabhängige Darlehensverpflichtung nach dem Anteilseignerwechsel das Wunschergebnis des Verlustausgleichs erzielt werden³⁰⁵.

1.6 Weitergehende Konzeptionen

Bei der Diskussion mittel- und langfristiger Verlustausgleichsstrategien dürfen die Konzepte einer (Teil-)Betriebspacht³⁰⁶ oder die Gewährung unverzinslicher Darlehen³⁰⁷ nicht fehlen.

2 Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen

2.1 Die Vinkulierung

Für jedes geschäftsführende Organ einer KapG (Geschäftsführer bei der GmbH und Vorstand einer AG) bereiten Alt- wie Neuregelung des Mantelkaufs Probleme, da durch Vorgänge außerhalb ihrer Einflussosphäre die Steuerlandschaft der von ihnen verwalteten KapG³⁰⁸ massiv verändert werden kann. Mit der quotalen Verlustversagung des § 8c S. 1 KStG droht das Damoklesschwert einer „verlustträchtigen, aber steueramputierten“ KapG schon bei einem Aufkauf von 2.500 EUR GmbH-Geschäftsanteil-Äquivalent³⁰⁹.

Trotz der grundsätzlich freien Fungibilität der GmbH-Geschäftsanteile (und in noch viel stärkerem Maße der Aktien) eröffnet § 15 Abs. 5 GmbHG³¹⁰ die Möglichkeit, eine Anteilsabtretung von weiteren Voraussetzungen abhängig zu machen. Danach kann die Abtretung von der Genehmigung der Gesellschaft bzw. der Gesellschafterversammlung abhängig gemacht oder

³⁰¹ Unterbleibt die Aufteilung, so darf nach richtiger Ansicht des FG München v. 29.12.2000 (EFG 2000, 614) keine aufwandswirksame Einbuchung der Verbindlichkeit im Besserungsfall erfolgen.

³⁰² BMF v. 2.12.2003, BStBl I 2003, 648.

³⁰³ Vgl. *Dötsch* in D/E/J/P/W, § 8 Abs. 4 KStG n. F., Rz. 142; *Neyer* (BB 2001, 173); *Gosch*, § 8 KStG, Rz. 1480.

³⁰⁴ Vgl. den Wortlaut des § 5 Abs. 2a EStG (i. V. m. § 8 Abs. 1 KStG): „wenn Einnahmen oder Gewinne angefallen sind“.

³⁰⁵ S. hierzu bereits – zur Verschmelzung (§ 12 Abs. 3 UmwStG!) – *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian*, BB 2006, 1657.

³⁰⁶ Dazu schon *Düll*, DStR 2000, 1166.

³⁰⁷ Auf die Ersetzung verzinslicher Darlehen durch unverzinsliche Darlehen (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG) weist *Brendt*, a. a. O., § 8 KStG, Nr. 673 hin.

³⁰⁸ Und der Wert der Anteile!

³⁰⁹ Nach den Kapitalvorschriften gem. MoMiG-E (> 25 % von 10.000 EUR).

³¹⁰ § 15 Abs. 5 GmbHG wurde durch den MoMiG-E nicht verändert. Insgesamt soll die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen noch erleichtert werden.

sogar ganz ausgeschlossen werden³¹¹ (sog. Vinkulierung). Gem. § 68 Abs. 2 AktG kann die Vinkulierung auch bei der AG für vinkulierte Namensaktien vorgenommen werden.

Von daher ist eine Vinkulierungsklausel der „einfachen Art“, wonach die Abtretung von > 25 % (> 50 %) der GmbH-Geschäftsanteile von der Zustimmung aller Gesellschafter abhängig gemacht oder sogar untersagt wird, bei jeder GmbH-Satzung zu empfehlen.

