

---

**Geschäftsführung**

---

**RA Berthold Welling**  
VCI e.V.  
Neustädtische Kirchstraße 8  
10117 Berlin  
Tel. (030) 20 05 99 10  
Fax (030) 20 05 99 99  
welling@vci.de

---

**RA Dr. Andreas Richter**  
P+P Pöllath + Partners  
Potsdamer Platz 5  
10785 Berlin  
Tel. (030) 253 53 653  
Fax (030) 253 53 800  
berliner.steuergespraech@pplaw.info

---

## **65. Berliner Steuergespräch**

### **"Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu § 8c KStG und ihre Folgen"**

Berlin, den 20. November 2017

Tagungsbericht von *Dr. Andreas Richter LL.M.* und *Berthold Welling*<sup>1</sup>

Mit Beschluss vom 29. März 2017 hat das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) entschieden, dass die Regelung in § 8c Abs. 1 S. 1 KStG, nach der ein schädlicher Erwerb von mehr als 25 % bis einschließlich 50 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft zu einem anteiligen Wegfall des Verlustvortrages führt, gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Der Gesetzgeber hat danach die Grenzen der zulässigen Typisierung sowohl im Hinblick auf die abstrakte Missbrauchsgefahr durch den Handel mit vortragsfähigen Verlusten als auch in Bezug auf die Änderung der wirtschaftlichen Identität der Gesellschaft überschritten.

Das BVerfG hat den Gesetzgeber aufgefordert, bis zum 31. Dezember 2018 eine rückwirkende Neuregelung für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2015 zu treffen. Mit dieser Aufforderung wird sich die Politik deshalb gleich zu Beginn der neuen Legislaturperiode beschäftigen müssen. Dabei wird das Verhältnis zu dem durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften vom 20. Dezember 2016 eingefügten § 8d KStG zu klären sein, zu dem das BVerfG nicht abschließend Stellung nehmen wollte.

Das 65. Berliner Steuergespräch – moderiert von Herrn *Michael Wendt*<sup>2</sup> – bot ein Forum zum Austausch über die Entscheidung des BVerfG und ihre Folgen für den Gesetzgeber und die Praxis, an dem neben den Referenten Frau *Evelyn Hörhammer*<sup>3</sup>, Herr *Dr. Erik Röder*<sup>4</sup> und Herr *Prof. Dr. Ulrich Prinz*<sup>5</sup>, auch Herr *Prof. Dr. Christian Dorenkamp*<sup>6</sup> und Herr *Dr. Peter Bandis*<sup>7</sup> mitwirkten.

## A. Referate

### I. Die Sicht des Bundesfinanzministeriums

#### 1. Entwicklungsgeschichte des § 8c KStG

Frau *Hörhammer* ging in ihrem Referat zunächst kurz auf die Entwicklungsgeschichte des § 8c KStG ein. Die Vorgängerregelung in § 8 Abs. 4 KStG sei damals ins Gesetz eingefügt worden, um sog. Mantelkäufe zu verhindern. Diese habe einer anderen Systematik gefolgt als nun der § 8c KStG. Entscheidend sei gewesen, ob das Unternehmen nach wirtschaftlichen und rechtlichen Erwägungen weiterhin als solches fortbestanden habe, oder ob sich der Erwerber systematisch nur einen Mantel zulegen wollte, um Verluste zu suggerieren und in sein Unternehmen mit einzuführen. Entscheidend hierbei sei vor allem die wirtschaftliche Identität gewesen. Diese sei weggefallen, wenn es zu einer unmittelbaren Übertragung von mehr als 50% (zuvor 75 %) der Anteile gekommen sei und der Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen fortgeführt worden sei.

Gerade letztere Voraussetzung sei besonders auslegungs- und streitanfällig gewesen. So habe es zwischen der Finanzverwaltung und dem BFH immer Diskussionen darüber gegeben, was unter neuem Betriebsvermögen zu verstehen und wie dies zu behandeln sei. So stellte sich u.a. die Streitfrage, ob bei der Ermittlung des neuen Betriebsvermögens eine Saldobetrachtung vorzunehmen sei – so die Finanzverwaltung – oder eine gegenständliche Betrachtung – so der BFH. Zudem habe es Abgrenzungsschwierigkeiten zur Betriebsfortführung gegeben. Deswegen habe sich der Gesetzgeber schließlich dazu entschieden, im Rahmen der Unternehmenssteuerreform 2008 den § 8c KStG a.F. einzuführen. Dieser habe nun in S.1 einen quotalen Verlustwegfall vorgesehen für den Fall, dass es zu einer unmittelbare oder mittelbare Übertragung von mehr 25% (aber weniger als 50%) an Anteilen oder Stimmrechten an einen einzelnen Erwerber oder eine Erwerbsgruppe innerhalb eines Zeitfensters von 5 Jahren gekommen sei. Eine Übertragung von über 50% habe gem. S. 2 zu einem vollständigen Verlustwegfall geführt. In der Folge sei es nach und nach zu gesetzlichen Ergänzungen gekommen, was zur Einführung der Sanierungs-, Konzern- und Stille-Reserven-Klausel geführt habe.

#### 2. Inhalt der Entscheidung des BVerfG

Im Hinblick auf die Entscheidung des BVerfG sei zunächst wichtig, dass sich nur § 8c Abs. 1 S. 1

---

<sup>1</sup> *Dr. Andreas Richter, LL.M.* ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Partner der Kanzlei P+P Pöllath + Partners, Berlin. *Berthold Welling* ist Rechtsanwalt und Leiter der Steuerabteilung des BDI e.V. Beide Autoren sind geschäftsführende Vorstandsmitglieder des Berliner Steuergespräche e.V.

<sup>2</sup> *Michael Wendt* ist Vorsitzender Richter am Bundesfinanzhof, München.

<sup>3</sup> *RDn Evelyn Hörhammer* ist Referentin für Körperschaftssteuer im Bundesministerium der Finanzen, Berlin.

<sup>4</sup> *Dr. Erik Röder* ist wissenschaftlicher Referent und Habilitand am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und öffentliche Finanzen, München.

<sup>5</sup> *Prof. Dr. Ulrich Prinz* ist Wirtschaftsprüfer, Steuerberater und Of-Counsel bei der WTS Steuerberatungsgesellschaft, Köln.

<sup>6</sup> *Prof. Dr. Christian Dorenkamp* ist Leiter der Konzernsteuerabteilung der Deutschen Telekom AG, Bonn.

<sup>7</sup> *Dr. Peter Bandis* ist Richter am Bundesfinanzhof, München.

