

DR. WOLFGANG WEITNAUER
DER ERHALT VON VERLUSTVORTRÄGEN
TROTZ § 8 C KStG ALS ZIEL DER TRANSAKTIONSGESTALTUNG¹

I.

Die Bestimmung des § 8 c KStG

Die Sorge vor Steuerausfällen, die durch die uneingeschränkte Geltendmachung der schon Anfang 2007 auf ca. 380 Mio. EUR geschätzten Verlustvorträge deutscher Unternehmen drohen, haben den Gesetzgeber im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008 veranlasst, nach der Mindestbesteuerung gem. § 10 d EStG (die unbeschränkte Nutzung eines Verlustvortrags ist nur bis zum einem Sockelbetrag von EUR 1 Mio. möglich) die weitergehende Verlustnutzungsbeschränkung des § 8 c KStG für den Fall des Anteilseignerwechsels einzuführen. Hierdurch wurde die frühere Mantelkaufregelung des § 8 Abs. 4 KStG ersetzt und in ihren Folgen deutlich verschärft. Grundgedanke der Mantelkaufregelung war die **Missbrauchsvermeidung**, also den „Handel mit Verlusten“, nämlich den Handel mit Unternehmensmänteln, die außer Verlustvorträgen kein nennenswertes Vermögen besaßen, zu unterbinden.

Anstatt den ursprünglichen Normzweck der Missbrauchsvermeidung klarzustellen, lässt § 8 c KStG allein schon die Übertragung von mehr als 25% bzw. 50% des gezeichneten Kapitals innerhalb eines Zeitraums von 5 Jahren an einen Erwerber oder Erwerberkreis für eine quotale Kürzung des Verlustvortrags (wenn mehr als 25%) bzw. für dessen vollständige Streichung (wenn mehr als 50%) genügen. Das weitere Erfordernis der Zuführung neuen Betriebsvermögens wurde aufgegeben, das gesetzliche Sanierungsprivileg des früheren § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG abgeschafft. Die Bestimmung des § 8 c KStG stößt daher wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit, aber auch wegen der Verwendung einer Reihe unklarer

¹ vgl. auch den bereits zu diesem Thema in GWR 2009, 279613 erschienenen Beitrag des Verfassers.

Tatbestandsmerkmale auf verfassungsrechtliche Bedenken (u. a. *Schwedhelm*, GmbHR, 2008, 404, 405 f.; *Beußer*, DB 2007, 1549 ff.).

Die Finanzverwaltung (BMF-Schreiben vom 04.07.2008, DB 2008, 1598 ff.) interpretiert § 8 c KStG dennoch nicht restriktiv, sondern weitherzig. Zumindest wurde inzwischen, versteckt im „Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung“ vom 16. Juli 2009 in einem neuen Abs. 1 a, wenn auch nur befristet für Beteiligungserwerbe im Zeitraum 2008 – 2010, eine Sanierungsklausel eingefügt, wonach ein Beteiligungserwerb für unbeachtlich erklärt wird, der darauf gerichtet ist, die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu verhindern oder zu beseitigen und zugleich die wesentlichen Betriebsstrukturen zu erhalten.

Im Folgenden werden die Auswirkungen dieser Regelung auf die Gestaltungspraxis, vor allem beim Anteilsverkauf, dargestellt. Wirtschaftlich ist die Frage, ob bei einer Eigenkapitaltransaktion ein Verlustvortrag erhalten bleibt oder entfällt, gerade bei jungen innovativen Technologieunternehmen von wesentlicher Bedeutung für die Bewertung des Unternehmens, da die akkumulierten Verluste für den Eigenkapitalinvestor einen Wert in Höhe der Steuerbelastung haben, die auf ein künftiges, ohne den Verlustvortrag zu versteuerndes Einkommen entfielen.

II.

Eigenkapitalbeteiligung

Einem Beteiligungserwerb von mehr als 25% steht eine **Kapitalerhöhung** gleich, bei der der Erwerber oder Erwerberkreis zu mehr als 25% beteiligt wird oder eine bestehende Beteiligung um mehr als 25% erhöht, § 8 c Abs. 1 Satz 4 KStG.