Vinkulierungsklauseln der „gehobenen Art“ greifen etwa Platz, wenn eine **Kapitalerhöhung** geplant ist. Wegen der Sanktionsregelung bei disquotaler Kapitalerhöhung nach § 8c S. 4 KStG ist auch in diesen Fällen eine Vorsorge zu treffen. So kann etwa eine Klausel für den Fall einer **Kapitalerhöhung** folgenden Wortlaut haben³¹²:

- „1.) Die Gesellschafter können von ihrem gesetzlichen Bezugsrecht (bei einer Kapitalerhöhung) durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss ausgeschlossen werden.
- 2.) In diesem Fall darf der Ausschluss des Bezugsrechts weder zu einer Erhöhung der Anteile eines Gesellschafters um mehr als 25 % (bzw. mehr als 50 %) noch zur Beteiligung eines Neugesellschafters um mehr als 25 % (bzw. mehr als 50 %) führen.
- 3.) Dies gilt für jede nahe stehende Person des betroffenen Gesellschafters.
- 4.) Eine Gruppe mit gleichgerichteten Interesse steht einem Gesellschafter i. S. d. Sätze 2 und 3 gleich.“

Darüber hinaus können auch unentgeltliche Übertragungen (Schenkung bzw. Übertragungen im Wege der **vorweggenommenen Erbfolge**) zu einem schädlichen Anteilseignerwechsel führen. Inwieweit solche Transaktionen genehmigungspflichtig gestaltet werden können, ist in der Literatur umstritten³¹³. Während der Ausschluss der Vererblichkeit grundsätzlich nicht für möglich erachtet wird³¹⁴, stellt sich die weitere Frage, inwieweit ggf. schädliche³¹⁵ Übertragungen im Rahmen der **Erbaueinandersetzung** unterbunden werden können. Von der Rechtsprechung³¹⁶ wie von der herrschenden Literaturmeinung³¹⁷ wird dies allerdings abgelehnt, sodass sich hier nur bescheidene kautelarjuristische Interventionsmöglichkeiten ergeben.

2.2 Die sukzessive Sukzession („suk-Suk“)

Mit Einführung des § 8c KStG ab dem Veranlagungszeitraum 2008 wird per Gesetz ein Zeitraum von fünf Jahren festgelegt, in dem eine Beteiligungstransaktion ab 25 % als steuerschädlich behandelt wird. Es wird nur noch auf das Merkmal des Anteilseignerwechsels abgestellt.

Als problematisch hat sich bereits nach altem Recht (§ 8 Abs. 4 KStG) die Berechnung von Beginn und Ende des Fünfjahreszeitraums herausgestellt. Der Zeitraum beginnt mit dem ersten Anteilserwerb zu laufen, sodass danach alle folgenden Erwerbe zusammengerechnet werden. *Frotscher* hat jedoch zu Recht die Frage aufgeworfen, ob der Zeitraum bei mehreren Erwerben mit jedem neuen Erwerb erneut zu laufen beginne³¹⁸. *Dötsch* bezeichnet z. B. die Fünfjahresfrist als eine fließende, die mit jedem Anteilseignerwechsel punktgenau neu zu laufen be-

³¹¹ Statt aller *Lutter*, in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG-Komm. § 15 Rz. 41.

³¹² In Anlehnung an *A. Markmann*, Diplomarbeit an der Uni Lüneburg (2007), S. 145.

³¹³ Vgl. nur *Winter* in *Scholz*, GmbHG-Komm., § 15 Rz. 2 sowie *K. Schmidt*, GesR (2002), § 35 II.

³¹⁴ *Winter*, a. a. O. § 15 Rz. 21.

³¹⁵ Bei zusätzlichem Spitzenausgleich wird die Erbaueinandersetzung von > 25 % der GmbH-Geschäftsanteile als steuerschädlich anzusehen sein.

³¹⁶ Vgl. BGH in BGHZ 92, 386.

³¹⁷ *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, § 15 Rn. 11; *Priester*, Die Gestaltung von GmbH-Verträgen, § 15 S. 82.

³¹⁸ Vgl. *Frotscher/Maas*, Praxiskommentar KStG und UmwStG, § 8 KStG, Rn. 185b.

ginnt³¹⁹. Ähnlich beurteilt das überwiegende Schrifttum³²⁰ die **neue Rechtslage**: Anteilsübertragungen, welche bereits im Rahmen der Berechnung der 25 %-Quote des § 8c S. 1 KStG n. F. berücksichtigt wurden, können **nicht nochmals** Anlass für eine **weitere (anteilige) Kürzung** des Verlustabzugs der Gesellschaft geben. Es eröffnet sich hier mithin ein gewisses Gestaltungspotenzial hinsichtlich der Planung gestufter Anteilsübertragungen und der Höhe der untergehenden Verluste.