KStG auf dem Prüfstand befunden habe. Das Gericht habe entschieden, dass dieser mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar sei, soweit er bei einer unmittelbaren Übertragung von mehr als 25% innerhalb von fünf Jahren zu einer quotalen Verlustkürzung führe. Insoweit sei ein Verstoß gegen das Willkürverbot angenommen worden. Das Gericht habe keinen sachlichen Grund für die gesetzliche Differenzierung zwischen Kapitalgesellschaften mit einem schädlichen Beteiligungserwerb ab 25% einerseits und anderen Kapitalgesellschaften ohne einen derartigen Anteilseignerwechsel andererseits finden können.

Anschließend habe das BVerfG geprüft, ob der Verstoß gegen das Willkürverbot gerechtfertigt werden könne. Hierbei habe es zunächst betont, dass die Verhinderung von Missbräuchen wie dem Mantelkauf grundsätzlich ein legitimes gesetzliches Leitmotiv darstellen könne, sei dann aber zu dem Ergebnis gekommen, dass der Gesetzgeber mit der bloßen Anknüpfung an einen Beteiligungserwerb zwischen 25% und 50% keinen typischen Missbrauchsfall als Ausgangspunkt für eine so generalisierende Regelung gewählt habe. Er habe vielmehr die bloße abstrakte Missbrauchsgefahr bei derartigen Anteilseignerwechseln zum Anlass für eine vom typischen Missbrauchsfall losgelöste und über diesen hinausgehende generelle Verlustnutzungsregelung genommen, was dem Gericht nicht ausgereicht habe.

Zudem habe das BVerfG Ausführungen zur wirtschaftlichen Identität gemacht, welche auch im Hinblick auf eine Neuregelung und vielleicht sogar für die Regelung in § 8 Abs. 1 S. 2 KStG interessant werden könnten. Für eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aufgrund der Änderung der wirtschaftlichen Identität genüge es jedenfalls nicht, allein auf einen Beteiligungserwerb von 25 und 50% abzustellen. Erst eine Mehrheitsbeteiligung ermögliche es nach Ansicht des Gerichts, hinreichenden Einfluss auf die übernommene Gesellschaft zu nehmen und so Verluste durch entsprechende unternehmerische Entscheidungen zu eigenen Zwecken zu nutzen.

Schließlich könne laut BVerfG auch der Gesichtspunkt der Unternehmeridentität die Differenzierung nicht rechtfertigen. Trotz möglicher „Durchbrechung“ des Trennungsprinzips durch § 8c KStG sei eine Annäherung an die transparente Besteuerung von Personengesellschaften vom Gesetzgeber gerade nicht als Leitmotiv gewollt gewesen. Es sei ihm vielmehr auf die Identität der Gesellschaft angekommen, welche aber bei einer Anteilsübertragung von 25% gerade nicht vorliege.

Anschließend ging Frau *Hörhammer* auf die Rechtsfolgen der Entscheidung ein. Sie hielt zunächst fest, dass das BVerfG eben nicht zu einer Nichtigkeitserklärung, sondern zu einer Nichtvereinbarkeits-Erklärung gekommen sei, und den Gesetzgeber aufgefordert habe, die aus seiner Sicht verfassungswidrige Situation rückwirkend zu beheben. Dies bedeute aber gleichzeitig, dass die Regelung derzeit schwebend unwirksam sei. Wenn der Gesetzgeber dem Auftrag des BVerfG nicht nachkomme, führe dies zu einer rückwirkenden Nichtigkeit bis 2008 bis zur Schaffung einer Neuregelung.

### 3. Verfahrensrechtliche Schlussfolgerungen

Die Norm sei derzeit für die Finanzbehörden unanwendbar und laufende Verfahren daher auszusetzen. Dies bedeute zum einen, dass laufende Einspruchsverfahren auch weiterhin nach Möglichkeit gem. § 363 AO ruhend gestellt würden, was allerdings die Zustimmung des Einspruchsgegners erfordere. Für den Fall, dass ein Steuerpflichtiger nun gestützt auf die Entscheidung Verluste geltend machen wolle, werde die Steuer vorläufig festgesetzt und § 8c Abs. 1 S. 1 KStG nicht angewendet (§ 165 AO). Werde es dann zu einer rückwirkenden gesetzlichen Änderung kommen, sei es durchaus möglich, dass der bisher gewährte Verlust rückwirkend wieder wegfalle.

Diese verfahrensrechtlichen Schritte würden allerdings nur für Sachverhalte vor 2016 eingeleitet, da man überzeugt sei, dass § 8c Abs. 1 S. 1 KStG nur bis dahin keine Anwendung finde. Dies habe das BVerfG auch explizit so entschieden. Denn mit Wirkung zum 01.01.2016 komme § 8d KStG zur Anwendung, welcher auch das Gericht zu der Aussage bewogen habe, dass zumindest nicht auszuschließen sei, dass § 8d KStG die Verfassungsmäßigkeit der Anwendung des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG bewirke. Dieser sattle auf § 8c KStG auf und könne als Auffangtatbestand Verluste retten, wenn es zu einer Fortführung des Geschäftsbetriebs komme. Im Übrigen habe die Entscheidung auch den § 8c Abs. 1 S. 2 KStG nicht in Frage gestellt.

### 4. Vorlagebeschluss des FG Hamburg

Anschließend ging Frau *Hörhammer* noch auf den Vorlagebeschluss des FG Hamburgs vom 29.08.2017 – 2 K 245/17 ein, mit dem dieses dem BVerfG die Frage nach der Verfassungskonformität des § 8c Abs. 1 S. 2 KStG vorgelegt habe. Aus Sicht des FG Hamburg würden die gleichen Gründe des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit des § 8c Abs. 1 S.1 KStG auch zur Verfassungswidrigkeit des § 8c Abs. 1 S. 2 KStG führen. Für die Finanzbehörden sei wichtig, wie man hiermit verfahrensrechtlich umgehe. In diesem Kontext gehe man hauptsächlich von beratenden Fällen aus, welche sich größtenteils im Einspruchsverfahren befänden. Damit würde es zur Gewährung der Aussetzung der Vollziehung nach § 363 AO kommen. Auch hierbei sehe man allerdings nur diejenigen Fälle betroffen, welche ohne Anwendung des Anfang 2016 eingeführten § 8d KStG entschieden würden.

### 5. Handlungsalternativen für den Gesetzgeber

Die einfachste Handlungsalternative bestünde darin, den § 8c Abs. 1 S. 1 KStG zu streichen. Alternativ gebe es aber auch die Überlegung der Integration des Rechtsgedanken des § 8d KStG. Hierfür spräche, dass das BVerfG diesen schon selbst bemüht hat, um eine Verfassungswidrigkeit nur bis 2016 festzustellen. Vielleicht könne man aus diesem das substantielle Merkmal, welches dem BVerfG gefehlt habe, herauslesen. Schließlich sei auch eine komplette Neukonzipierung der Verlustverrechnung denkbar, welche sich eventuell sogar am alten § 8 Abs. 4 KStG orientieren könne.