1. Zusammenrechnung unterschiedlicher Beteiligungen

Beteiligen sich mehrere natürliche oder juristische Personen als Investoren mit Beteiligungsquoten von jeweils unter 25%, wären diese unterschiedlichen Beteiligungen im Fall einer **Stimmrechtsvereinbarung** oder Stimmrechtsbindung zusammenzurechnen, da dann nach Auffassung der Finanzverwaltung (Rz. 7 des BMF-Schreibens) ein dem Erwerb eines Beteiligungsrechts „*vergleichbarer Sachverhalt*“ vorläge. Nach dem Gesetzeswortlaut würde aber auch genügen, dass die Investoren einander „*nahestehen*“, wofür jede „rechtliche oder tatsächliche Beziehung“ genügen soll (Rz. 25). Dies könnte dann angenommen werden, wenn

unterschiedliche Fonds durch ein und denselben geschäftsführenden Gesellschafter verwaltet werden (**Parallelfonds**). Nach § 8 c Abs. 1 Satz 3 KStG gilt als ein Erwerber überdies auch eine Gruppe von Erwerbern mit „**gleichgerichteten Interessen**“. Hiervon ist nach dem BMF-Schreiben (Rz. 27) regelmäßig auszugehen, wenn sich die Erwerber „*abgestimmt*“ haben und „*zur einheitlichen Willensbildung zusammenwirken*“. Das bloße Co-Investment und eine Bindung an eine Mehrheitsmeinung einer üblicherweise mit Vorzugsrechten ausgestatteten Investorengesamtheit, wie dies etwa § 138 AktG bestimmt, kann hierfür nicht genügen, da dies unterschiedliche Interessen oder auch ein konträres Stimmverhalten nicht ausschließt. Es muss daher schon eine dauerhafte und bewusste Koordinierung der Gesellschafterrechte erfolgen, auch wenn dies ohne vertragliche Bindung geschieht. Kritisch mag insoweit ein gemeinsames Entsendungsrecht für ein Aufsichtsratsmitglied oder die gemeinsame Ausübung von Informations- und Kontrollrechten über einen Leadinvestor sein. Im Hinblick darauf, dass sich der Verlust eines Verlustvortrags aber auch zu Lasten der übrigen Gesellschafter auswirkt und die Beteiligungen vermögensmäßig unterschiedlichen Rechtsträgern zugeordnet bleiben, erscheint größte Zurückhaltung bei der Annahme eines gleichgerichteten Interesses, auch vor dem Hintergrund von Artt. 14, 3 GG, geboten.

2. Beteiligung eines Fonds

- a) Soweit sich ein Fonds in Gestalt einer **vermögensverwaltenden** Personengesellschaft, also typischerweise einer **GmbH & Co. KG** beteiligt, bestimmt nun Rz. 24 des BMF-Schreibens, dass in diesem Fall eine „*anteilige Zurechnung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO*“ gilt. Damit stellt das BMF-Schreiben im Fall der Beteiligung eines klassischen VC-Fonds, der steuerrechtlichen Betrachtungsweise folgend, auf die quotenmäßige Beteiligung der einzelnen KG-Gesellschafter ab; der Fonds in Gestalt der GmbH & Co. KG wird folglich nicht als **ein** Erwerber betrachtet. Dies mag in vielen Fällen dazu führen, dass die 25%-Schwelle nicht unterschritten wird, da nicht die quotenmäßige Gesamtbeteiligung des Fonds am Unternehmen maßgeblich ist, sondern die durchgerechnete bruchteilsmäßige Beteiligung des einzelnen Kommanditisten. Allerdings könnten sämtliche Kommanditbeteiligungen wiederum deshalb zusammenzurechnen sein, weil die Kommanditisten als „*nahestehende Personen*“ oder „*Erwerber mit gleichgerichteten Interessen*“ aufgrund der Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks durch Abschluss des KG-Vertrags anzusehen sind. Da im Fall einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft aber stets eine solche gesellschaftsvertragliche Verbindung besteht, wäre es widersprüchlich, wollte man die vom BMF für die Definition des „Erwerbers“ vorgesehene Durchrechnung auf die KG-Gesellschafter allein aufgrund des Umstands,

dass die Erwerber Gesellschafter ein und derselben KG sind, durch eine Zusammenrechnung wieder umkehren (so auch *Klemt*, DB 2008, 2100, 2102).