Ist allerdings einmal die 25 %-Quote überschritten, ist eine weitere Versagung des Verlustabzugs bis zur Überschreitung der 50 %-Grenze nicht möglich. Bei einer beabsichtigten Anteilsübertragung von beispielsweise insgesamt 50 % ist es daher empfehlenswert, die ersten Anteilsübertragungen so zu gestalten, dass diese zu einer Anteilsübertragungsquote von 25,01 % führen, sodass der Verlustabzug der Gesellschaft in Höhe von 25,01 % untersagt wird. Eine weitere anteilige Verlustabzugsuntersagung findet anschließend nicht mehr statt. Würde hingegen bereits die erste Anteilsübertragung zu einer Anteilsübertragungsquote von beispielsweise 40 % führen oder würde die Anteilsübertragung in einem Akt vollzogen, wäre ein Verlust der Gesellschaft in Höhe von 40 % bzw. 50 % nicht mehr abziehbar.

3 Verschmelzung

Bei der möglichen Verschmelzung zweier KapG sind zwei Zielrichtungen zu unterscheiden:

- Verschmelzung einer Verlust-KapG („Verlust-KapG“ → „**Gewinn-KapG**“)
- Verschmelzung auf eine Verlust-KapG („Gewinn-KapG“ → „**Verlust-KapG**“)

³¹⁹ Vgl. *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Kommentar zum KStG, § 8 Abs. 4, Rn. 62. Anderer Auffassung ist *Frotscher*. Für ihn beginnt die Frist nicht erneut mit einem neuen Anteilswerb zu laufen, da der Tatbestand einer mehr als 50 %-igen Übertragung bereits erfüllt war (Beginn der Frist) und dies nicht ein zweites Mal der Fall sein kann.

³²⁰ Vgl. etwa *Grützner*, *StuB* 2007, 339, 341; *Wiese*, *DStR* 2007, 741, 743; *Pflüger*, *GStB* 2007, 89, 92; *Schaumburg*, in *Arbeitsbuch*, *Fachanwälte für Steuerrecht*, S. 40f.

3.1 Verschmelzung auf eine Verlust-KapG

3.1.1 Der Grundfall (up-stream-merger)

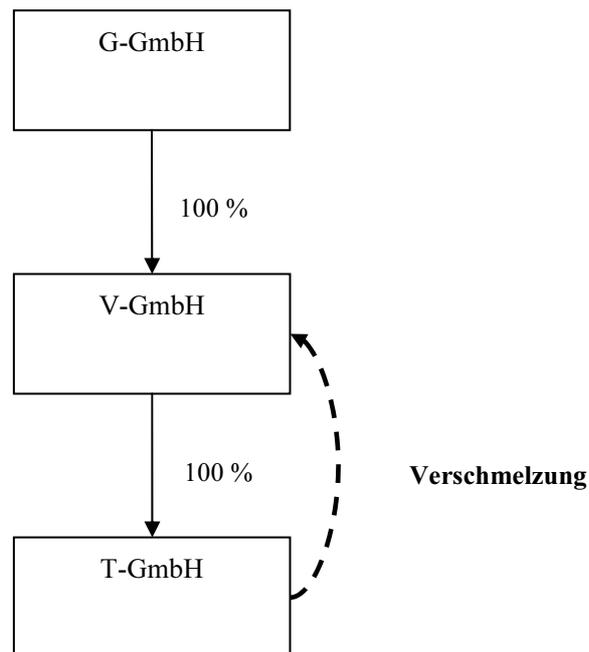
Der Grundfall lässt sich wie folgt skizzieren:

Beispiel



Der up-stream-merger

Die 100 %-ige Tochtergesellschaft T-GmbH wird auf deren verlustträchtige Muttergesellschaft V-GmbH verschmolzen³²¹.



Dieser auch als up-stream-merger bekannte Fall erschließt nach § 12 Abs. 3 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG n. F. grundsätzlich die Kontinuität des Verlustvortrags. Für den gleichzeitig zu prüfenden § 8c KStG gilt jedoch die Sondervorschrift des § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG i. V. m. § 68 Ab. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG: Danach kommt es in den Fällen des up-stream-merger zu keiner Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden Muttergesellschaft (hier: V-GmbH).

Lösung:

Es liegt keine schädliche Anteilsübertragung i. S. d. § 8c KStG n. F. vor, da bei der V-GmbH kein Beteiligungswechsel stattfindet. Gem. § 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG darf die V-GmbH ihr Stammkapital zur Durchführung der Verschmelzung nicht erhöhen. Sie hielt bereits vor der Verschmelzung alle Anteile an der T-GmbH. Der Verlustvortrag der V-GmbH bleibt erhalten.