## II. Die Sicht der Steuerrechtswissenschaft

### 1. Verfassungskonformität des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG nach Einführung des § 8d KStG?

*Dr. Röder* ging zunächst der Frage nach, ob § 8c Abs. 1 S. 1 KStG für die Veranlagungszeiträume nach 2016 mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sei. Klar sei, dass die Vorschrift weiterhin eine Rechtfertigungsbedürftige Ungleichbehandlung bewirke. Die Einführung des § 8d KStG ändere nichts daran, dass die Beschränkung der Verlustberechnung durch § 8c KStG das objektive Nettoprinzip und das Trennungsprinzip durchbreche. Diese Ungleichbehandlung sei nach wie vor nicht mit dem Ziel zu rechtfertigen, unerwünschte Mantelkäufe zu unterbinden. Das legitime Ziel einer Mantelkaufregelung bestünde darin, zu verhindern, dass über den Erwerb von Anteilen an einer Verlustgesellschaft im wirtschaftlichen Ergebnis mit steuerlichen Verlusten Handel getrieben werden könne.

Eine solche Mantelkaufgestaltung setze stets zweierlei voraus, eine substantielle Veränderung der Anteilseignerstruktur und die Verlagerung von Gewinnpotential in die Kapitalgesellschaft. Speziell das Element des Beteiligungserwerbs verlange, dass der Erwerber zum einen eine substantielle Beteiligung am Kapital und zum anderen die Kontrolle über die Verlustgesellschaft erlange. Denn ohne Kontrolle könne der Erwerber die Verlustverrechnung nicht zielgerichtet herbeiführen und ohne substantielle Kapitalbeteiligung profitiere er hiervon nicht in nennenswertem Umfang. Nur wenn beide Elemente zusammenkämen, könne man davon sprechen, dass im wirtschaftlichen Ergebnis nicht Anteile an einer Kapitalgesellschaft, sondern primär Verluste verkauft würden. Wenn man von diesem Leitbild ausgehe, so ergebe sich, dass die Grenzen zulässiger Typisierung stets dann überschritten sein, wenn eine Mantelkaufregelung den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung genügen lasse. Hieran könne § 8d KStG nichts ändern, da es insoweit gar nicht auf die Vorschrift ankäme.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Wahrung der wirtschaftlichen Identität würde eine Rechtfertigung des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG trotz der Einführung des § 8d KStG seiner Ansicht nach ausscheiden. Das BVerfG würde allerdings in einer Passage seiner Entscheidung den Eindruck erwecken, dass der Gesetzgeber die Verlustverrechnung allein vom Fortbestand des von einer Kapitalgesellschaft getragenen Unternehmens abhängig machen könne. Dies sei aber nur dann möglich, wenn der Gesetzgeber die Körperschaftssteuer als Objektsteuer, wie etwa die Gewerbesteuer, umgestalten würde. Zwar hätten sowohl der BFH, als auch § 8 Abs. 4 KStG a. F. formal die Wahrung der wirtschaftlichen Identität zur Voraussetzung für die Verlustverrechnung erhoben. Der Sache nach sei es dabei aber stets darum gegangen zu verhindern, dass über Mantelkaufgestaltungen mit Verlusten Handel getrieben werden könne. Deshalb hätten sowohl der BFH als auch der § 8 Abs. 4 a. F. zur Bestimmung der wirtschaftlichen Identität neben dem sachlichen stets auch auf das persönliche Substrat abgestellt, also auf die Anteilseignerstruktur. Im Ergebnis sei § 8c Abs. 1 S. 1 KStG daher auch nach der Einführung des § 8d KStG verfassungswidrig. Es bestünde auch insoweit verfassungsrechtlicher Handlungsbedarf.

## **2. Verfassungskonformität des § 8c Abs. 1 S. 2 KStG vor Einführung des § 8d KStG?**

Das BVerfG habe die Frage nach der Verfassungskonformität des § 8c Abs. 1 S. 2 KStG vor Einführung des § 8d KStG zur Überraschung vieler Beobachter offen gelassen. Bei nüchterner Betrachtung der sachlichen Argumente könne man aber nur zu dem Ergebnis kommen, dass § 8c Abs. 1 S. 2 KStG vor Einführung des § 8d KStG aus den gleichen Gründen verfassungswidrig sei, wie § 8c Abs. 1 S. 1 KStG.

Eine gesetzliche Regelung zur Unterbindung von Mantelkaufgestaltungen müsse auf Tatbestandsebene auf beide für einen Mantelkauf konstitutive Elemente abstellen, also auf einen substantiellen Beteiligungserwerb auf Anteilseignerebene und auf eine substantielle Veränderung des von der Kapitalgesellschaft getragenen Unternehmens als Indiz für die Verlagerung von Gewinnpotential auf die Gesellschaftsebene. Die bloße Möglichkeit, einen beherrschenden Einfluss auf eine Verlustgesellschaft auszuüben, sei kein ausreichendes Indiz für eine Mantelkaufgestaltung und rechtfertige daher nicht die Beschränkung der Verlustverrechnung. Im Ergebnis sei daher auch § 8c Abs. 1 S. 2 KStG vor der Einführung des § 8d KStG verfassungswidrig.

## **3. Verfassungskonformität des § 8c Abs. 1 S. 2 KStG nach Einführung des § 8d KStG?**

Um diese Frage nach der Verfassungskonformität des § 8c Abs. 1 S. 2 KStG nach Einführung des § 8d KStG beurteilen zu können, sei es wichtig, sich zunächst einen Überblick über das Regelungskonzept dieser neuen Vorschrift zu verschaffen. § 8d KStG ermögliche es einer Kapitalgesellschaft, nicht verrechnete Verluste trotz eines schädlichen Beteiligungserwerbs i. S. von § 8c Abs. 1 KStG zu nutzen, sofern sie ihren Geschäftsbetrieb fortführe. Mit dem zentralen Tatbestandsmerkmal der Fortführung des Geschäftsbetriebes verfolge § 8d KStG einen grundlegend anderen Ansatz als der alte § 8 Abs. 4. KStG. Dieser habe auf die Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens abgestellt. Für den neuen § 8d KStG spiele hingegen der Umfang des Betriebsvermögens keine Rolle. Maßgeblich für die Fortführung des Geschäftsbetriebes sei allein die unternehmerische Tätigkeit der Kapitalgesellschaft. Der Begriff des Geschäftsbetriebes werde im Gesetz definiert als sämtliche von einer Gewinnerzielungsabsicht getragenen nachhaltigen, sich gegenseitig ergänzenden und fördernden Betätigungen. Relevante Kriterien seien insbesondere die von einem Unternehmen angebotenen Produkte und Dienstleistungen, der Kunden- und Lieferantenzirkel, die bedienten Märkte und die Qualifikation der Arbeitnehmer. Zudem betone der Gesetzestext, dass es sich hierbei um qualitative Kriterien handle, dass also Fragen der Quantität keine Rolle spielen.