- b) Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) versucht, die weitgehende Verlustabzugsbeschränkung des § 8 c KStG auf Ebene der Zielgesellschaft durch steuerliche Privilegien bei Beteiligung der neuen Rechtsform einer „**Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft**“ zu lindern (u. a. *Weitnauer*, BKR 2007, 521 f.). Verlustvorträge der Zielgesellschaft, an der sich eine Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft beteiligt, sollen nach der durch das *MoRaKG* vorgesehenen Bestimmung des § 8 c Abs. 2 KStG im Umfang der dort im Zeitpunkt des Anteilserwerbs vorhandenen stillen Reserven über einen über fünf Jahre gestreckten Verlustabzug erhalten bleiben, dies auch nach Ablauf einer Haltefrist von mindestens vier Jahren bei Weiterveräußerung der Anteile durch die Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaft an einen Dritten. Das Inkrafttreten dieses Privilegs des § 8 c Abs. 2 KStG ist aber durch das von der Europäischen Kommission gegen das *MoRaKG* eingeleitete EG-Beihilfverfahren C 2/09 blockiert, da – Ironie des Schicksals – die Linderung des vom Gesetzgeber selbst geschaffenen Übels des § 8 c KStG als Beihilfe gewertet wird.

III.

Anteilsverkauf

Spätestens beim Anteilsverkauf („Trade Sale“), auf den Finanzinvestoren zur Renditerealisierung angewiesen sind und zu dem sie die übrigen Gesellschafter meist unter bestimmten Voraussetzungen verpflichten („drag along“-Klauseln), droht der Verlust von Verlustvorträgen durch § 8 c KStG.

1. Vorsorge durch Vinkulierung

Da die Verlustvorträge nicht gesellschafter-, sondern **gesellschaftsbezogen** entfallen, wirkt die Regelung des § 8 c KStG zum Nachteil auch eines verbleibenden (Mehrheits)Gesellschafters. Um einen Gesellschafterwechsel zu kontrollieren, sollte daher auch vor diesem steuerlichen Hintergrund an eine Vinkulierung der Anteile in der Satzung gedacht, also die Übertragbarkeit der Anteile von der Zustimmung der übrigen Gesellschafter abhängig gemacht werden.

2. „Quartettlösung“

Werden nicht mehr als 25 % der Anteile übertragen, gilt § 8 c KStG nicht. Der Verlustabzug bleibt in den Grenzen des § 10 d EStG erhalten. Dies würde selbst bei Veräußerung aller Anteile gelten, wenn je 25 % an vier Erwerber („Quartettlösung“) verkauft werden, es sei denn ihre Beteiligungen wären, wie oben beschrieben, zusammenzurechnen.

3. Zeitliche Streckung

Wird ein Verkauf von mehr als 25 % der Anteile geplant, kann sich eine zeitliche Streckung des Anteilserwerbs empfehlen. Denn bei einer einmaligen Überschreitung der 25 %-Schwelle ist der kritische 5-Jahres-Zeitraum beendet. Erfolgt etwa der Anteilserwerb von 40 % in zwei Schritten von 26 % und 14 %, so werden die bestehenden Verlustvträge nur quotal in Höhe von 26 % gekürzt. Ebenso gilt es die Höhe der Staffelung zu bedenken. Denn würden die Anteile innerhalb von fünf Jahren in zwei Schritten von je 20 % verkauft, würden die Verlustvträge in Höhe von 40 % im Zeitpunkt der zweiten Veräußerung gekürzt.