³²¹ Die nachfolgenden Beispiele sind ihrer Grundstruktur nach der Diplomarbeit von Frau *Markmann* entnommen worden.

3.1.2 Die Verschmelzung auf eine Schwester-Verlust-KapG

Sodann ist eine Verschmelzung auf eine **Schwester-Verlust-KapG** zu diskutieren.

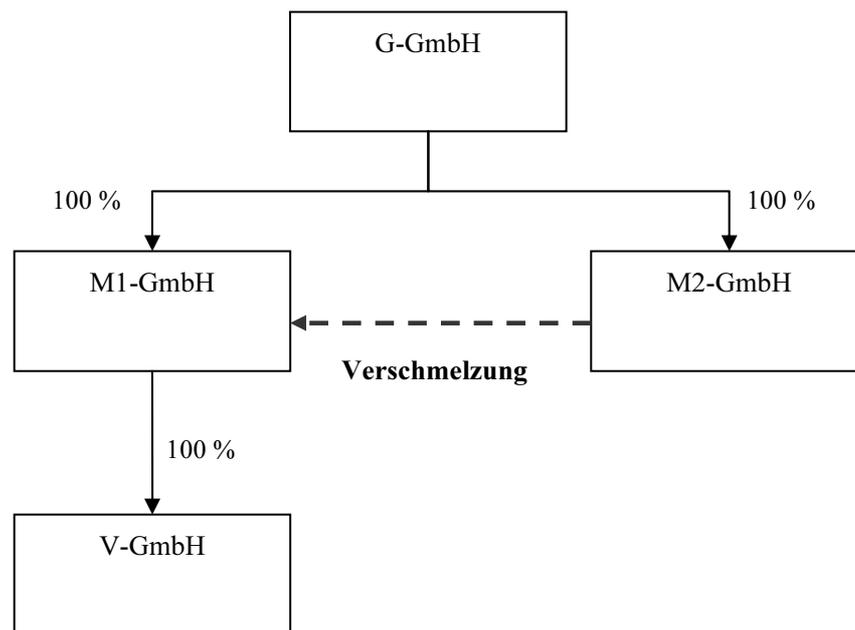
Beispiel



Der side-stream-merger

Die Großmuttergesellschaft G-GmbH ist zu 100 % an der Muttergesellschaft M1-GmbH beteiligt, welche wiederum zu 100 % an der verlustträchtigen Tochtergesellschaft V-GmbH beteiligt ist.

Eine dritte Gesellschaft des Konzerns, die M2-GmbH, wird auf die M1-GmbH verschmolzen.



Der Fall des side-stream-merger der M2-GmbH auf eine Verlust-Tochtergesellschaft (hier M-1-GmbH) bei gemeinsamer (100 %-igen) Muttergesellschaft (hier: G-GmbH) verdeutlicht die Bedeutung der Zielrichtung der jeweiligen Verschmelzung. Soweit auf die Verlustschwester verschmolzen wird, verändern sich die Beteiligungsverhältnisse nicht, sodass § 8c KStG nicht im Wege steht.

Lösung:

Es liegt keine schädliche Anteilsübertragung gem. § 8c KStG n. F. vor, da die unmittelbare oder mittelbare Anteilseignerin der V-GmbH nicht wechselt. Die Verluste der V-GmbH bleiben erhalten³²².

Hinweis



Bei umgekehrter Zielrichtung (Verschmelzung der M1-GmbH → M2-GmbH) machen sich sogleich die „Kräfte“ des § 8c KStG bemerkbar. Es liegt eine schädliche Anteilsübertragung i. S. d. § 8c KStG n. F. vor, da ein unmittelbarer Beteiligungswechsel bei der V-GmbH stattfindet. Die Verluste der V-GmbH gehen gem. § 8c S. 2 KStG n. F. vollständig unter.

³²² Es muss allerdings bei einem side-stream-merger darauf geachtet werden, dass kein mittelbarer oder unmittelbarer Anteilseignerwechsel von > 25 % stattfindet.