In zeitlicher Hinsicht greife das Erfordernis der Fortführung des Geschäftsbetriebes bereits ab dem 3. Veranlagungszeitraum vor dem schädlichen Beteiligungserwerb. Durch diese Rückbeziehung solle verhindert werden, dass noch der Veräußerer im Hinblick auf die geplante Transaktion einen Branchenwechsel hin zur Branche des Erwerbers vollziehe. Wie lange der Geschäftsbetrieb fortgeführt werden müsse, hänge davon ab, wie erfolgreich das Unternehmen nach dem Anteilseignerwechsel agiere. Ein Unternehmen wachse in dem Maße aus der Bindung des § 8d KStG

hinaus, wie es Gewinne generiere, die mit dem erhalten gebliebenen Verlustvortrag verrechnet werden könnten. Sobald alle Verluste verrechnet seien, entfalle natürlich auch das Erfordernis der Geschäftsbetriebsfortführung.

Eine weitere zentrale Voraussetzung für die Inanspruchnahme des § 8d KStG bestehe darin, dass die Kapitalgesellschaft nur einen Geschäftsbetrieb unterhalte. Auch hierbei gehe es darum, einen Handel mit Verlustmänteln auszuschließen. Denn da quantitative Elemente keine Rolle mehr spielten, könne ein Geschäftsbetrieb grundsätzlich auch beliebig heruntergefahren werden, solange er nicht gänzlich eingestellt werde. Wenn es möglich wäre, Gewinne mit Verlusten aus einem zweiten, neu hinzugefügten Geschäftsbetrieb zu verrechnen, gäbe es wiederum Spielraum für Mantelkaufgestaltungen. Ihm sei bewusst, dass gerade das Erfordernis des nur einen Geschäftsbetriebes in der Literatur für Bedenken gesorgt habe. Die Definition sei aber an sich sehr weit gefasst und biete eine relativ große Flexibilität, wenn man den Telos der Mantelkaufgestaltungs-Bekämpfung im Hinterkopf behalte.

Aus dem Gesagten ergebe sich, dass § 8c Abs. 1 S. 2 KStG seit der Einführung des § 8d KStG mit Art. 3 Abs. 1 GG in Einklang stehe. Gemeinsam bildeten § 8c Abs. 1 S. 2 KStG und § 8d KStG nunmehr eine in zulässiger Weise typisierende Regelung zur Unterbindung von Mantelkaufgestaltungen. Denn im Zusammenspiel käme es immer dann zwingend zu einer Versagung der Verlustnutzung, wenn, wie es für einen Mantelkauf typisch sei, zu einer Veränderung der Anteilseignerstruktur auch eine Veränderung des von der Gesellschaft getragenen Unternehmens hinzutrete.

Es sei zwar nicht jeder Kapitalgesellschaft möglich, von § 8d KStG zu profitieren. Ausgeschlossen seien insbesondere Gesellschaften, die als Organträger fungierten. Allerdings dienten alle Einschränkungen des Anwendungsbereiches des § 8d KStG dazu, Mantelkaufgestaltungen zu verhindern oder zu erschweren. Es könne insofern also nicht davon gesprochen werden, dass § 8d KStG einen atypischen Fall zum Leitbild erhebe. Vielmehr seien auch die Grenzen zulässiger Typisierung gewahrt. In diesem Zusammenhang sei daran zu erinnern, dass das BVerfG unternehmensteuerliche Vorschriften wie den § 8c KStG keiner strikten Verhältnismäßigkeitsprüfung unterziehe. Zur Rechtfertigung vor Art. 3 Abs. 1 GG genüge vielmehr ein sachlicher Grund. Damit sei festzuhalten, dass § 8c Abs. 1 S. 2 KStG seit der Einführung des § 8d KStG verfassungskonform sei.

#### **4. Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber**

Bezüglich des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG sei die Empfehlung nach dem Gesagten eindeutig. Die Vorschrift solle ersatzlos gestrichen werden, und zwar sowohl für die Zukunft als auch für die Vergangenheit. Eine verfassungskonforme Ausgestaltung scheidet aus, da eine in zulässigerweise typisierende Mantelkaufregelung frühestens ab dem Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung eingreifen dürfe. Aber auch unabhängig von verfassungsrechtlichen Überlegungen solle sich der Gesetzgeber zu einer Streichung des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG durchringen. Eine Beschränkung der Ver-

lustverrechnung beim Erwerb einer Minderheitsbeteiligung sei zu einer Unterbindung von Mantelkaufgestaltungen schlicht nicht erforderlich. Dies bestätige auch der Rechtsvergleich. Deutschland sei mit einer Mantelkauf-Regelung, die bereits den Erwerb einer Minderheitsbeteiligung sanktioniere, international die absolute Ausnahme.

Die Vorschrift sei zudem wirtschaftspolitisch schädlich, insbesondere, da sie die Finanzierung junger innovativer Unternehmen mit Wagniskapital behindere. Denn Wagniskapitalgeber erwerben i.d.R. keine Mehrheitsbeteiligung, sondern eine substantielle Minderheitsbeteiligung. § 8d KStG lindere dieses Problem zwar. Noch besser sei es aber, wenn sich junge innovative Unternehmen keine Sorgen um den Erhalt ihrer Verlustvorträge machen müssten.

Der Gesetzgeber solle sogar noch weiter gehen und auch 8c Abs. 1 S. 2 KStG mit Wirkung für die Vergangenheit ersatzlos streichen. In der Literatur sei stattdessen erwogen worden, § 8d KStG rückwirkend ab 2008 anzuwenden. Er halte dies aber für keine gute Lösung. Denn so würde man vom Steuerpflichtigen die Befolgung einer Vorschrift verlangen, deren Tatbestand er noch gar nicht habe kennen können. Eine rückwirkende Neuregelung sei darüber hinaus auch nicht erforderlich, denn § 8c Abs. 1 S. 2 KStG habe für die Vergangenheit seine verhaltenssteuernde Wirkung sowohl im positiven als auch im negativen Sinne bereits entfaltet. Die legitimen Beteiligungserwerbe, die wegen der Vorschrift unterblieben seien, könne man nicht rückwirkend nachholen. Umgekehrt habe die Vorschrift aber auch bereits für die Vergangenheit verhindert, dass Verlustvorträge durch Mantelkaufgestaltungen mobilisiert würden.