4. Verkauf an strategischen Investor

Ein strategischer Käufer wird in der Regel immer am Erwerb aller Anteile interessiert sein. Daher gingen in einem solchen Fall die Verlustvträge verloren. Alternative könnte nur das Ausweichen auf einen **Asset Deal** sein, also die Veräußerung der wesentlichen Vermögenswerte des Unternehmens mit der Folge einer Liquidation des verbleibenden Unternehmensträgers. Dies lässt zwar den Verlustvortrag unberührt, führt aber andererseits zu einer Aufdeckung stiller Reserven und zu versteuerndem Ertrag auf Ebene des Beteiligungsunternehmens, wohingegen im Fall eines Anteilsverkaufs steuerliche Privilegien, (§ 8 b Abs. 2 KStG, §§ 23 Abs. 1 Nr. 2, 52 a Abs. 11 EStG) gelten.

5. Verkauf an Finanzinvestor

Würden die Anteile wiederum an einen Finanzinvestor in Form einer vermögensverwaltenden Personengesellschaft (GmbH & Co. KG) verkauft („**Secondary**“), käme es bei richtigem Verständnis des BMF-Schreibens für die Frage der Anwendbarkeit des § 8 c KStG auf die Bruchteilsbetrachtung an, also darauf, ob die Kommanditisten bei Durchrechnung ihrer

Beteiligungsquote auf die Ebene des Zielunternehmens im Einzelfall mit mehr als 25% beteiligt wären.

6. Börsengang

Für den Börsengang stellt das BMF-Schreiben ausdrücklich fest, dass ein Zwischenerwerb durch eine Emissionsbank im Rahmen eines Börsengangs unbeachtlich bleibt (Rz. 6). Damit wäre im Fall eines Börsengangs § 8 c KStG ohne Auswirkung, sofern, wie üblich, die ausgegebenen Aktien in den Streubesitz übergehen.

7. Folgen für Tochtergesellschaften

§ 8 c KStG verzichtet auf ein Konzernprivileg. Es genügt auch die **mittelbare** Übertragung von mehr als 25% des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschafts- oder Beteiligungs- oder Stimmrechte an einer Körperschaft. Damit führt auch eine Änderung der Beteiligungsverhältnisse auf Ebene des Gesellschafters zu einer Kürzung bzw. Streichung der Verlustvorträge bei den Beteiligungsunternehmen, obwohl sich dort an der Anteilseignerstruktur nichts ändert. Allein schon das einfache „Umhängen“ von Beteiligungen an Kapitalgesellschaften und deren Beteiligungsgesellschaften ist somit schädlich für den Verlustabzug. Dies bedeutet, dass bei einem Unternehmensverkauf auch die steuerlichen Folgen für Tochtergesellschaften im Auge zu behalten sind.

Fazit:

§ 8 c KStG und das hierdurch begründete Risiko des Verlusts eines Verlustvortrags sind ein Hemmnis sowohl für die Eigenkapitalfinanzierung, da eine Kapitalerhöhung einem Beteiligungserwerb gleichsteht, als auch für den Anteilsverkauf. Im Rahmen der Transaktionsgestaltung sollte man folgendes beachten: Stimmbindungen oder auch die dauerhafte gemeinsame Ausübung von Gesellschafterrechten durch Neuinvestoren kann zu einer Zusammenrechnung ihrer Beteiligungen im Anwendungsbereich des § 8 c KStG führen. Die Folgen eines Anteilsverkaufs auch auf Tochtergesellschaften sind im Blick zu behalten und eine Vinkulierung der Anteile zu bedenken, um den gesellschaftsbezogenen Fortfall von Verlustvorträgen verhindern zu können. Bei der Strukturierung des Verkaufsprozesses sind etwaige Vorteile eines Asset Deals gegenüber einem Share Deal zu erwägen und, bei einem

Anteilsverkauf, die Möglichkeit einer Quotelung der zu veräußernden Anteile auf der Zeitschiene in Betracht zu ziehen.