3.1.3 Der down-stream-merger

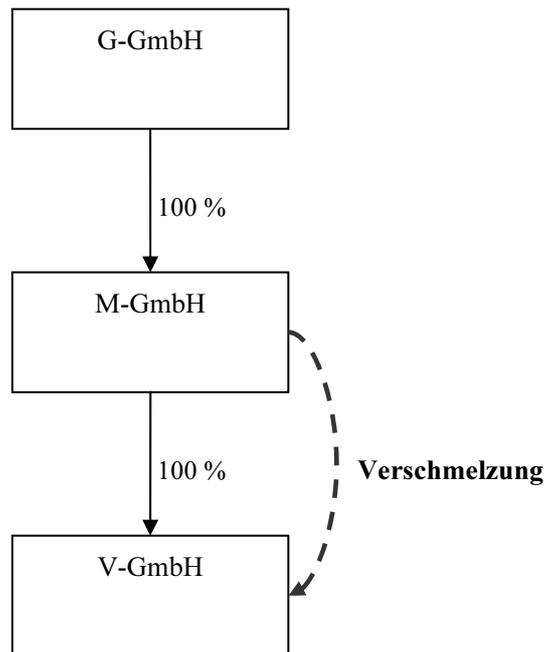
Die Verschmelzung auf eine Verlust-Tochter-KapG ist der eigentliche Anwendungsfall des § 8c KStG.

Beispiel



Der down-stream-merger

Die G-GmbH ist zu 100 % an der M-GmbH beteiligt, welche wiederum zu 100 % an der verlustträchtigen V-GmbH beteiligt ist. Die M-GmbH wird auf die V-GmbH verschmolzen.



Hier ist § 8c KStG einschlägig, wenn ein Besitzungswechsel i. H .v. > 25 % (bzw. 50 %) vorliegt. Hält sich die Aufnahme neuer Gesellschafter bzw. die zusätzliche Beteiligung der Alt-Gesellschafter unter der 25 %-Quote , dann liegt kein schädlicher Gesellschafterwechsel vor.

Lösung:

Es liegt eine schädliche Anteilsübertragung i. S. d. § 8c KStG bei der Verlustgesellschaft V-GmbH vor, da ein **Wechsel von einer mittelbaren in eine unmittelbare** Beteiligung der G-GmbH an der V-GmbH stattfindet. Die nicht genutzten Verluste der T-GmbH gehen gem. § 8c S. 2 KStG vollständig unter.

Während unter Geltung des § 8 Abs. 4 KStG immer wieder eingewandt wurde, dass der bloße Qualitätswechsel (aus einer mittelbaren Beteiligung wird eine unmittelbare Beteiligung) keine Änderung der wirtschaftlichen Identität der KapG nach sich zieht³²³, so kann dieses Argument mit der Neufassung des § 8c KStG (ausdrückliche Einbeziehung der mittelbaren Beteiligung) nicht mehr vorgebracht werden.

³²³ Vgl. Lang in Ernst & Young, KStG-Komm., § 8 Rz. 1289.4.

3.2 Verschmelzung einer Verlust-KapG

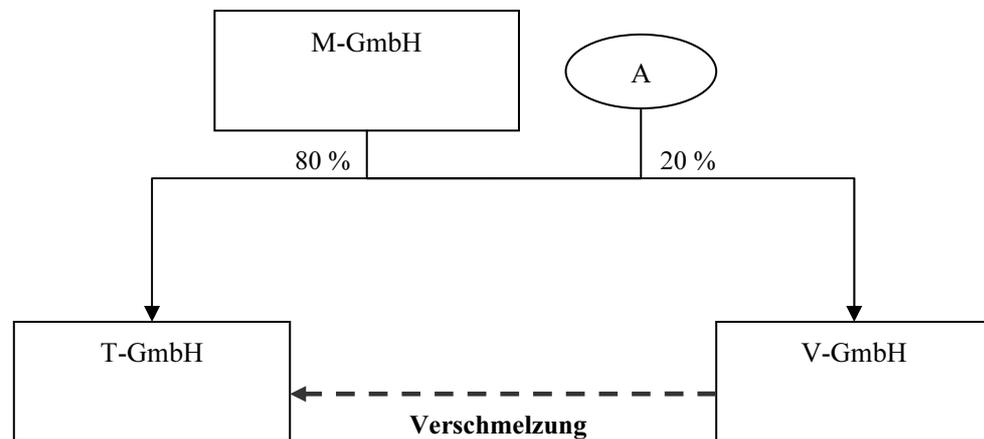
Bei einer Verschmelzung einer Verlust-KapG auf eine Gewinn-KapG kommt neben der Ebene der übertragenden KapG (§ 12 Abs. 3 UmwStG) auch die Neuregelung des § 8c KStG (wie früher § 8 Abs. 4 KStG a. F.) zum Tragen.