Übrig bleibe damit die Frage, wie die Mantelkauf-Problematik zukünftig gesetzlich geregelt werden sollte. Hierzu laute seine Empfehlung, zumindest vorläufig am grundsätzlichen Zusammenspiel eines auf den Erwerb von Mehrheitsbeteiligungen beschränkten § 8c KStG und des § 8d KStG festzuhalten. Ein überlegenes alternatives Regelungskonzept sei nicht ersichtlich. Eine völlige Freigabe von Mantelkaufgestaltungen sei wiederum politisch unrealistisch. Da der BFH 1986 sehr deutlich gemacht habe, dass er nicht mehr gewillt sei, Mantelkaufgestaltungen mittels § 42 AO oder ungeschriebener Rechtsgrundsätze zu bekämpfen, verbleibe als einzige Alternative zum Regelungskonzept des § 8d KStG, also zu einem tätigkeitsbezogenen Konzept, eine Rückkehr zur vermögensorientierten Betrachtung des § 8 Abs. 4 KStG a. F. Dies wäre jedoch wirtschaftspolitisch kontraproduktiv. § 8 Abs. 4 KStG a. F. habe Unternehmen dafür sanktioniert, dass sie Investitionen anzögen, durch die sich ihr Betriebsvermögen vermehrt habe. Volkswirtschaftlich betrachtet sei dies wenig sinnvoll gewesen (Stichwort „Übersanierung“).

Abschließend richtete *Dr. Röder* noch einige Worte an diejenigen, die forderten, der Gesetzgeber solle die Mantelkaufproblematik nunmehr in einem großen Wurf von Grund auf neu regeln. Die perfekte Mantelkaufregelung, die allen Anforderungen vollumfänglich gerecht werde, werde wohl eine Illusion bleiben. Denn eine Mantelkaufregelung müsse stets unterschiedlichen, teils widersprechenden Anforderungen gerecht werden. Möglich sei insofern stets nur ein Kompromiss. Auch international gebe es keine Regelung, die sich uneingeschränkt zur Nachahmung empfehlen würde. Damit sei nicht gesagt, dass die §§ 8c und 8d KStG nicht weiterentwickelt und verbessert werden sollten. Das grundsätzliche Regelungskonzept des § 8d KStG mit einer Beschränkung



der Verlustverrechnung auf die Veränderung der unternehmerischen Tätigkeit, und nicht auf das Betriebsvermögen, sollte seiner Ansicht nach erhalten bleiben.

## **B. Podiumsdiskussion**

Im Anschluss an die einführenden Referate von Frau *Hörhammer* und *Dr. Röder* eröffnete Herr *Wendt* die Podiumsdiskussion und erteilte zunächst den weiteren Podiumsgästen die Möglichkeit zu einer ersten Stellungnahme.

### **I. Die Sicht der Beratungspraxis**

*Prof. Prinz* verlieh seiner Hoffnung auf eine Art „Grundsanierung“ der §§ 8c, 8d KStG Ausdruck, und nicht nur einer minimalinvasiven Reparatur, wie sie z.B. im derzeitigen Erbschaftsteuergesetz geschehen sei.

#### **1. Historische Betrachtung und Dilemma des Gesetzgebers**

Der Gesetzgeber stehe derzeit vor einem mehrfachen Dilemma. Das inhaltliche Dilemma sei die 30jährige Leidensgeschichte der Verlustnutzungs-Vorschriften und die in diesem Zusammenhang erfolgte „Experimental-Gesetzgebung“. 1986 habe der 1. Senat des BFH sozusagen den Startschuss zu der Gesetzgebungsgeschichte gegeben, indem er urteilte, dass es beim Mantelkauf nur auf die rechtliche Identität ankomme. Dies stellte eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung dar, welche bei Mantelkäufen stets nach einer wirtschaftlichen Identität geforscht habe. Danach kam 1990 mit der Einführung des § 8 Abs. 4 KStG der erste Schlag des Gesetzgebers, der den Verlustabzug wiederum vom Verlust der wirtschaftlichen Identität abhängig machte. Mit der Einführung des § 8c KStG 2008 und dem damit verbundenen Systemwechsel hin zum Erfordernis des Gesellschafterwechsels kam es zu immer häufigeren Änderungen des Gesetzes. Nach der Finanzkrise 2009 habe der Gesetzgeber festgestellt, dass der Gesellschafterwechsel allein als Kriterium nicht genüge, und führte die sog. Sanierungsklausel ein, um schwächelnden Unternehmen zu helfen. Diese sei nunmehr gerade auch europarechtlich bedenklich. Danach habe man noch die Stille-Rerserve-Klausel und die Konzernklausel eingeführt.

In zeitlicher Hinsicht stehe der Gesetzgeber aber vor dem Problem, dass er aufgrund der Entscheidung des BVerfG nun handeln müsse, da sonst zumindest § 8c Abs. 1 S. 1 KStG nichtig würden. Gleichzeitig wisse er aber nicht – nicht zuletzt aufgrund des noch anhängigen Verfahrens zu § 8 Abs. 1 S. 2 KStG und der ungewissen Rechtslage für die Geltungszeiträume nach 2016 – was genau verfassungswidrig sei.

#### **2. Chance zum Neuanfang nutzen**

Laut *Prof. Prinz* mache die historische Betrachtung deutlich, dass man hier auf einen wirklichen Neuanfang setzen sollte und nicht erneut auf eine Weiterentwicklung.

Er warne davor, den § 8d KStG als Instrument nutzen zu wollen, um zur Verfassungsmäßigkeit zu gelangen. Neben den praktischen Problemen sei dieser nämlich verfassungsrechtlich nicht abgesegnet, sondern es bedürfe einer gesonderten Betrachtung, ob er verfassungsrechtlichen Ansprüchen genüge. Auch das EU-Recht sei hierbei zu berücksichtigen, da der § 8d KStG möglicherweise eine Beihilfe gestatte.

Seiner Meinung nach stehen § 8c und § 8d KStG ohnehin systematisch auf dem Kopf. Die Verlustvernichtung sei quasi der Normalfall und die Verlustnutzung der an bestimmte Bedingungen geknüpfte Sonderfall. Eigentlich müsse eine systematische Regelung genau umgekehrt aussehen, der Verlustabzug müsse der Normalfall und die Verlustnutzung der Ausnahmefall sein. Das sei der Leistungsfähigkeit geschuldet. Wenn man den § 8d KStG sozusagen über den § 8c KStG stülpe, bleibe das System auf dem Kopf stehen.

Im Rahmen eines Neuanfangs könne man auch die vielen anderen Probleme, welche der § 8c KStG jenseits der Frage der Verfassungskonformität beinhalte, gleich mit bereinigen. So könne es z.B. bei Mitunternehmer-Kapitalgesellschaften über § 10a S. 10 GewSt laut Finanzverwaltung zu einer Anwendung des § 8c KStG auch im Personengesellschafts-Besteuerungsbereich kommen. Hierdurch würden u.U. § 15a EStG-Verluste zerstört, obwohl ein eigenes Verlustnutzungsregime bestehe. § 8d KStG schließe Mitunternehmerstellungen aber gerade aus und käme damit nicht zur Anwendung. Dieses „Hineinragen“ in die Personengesellschaften mache deutlich, dass es dringend einer gesetzlichen Konkurrenzregelung bedürfe.