Beispiel



Die Muttergesellschaft M-GmbH ist zu jeweils 80 % an der gewinnträchtigen Tochtergesellschaft T-GmbH sowie an der verlustträchtigen Tochtergesellschaft V-GmbH beteiligt. Die restlichen 20 % der Anteile hält jeweils A. Die V-GmbH verfügt über ein Stammkapital von 50.000 EUR und einen Verlustvortrag von 50.000 EUR. Die T-GmbH verfügt über ein Stammkapital von 300.000 EUR.

Die V-GmbH wird auf die T-GmbH verschmolzen. Im Zuge der Verschmelzung wird bei der T-GmbH eine Kapitalerhöhung von 50.000 EUR durchgeführt, an welcher die M-GmbH und A zu gleichen Anteilen teilnehmen.



Bei einer Verschmelzung auf die Gewinn-KapG bleibt für den Fortbestand der Verluste der V-GmbH kein Raum, weil es bereits an der ersten Voraussetzung der Verlustübertragung, i. e. der rechtlichen Identität der V-GmbH, fehlt. Die übertragende Verlust-KapG ist ohne Abwicklung aufgelöst (§ 2 UmwG).

Nach der Neufassung des § 12 Abs. 3 S. 1 UmwStG (i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG) durch das SEStEG ist ab VZ 2007 ein Übergang nicht genutzter Verlustvorträge auf den übernehmenden Rechtsträger ipso iure ausgeschlossen.

Lösung:

Es liegt kein Fall des § 8c KStG n. F. vor. Die V-GmbH geht durch die Verschmelzung unter, weshalb kein Raum für die Anwendung des § 8c KStG n. F. bleibt. Die Verluste der V-GmbH gehen gem. § 12 Abs. 3 S. 1 2. HS i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 UmwStG n. F. nicht auf die T-GmbH über.

4 Einbringung und Abspaltung

Für die sonstigen vom UmwStG vorgesehenen Fälle der Spaltung und Einbringung gelten sinngemäß die aufgezeigten Rechtsfolgen.

4.1 Die Einbringungsfälle (§§ 20f. UmwStG)

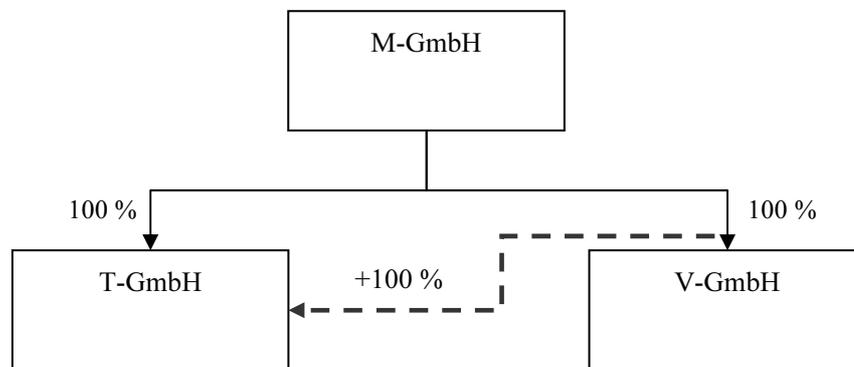
Für die Einbringung ist wiederum die Zielrichtung des Einbringungsvorgangs entscheidend.

Beispiel



Einbringung einer verluststeuerfunktionalen³²⁴ Einheit

Die Muttergesellschaft M-GmbH bringt ihre 100 %ige Beteiligung an der Verlustgesellschaft V-GmbH in die T-GmbH ein.



Dieser dem down-stream-merger vergleichbare Fall führt zu den identischen Rechtsfolgen. Nur dann, wenn der Gesellschafterwechsel unter 25 % (bzw. unter 50 %) gehalten werden kann, kommt die Rechtsfolge des § 8c KStG (quotaler oder vollständiger Verlustuntergang) nicht zum Tragen.

Lösung:

Der Verlustvortrag der V-GmbH geht gem. § 8c S. 2 KStG n. F. vollständig unter, da ein unmittelbarer schädlicher Anteilseignerwechsel von 100 % bei der V-GmbH stattgefunden hat.