Im Rahmen von Zinsvorträgen in der Zinsschranke merke man mittlerweile, dass der § 8a KStG den § 8c KStG mit seinen Problemen und den § 8d KStG mit seinen Hilfen bei der Stillen-Reserve-Klausel des § 8a KStG implementiere. Diese Gleichbehandlung von Zinsvorträgen und Verlusten mache ökonomisch betrachtet keinen Sinn, so dass man sich auch dort fragen müsse, ob es richtig sein könne, Zinsvorträge dem „8c-Regime“ zu unterwerfen.

Ein dritter Anknüpfungspunkt für eine Überarbeitung sei der Verweis von § 8c Abs. 2 KStG auf § 3a Abs. 3 EStG. § 3 Abs. 3 EStG sei aufgrund seines Umfangs gerade für die Anwendung in der Praxis eine schwierige Norm. Die Verbindung von Verlustabzug und Sanierungssteuerrecht solle man daher ebenfalls noch einmal überdenken.

Bei der Organschaft warte die Praxis seit Jahre auf einen aktuellen Erlass der Finanzverwaltung zu §§ 8c, 8d KStG. Derzeit ließen sich stille Reserven bei Organgesellschaften beim Organträger nicht nutzen.

Schließlich gebe es auch Probleme bei Fällen mit Auslandsbezug im Hinblick auf die mittelbare Kette bei § 8c KStG. Etwa den Fall, dass sich oben in der Kette im Ausland ein Gesellschafterwechsel vollziehe und auf der 10. Stufe sich eine Verlustkapitalgesellschaft befinde. Hier frage er sich, ob man in einer derartigen Situation den § 8c KStG anwenden solle und wie dies dann im internationalen Bereich durchgeführt werde.

### 3. Schaffung einer typisierenden Missbrauchsregelung

Er schlage vor, eine moderne Mantelkaufregelung in Form einer typisierenden Missbrauchsvorschrift zu schaffen, nicht in § 42 AO verankert, sondern mit den Regelungselementen, die *Dr. Röder* auch schon ein wenig beschrieben habe. Denn der Mantelkauf sei dadurch gekennzeichnet, dass ein Verlustvortrag in einer Kapitalgesellschaft mehr oder weniger das einzige Asset sei, das diese Kapitalgesellschaft noch habe. Dafür werde ein Kaufpreis bezahlt und die Gesellschaft werde sozusagen zum Handelsobjekt. Diese Grundkonstellation solle der neuen Mantelkaufregelung zugrunde gelegt werden, welche zwei Regelungselemente aufweisen müsse. Dies sei zum einen der Gesellschafterwechsel mit qualifizierter Einflussnahme, also eine Übernahme von mindestens 50% der Anteile. Zum anderen müsse neben dieses personelle ein sachliches Substrat als zweites Regelungselement treten. Ein solches könnte tatsächlich in der Änderung des Geschäftsbetriebs liegen. Insoweit sei Raum für den Rechtsgedanken des § 8d KStG. Diesmal aber nicht als Annex zu § 8c KStG, sondern als eigenes Regelungselement einer typisierten Missbrauchsvorschrift.

Die neue Missbrauchsregelung könne mit einer nachweisgebundenen Gegenbeweismöglichkeit kombiniert werden. Hierdurch schaffe man einen Exit für diejenigen, welche belegen könnten, dass sie keinen missbräuchlichen Verlusthandel beabsichtigt hätten. Ähnliche Regelungen gebe es bereits in § 8b Abs. 3 S. 4 KStG bei Gesellschafterdarlehen.

## II. Die Folgen der Entscheidung aus Praktiker-Sicht

Nach *Prof. Dorenkamp* seien die körperschaftssteuerlichen und auch gewerbsteuerlichen Verlustvorträge insgesamt seit der letzten Körperschaftssteuer-Statistik 2012 ungefähr auf gleichem Niveau zwischen 560 bis aktuell 600 Milliarden Euro geblieben. Viel wesentlicher sei aber, dass sich auch der tatsächliche Verlustabzug in den letzten 5 Jahren betragsmäßig kaum verändert habe. Diese liege immer noch bei nur 3% und belaufe sich damit insgesamt auf 20 bis 25 Milliarden Euro. Der Verlustberg von 600 Milliarden Euro habe damit keine praktische fiskalische Relevanz, sondern nur die 3% dieses riesigen Bestandes, was ungefähr 10 bis 15% der körperschaftsteuerlichen Bemessungsgrundlage entspreche.

Vor diesem Hintergrund solle der Gesetzgeber aber nicht den § 8c Abs. 1 S. 1 KStG durch eine Rückwirkung des § 8d KStG nachbessern, da es verfassungsrechtlich sehr schwierig sei, eine Norm rückwirkend anzuwenden, die es damals noch nicht gegeben habe. Der Gesetzgeber solle auch nicht der Versuchung erliegen und im Hinblick auf § 8c Abs. 1 S. 2 KStG untätig bleiben. Das Abwarten auf eine Entscheidung des BVerfG zum Vorlagebeschluss des FG Hamburg habe ein großes Haushalts-Risiko zur Folge, wenn das BVerfG die Vorschrift für verfassungswidrig erkläre, da der Gesetzgeber auch diese Regelung nur schwer rückwirkend nachbessern könne. Aus Seiner Sicht führe auch die Regelung des § 8d KStG – entgegen der in seinem Referat geäußerten Ansicht von *Dr. Röder* – nicht zur Verfassungskonformität des § 8c Abs. 1 S. 2 KStG. Der Anwendungsbereich des § 8d KStG sei hierfür zu eng, da nicht nur Großkonzerne mehr als einen Geschäftsbetrieb aufwiesen, sondern z.B. auch jeder Mittelständler in Baden-Württemberg. Eine Norm, die vermutlich an 90 bis 95% der deutschen Wirtschaft vorbeiginge, könne

aber nicht dazu führen, dass eine ansonsten verfassungswidrige Norm wie der § 8c Abs. 1 Nr. 2 KStG wieder verfassungskonform werde.

Aus seiner Sicht sei § 8d KStG in anderer Hinsicht auch zu weit gefasst, da er es gerade größeren Unternehmen ermögliche, durch Übernahme kleinerer Pleite-Gesellschaften § 8d KStG zu nutzen. Dies stelle für ihn einen Mantelkauf neuer Form dar.

Aus seiner Sicht sollte der Gesetzgeber zunächst das Positive aus § 8c KStG beibehalten. So sei etwa die Stille-Reserve-Klausel (§ 8 Abs. 1 S. 6 KStG) sehr vernünftig. Auch die Einbeziehung des mittelbaren Anteilswechsels mache Sinn. Auch die Regelung zu Erwerbergruppen (§ 8 Abs. 1 S. 3 KStG) sei nicht abwegig.