Im **umgekehrten** Fall, da eine steuerfunktionale Einheit (Betrieb/Teilbetrieb) der Mutter-KapG in ihre Verlust-KapG eingebracht wird, kommt es zu keinem schädlichen Gesellschafterwechsel, da sich die Beteiligungsverhältnisse der Mutter-KapG an der Verlust-KapG durch die Einbringung nicht ändern.

4.2 Die Abspaltung

Die Abspaltung eines gewinnträchtigen Teilbetriebs von der Gesellschafterin auf ihre Verlust-KapG ist bei letzterer immer mit einer Kapitalerhöhung verbunden, wobei die neu gewährten Anteile im Gesellschafterstrang verbleiben. In diesen Fällen hängt die Frage des Verlustüber-

³²⁴ Mit dem Begriff der steuerfunktionalen Einheit (StfE) sind die einzelnen Einbringungsobjekte des § 20 Abs. 1 UmwStG bzw. des § 21 Abs. 1 UmwStG gemeint.

gangs allein davon ab, ob mit/nach der Kapitalerhöhung die Beteiligungsquote um mehr oder weniger als 25 % (50 %) erhöht wird. Bleibt die unmittelbare wie mittelbare Quote unter 25 %, so kann die Verlust-KapG weiterhin ihren Verlustvortrag nutzen.

Erfolgt hingegen die Abspaltung eines verlustträchtigen Teilbetriebs von der Verlust-KapG auf ihre Gesellschafterin, so versagt § 15 Abs. 1 S. 1 UmwStG i. V. m. § 12 Abs. 3 S. 1 UmwStG einen Verlustübergang.

5 Sonstige Überlegungen

5.1 Die gemäßigte Kapitalerhöhung bzw. Nachschusspflicht

Wie schon in der Vinkulierungsdiskussion³²⁵ gezeigt wurde, kann der Fortbestand der Verluste bei einer Kapitalerhöhung am einfachsten durch die Deckelung des Erhöhungsbetrags erreicht werden³²⁶.

Alternativ besteht daher die Möglichkeit, eine Regelung in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, welche das Bezugsrecht der durch die Kapitalerhöhung entstehenden neuen Anteile normiert und ggf. beschränkt. Gem. § 55 Abs. 2 S. 1 GmbHG sind bei einer Kapitalerhöhung sowohl die bisherigen Gesellschafter als auch andere Personen zugelassen. Ein gesetzliches Bezugsrecht der Gesellschafter entsprechend § 186 AktG existiert im GmbHG nicht. Nach der herrschenden Meinung besteht insoweit jedoch ein ungeschriebenes gesetzliches Bezugsrecht der Gesellschafter in Höhe ihrer bisherigen Anteile analog § 186 AktG³²⁷.

Findet sich somit keine anders lautende Regelung im Gesellschaftsvertrag der GmbH, so kommt es, soweit alle Gesellschafter ihr Bezugsrecht ausüben, zu keinem Verlustuntergang bei der GmbH, da es insoweit an einer disquotalen Kapitalerhöhung fehlt.

Die Gesellschafter sind aber grundsätzlich nicht verpflichtet, bei einer Kapitalerhöhung neue Stammeinlagen zu übernehmen. Etwas anderes gilt jedoch, soweit in den Gesellschaftsvertrag eine Übernahmepflicht als Nebenleistungspflicht i. S. d. § 3 Abs. 2 GmbHG aufgenommen oder aber ein gesonderter Übernahmeverpflichtungsvertrag außerhalb des Gesellschaftsvertrags geschlossen wird³²⁸.

Das Bezugsrecht der Gesellschafter kann zudem durch den Gesellschaftsvertrag oder einen Gesellschafterbeschluss – z. B. für den Fall des Finanzierungsbedarfs oder aber in Kooperationsfällen – eingeschränkt oder ausgeschlossen werden, womit es auch zu disquotalen Kapitalerhöhungen kommen kann³²⁹. Um insoweit eine schädliche Anteilseignerübertragung zu vermeiden, besteht die Möglichkeit, eine Regelung in den Gesellschaftsvertrag bzw. in den Erhöhungsbeschluss aufzunehmen, welche normiert, dass sowohl die eintretenden als auch die bisherigen Gesellschafter innerhalb eines Fünfjahreszeitraums nicht mehr als 25 % bzw. 50 % der neuen Anteile übernehmen dürfen³³⁰.

³²⁵ Vgl. Gliederungspunkt C.II.2.1.

³²⁶ Wenn die Kapitalerhöhung auf 33,33 % bzw. 100 % des vorhandenen Stammkapitals begrenzt werden kann, ist eine schädliche Anteilsübertragung i. S. d. § 8c KStG ausgeschlossen.

³²⁷ *Priester*, in Scholz, GmbH-Gesetz, § 55, Rn. 41ff.; *Zöllner*, in Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, § 55, Rn. 13, *Lutter/Hommelhoff*, in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 55, Rn. 17f.

³²⁸ Vgl. *Priester*, in Scholz, GmbH-Gesetz, § 55, Rn. 13, 14, 69; *Lutter/Hommelhoff*, in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, §§ 3, Rn. 25, 53, 55.

³²⁹ Vgl. *Lutter/Hommelhoff*, in Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, § 15, Rn. 18f.; *Priester*, in Scholz, GmbH-Gesetz, § 55, Rn. 52ff.; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, § 37 V, S. 117.

³³⁰ *Zöllner* in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 55 Rz. 16.

Ferner können die Bezugsrechte auch abgetreten werden. Soweit es sich jedoch um vinkulierte Geschäftsanteile handelt, kann auch insoweit eine Zustimmung der Gesellschaft erforderlich sein bzw. eine Untersagung der Abtretung erfolgen.

Anstelle der vorgenannten Regelungen im Gesellschaftsvertrag könnten sich die Gesellschafter im Rahmen einer Konsortialvereinbarung (Stimmbindungsvertrag) verpflichten, keinen Beschluss zu fassen, der eine Übertragung von mehr als 25 % bzw. 50 % der Geschäftsanteile innerhalb eines Fünfjahreszeitraums, sei es direkt oder indirekt im Wege einer Kapitalerhöhung, auf neue Gesellschafter ermöglicht³³¹.

Als Alternative zur Kapitalerhöhung wäre es auch denkbar, im Gesellschaftsvertrag gem. § 26 Abs. 1 GmbHG eine Nachschusspflicht der Gesellschafter aufzunehmen. Sofern die GmbH in Finanzierungsbedarf gerät, besteht in dem Fall die Möglichkeit, die Geldmittel nicht durch eine formelle Kapitalerhöhung zu beschaffen, sondern durch einen Nachschuss der Gesellschafter über die Stammeinlagen der GmbH. Derartige Nachschüsse sind in die Kapitalrücklage nach § 272 HGB einzustellen. Folglich erhöhen diese nicht das Stammkapital der Gesellschaft und mithin auch nicht die Beteiligungsquoten der Gesellschafter³³², sodass hier eine schädliche Anteilsübertragung vermieden werden kann.

5.2 Organschaft

In Einzelfällen bietet sich auch die Begründung einer Organschaft mit der Verlust-KapG als Organträger an. Durch die Einbeziehung profitabler Tochtergesellschaften in ein Organschaftsverhältnis nach §§ 14ff. KStG können vertragliche wie vorvertragliche³³³ Verluste auf die Ebene der Organträgerin transferiert werden. Sobald die drei hauptsächlichen Voraussetzungen für eine wirksame Organschaft nach §§ 14, 17 KStG erfüllt sind³³⁴, können die positiven Ergebnisse der Organgesellschaften mit den Verlusten der Träger-KapG verrechnet werden.

6 Fazit

Durch die Neufassung des § 12 Abs. 3 UmwStG verbleiben nur noch wenige Möglichkeiten, Abspaltungen, Einbringungen oder Verschmelzungen in den Dienst der Erhaltung des Verlustübergangs zu stellen.

Das bessere Bollwerk gegen die Verlustversagung bietet auf der diskutierten gesellschaftsrechtlichen Ebene die Aufnahme einer Vinkulierungsklausel in die Satzung der KapG.

³³¹ Vgl. K. Schmidt, Scholz, GmbH-Gesetz, § 47 Rz. 4.

³³² Lutter/Bayer in Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 26 Rz. 1

³³³ Das Verbot der Verrechnung vororganschaftlicher Verluste nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KStG gilt nur für die Organgesellschaften und nicht für den Organträger.

³³⁴ – zivilrechtlich wirksamer Vertrag mit dem Inhalt des §§ 291ff. AktG
– finanzielle Eingliederung, Mindestvertragsdauer
– durchgeführter Ergebnisabführungsvertrag