Darüber hinaus solle der Gesetzgeber ins Ausland, etwa nach Österreich oder England, schauen. In England gebe es Regelungen, welche unter anderem an die wesentliche Veränderung der Geschäftstätigkeit der Verlustgesellschaft anknüpfen. Diese böten aus seiner Sicht sehr gute Maßstäbe, um Mantelkäufe auszuschließen.

Zuletzt würde er auch in die Historie des deutschen Steuerrechts blicken. Eine Regelung, welche ihm als Vorbild für eine neue Mantelkauf-Vorschrift gut gefallen würde, sei § 12 Abs. 3 S. 2 UmwG a.F. Nach diesem waren Verlustvorträge auf die übernehmende Körperschaft übergegangen, wenn der verlustverursachende Betrieb in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang für fünf Jahre fortgeführt worden sei. Würde man diese Regelung mit einem Ausschluss der Mindestbesteuerung für neu erworbene Verluste kombinieren, führte dies mit relativ wenigen fiskalischen Einbußen zu einer systemgerechten Verlustverrechnung in Deutschland.

### **III. Die Sicht des Bundesfinanzhofs**

Nach *Dr. Brandis* habe sich die Rechtsprechung des 1. Senats des BFH zur alten Fassung des § 8 Abs. 4 KStG am Wortlaut der damaligen Norm orientiert und mittelbare Anteilsübertragungen vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeschlossen. Für den Senat sei es auf ein persönliches Substrat – die Anteilsübertragung – und ein sachliches Substrat – die Zuführung von Betriebsvermögen – angekommen. Schließlich habe zwischen diesen Komponenten ein zeitlicher Zusammenhang bestehen müssen, welcher auf ca. ein Jahr fixiert worden sei. Nach dieser Rechtsprechung sei der Tatbestand ein wenig eingedampft gewesen, was den Gesetzgeber so dann offensichtlich dazu bewogen habe, § 8c KStG einzuführen.

Allerdings sei der Rechtsgedanke dieser Vorschriften, nämlich die Identifizierung und restriktive Handhabung von Mantelkäufen, verloren gegangen. Der Gesetzgeber habe im Ergebnis nur die personale Komponente der Anteilsübertragung bewahrt, allerdings unter einigen Abweichungen. So habe § 8 Abs. 4 KStG a.F. sich noch um die übernommene Kapitalgesellschaft und deren Anteilsübertragung von 75% und später 50% gekümmert. § 8c KStG regle zwar auch eine prozentuale Anteilübertragung, beziehe sich dabei allerdings zentriert auf den Erwerber und nicht auf die übertragene Gesellschaft. Der Gesetzgeber habe wohl im Ergebnis eine typische Missbrauchs-Situation regeln wollen. Für den Fall, dass der Mantelkäufer mehr als 50% der Anteile erwerbe, habe der Verlustvortrag völlig entfallen sollen. Allerdings setze die Typisierung des

Missbrauchs mittlerweile nicht mehr nur bei über 50% an, sondern auch bei Anteilswerbungen über 25%. Eine solche Missbrauchstypisierung sei aber ohne die Möglichkeit eines Gegenbeweises – „Good-Business-Reasons“ – unzulässig. Damit rücke letztlich wieder die Frage nach dem sachlichen Substrat in den Blickpunkt.

*Dr. Brandis* wies auf § 8 Abs. 4 Nr. 2c des österreichischen Körperschaftssteuergesetzes hin. Dieser stelle auf eine wesentliche Änderung der organisatorischen und wirtschaftlichen Struktur im Zusammenhang mit einer wesentlichen Änderung der Gesellschafterstruktur auf entgeltlicher Grundlage ab und enthalte damit personelle und sachliche Komponenten. Damit werde es möglich, einen näheren Blick auf den einzelnen Sachverhalt zu werfen. Im Übrigen sehe die Vorschrift auch eine Sanierungsklausel und eine Regelung zu stillen Reserven vor und sei daher hilfreich für die Überlegungen zur Zukunft des § 8c KStG.

*Frau Hörhammer* hielt fest, dass es aufgrund der Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe eine anspruchsvolle Aufgabe sei, ein Anwendungsschreiben zu § 8d KStG zu erlassen.

Anknüpfend an das Referat von *Dr. Röder* fragte *Frau Hörhammer*, warum das BVerfG nicht direkt die Nichtigkeitserklärung gewählt habe, wenn die Ansicht stimme, dass § 8c Abs. 1 S. 1 KStG trotz § 8d KStG verfassungswidrig sei. Sie sehe in der Entscheidung daher eine Brücke, die das BVerfG dem Gesetzgeber aufzeige. Insoweit müsse der Gesetzgeber nun ausloten, ob er den § 8c Abs. 1 S. 1 KStG streiche, oder die Brücke, welche in § 8d KStG liegen könne, nutze. Sie sehe derzeit jedenfalls keinen Anlass, in der Entscheidung einen direkten Todesstoß für den § 8c Abs. 1 S. 1 KStG zu sehen, da sich das BVerfG aus ihrer Sicht auch intensiv mit § 8d KStG auseinandergesetzt habe. Ähnliches gelte für die Regelung des § 8c Abs. 1 S. 2 KStG nach der Vorlage durch das FG Hamburg. Dem Gesetzgeber zu empfehlen, diesen in vorauseilendem Gehorsam zu streichen, sei zu weit gedacht.

Die Entscheidung des BVerfG sei eine halbe Woche vor Erlass eines geplanten Anwendungsschreibens zu § 8c KStG erschienen. Sie sei aber optimistisch, dass dieses nach einer Anpassung bald veröffentlicht werden könne, um restliche Zweifelsfragen zu klären. Letztlich sehe sie in der Auseinandersetzung des BVerfG mit der Minderheitsbeteiligung und Mehrheitsbeteiligung eine Chance festzustellen, dass jedenfalls § 8c Abs. 1 S. 2 KStG mit seinem Erwerbserfordernis von über 50% der Anteile dem Grunde nach nicht so verfassungswidrig sei, wie es das FG Hamburg in seiner Vorlageentscheidung sehe. Ihrer Meinung nach könne man Anhaltspunkte in der Entscheidung des BVerfG dafür sehen, dass der Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung ein Grund sein könne, zumindest einen Missbrauchsrechtfertigungsgrund anzunehmen.

Nach *Prof. Prinz* sei das Konzept des § 8d KStG zwar gut gemeint, aber handwerklich in vielerlei Hinsicht mit Schwächen behaftet. Hierzu nannte er nur einige zum Teil bereits angesprochene Schlagwörter wie Organträgerstellung, Mitunternehmerstellung und die Buchwerteinbringung. Bereits in der Vergangenheit sei der Anwendungsbereich des § 8d KStG widersprüchlich diskutiert worden. Einige würden diesen gar für unanwendbar halten, da die Antragsstellung unwiderprüflich sei. Damit bestünde stets die Gefahr einer „Verschlimmbesserung“ zur totalen Verlustvernichtung des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG. Ein Optieren für § 8d KStG habe eine immerwährende

Verlustbeobachtung zur Folge, bis der fortführungsgebundene Verlustvortrag aufgebraucht sei. Neben dem EU-Beihilferecht sehe er das Verfassungsrecht als weitere offene Flanke der Vorschrift.

Bezogen auf die Ausführungen von *Prof. Dr. Dorenkamp* fügte er an, dass er glaube, dass § 12 Abs. 3 UmwStG a.F. abgeschafft worden sei, weil zum einen dessen Einhaltung im Hinblick auf die „Fortführung“ der Verluste beim neuen Rechtsträger praktisch nur schwer verfolgbar gewesen sei. Zum anderen habe man befürchtet, dass durch grenzüberschreitende Verschmelzungen Auslandsverluste über die Diskriminierungsverbote in Europa ins Inland kämen. Damit sei der bereits angesprochene Hype um die Furcht vor Verlustnutzung – Stichwort 600 Milliarden Euro – ein wesentlicher Punkt gewesen.

*Prof. Prinz* erwähnte Art. 41 der Regelungen zur Gemeinsamen Körperschaftsteuer-Bemessungsgrundlage (GKB) als schlichte und anwendbare Mantelkaufregelung. Diese Norm beinhalte die beiden Elemente, über die bisher gesprochen worden sei. Demnach müsse das Unternehmen zum einen eine Beteiligung erworben haben, welche eine Mehrheitsbeteiligung repräsentiere. Hinzu komme noch ein sachliches Substrat in der Form, dass die Tätigkeit des erworbenen Steuerpflichtigen sich wesentlich geändert haben müsse. Dies setze wiederum voraus, dass der Steuerpflichtige eine bestimmte Tätigkeit einstelle, welche über 60% seines Umsatzes im vorangegangenen Steuerjahr ausmache, oder eine neue Tätigkeit aufnehme, die über 60 % seines Umsatzes im Steuerjahr ihrer Einführung oder im darauffolgenden Steuerjahr ausmache. Man müsse also nicht nur nach Österreich schauen, sondern könne auch auf den europäischen GKB-Vorschlag blicken, um hier neue Ideen zu gewinnen.

### C. Beiträge aus dem Auditorium

*Prof. Sieker*<sup>10</sup> unterbreitete ihrerseits einen Vorschlag zur Neukonzeption. Ihrer Ansicht nach sei der alte § 8 Abs. 4 KStG zumindest von seiner Struktur her gut gewesen. Allerdings finde sie das damalige Merkmal der Zuführung neuen Betriebsvermögens bis heute misslungen, da diese Regelung an die gesellschaftsrechtliche Konstellation anknüpfen sollte, welche der BFH als wirtschaftliche Neugründung bezeichnet habe. Sie würde den alten § 8 Abs. 4 KStG als Grundgerüst nehmen und zusätzlich ein Kriterium der wirtschaftlichen Identität aufnehmen. Letzteres sei dann als nicht erfüllt anzusehen, wenn mehr als 50% der Anteile übertragen würden und sich der Geschäftsbetrieb oder der Unternehmensgegenstand verändert hätten.

*Prof. Lüdicke*<sup>11</sup> wies noch einmal auf einen seiner Ansicht nach entscheidenden Unterschied zwischen dem alten § 8 Abs. 4 und dem 8c-Konzept hin: Beim § 8 Abs. 4 KStG a.F. sei auf den Gesellschafterwechsel abgestellt worden. Beim § 8c KStG hingegen komme es nur auf den Erwerber an. Würden beispielsweise 60% an der Deutschen Telekom AG verkauft und hielten da-

---

<sup>10</sup> *Prof. Dr. Susanne Sieker* ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Steuerrecht und Wirtschaftsrecht der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.

<sup>11</sup> *Prof. Dr. Jürgen Lüdicke* ist Rechtsanwalt, Steuerberater und Partner bei Pricewaterhouse-Coopers in Hamburg und zugleich Inhaber des Lehrstuhls für Internationales Steuerrecht an der Universität Hamburg (International Tax Institut – IIFS).

nach 60 Millionen Deutsche jeweils eine Aktie, wäre § 8c KStG bereits nach dem Grundtatbestand nicht anwendbar, da keine Erwerbergruppe vorliege. § 8 Abs. 4 KStG a.F. wäre in dieser Konstellation hingegen ausgelöst worden. Für diesen Fall sei der § 8 Abs. 4 KStG also verfehlt gewesen, da er keinen Missbrauchsgedanken verfolge. Der mit dem Beispiel veranschaulichte Erwerb durch ein breites Publikum habe nämlich mit einem Missbrauch nichts zu tun. Seiner Ansicht nach seien der Erwerbergedanke des § 8c KStG und der Missbrauchsgedanke des § 8 Abs. 4 KStG daher zu kombinieren.

Herr *Müller-Gatermann*<sup>12</sup> erinnerte daran, dass der Missbrauchsgedanke im § 8 Abs. 4 KStG schon sehr deutlich geworden sei, da man sich bei dessen Schaffung an das durch den BFH geschaffene Kriterium der wirtschaftlichen Identität angelehnt habe. Diese habe man durch die Merkmale des Beteiligungserwerbs und die Zuführung von Betriebsvermögens ausführen wollen, also die Substanz, die der § 8d KStG heute als Geschäftsbetrieb zu umschreiben versuche. Diesem Geschäftsbetriebsgedanken habe man sich damals aber ausdrücklich verschlossen. Seiner Ansicht nach solle der alte Mantelkaufgedanke hochgehalten werden und in einer Missbrauchsvorschrift beschrieben werden. Hierbei müsse noch untersucht werden, wie mit dem Kriterium der Substanz umzugehen sei und wie es beschrieben werde. Hierbei werde man nicht ohne unbestimmte Rechtsbegriffe auskommen, wie auch das österreichische Beispiel zeige. Das derzeitige Zusammenrücken der zwei Vorschriften § 8c und d KStG in ein Verhältnis würde die Dinge nur erschweren. In Zeiten, in denen die Steuereinnahmen fließen, solle man sich von den Verlustverrechnungsbeschränkungen, welche ja zum großen Teil auch aus haushalterischen Gründen eingeführt worden seien, lösen, und zu dem alten Mantelkauf unter Berücksichtigung der zwei genannten Elemente zurückkommen.

*Dr. Tiedchen*<sup>13</sup> erläuterte einen Gedanken, der bei der Frage, wie eine vernünftige Verlustverrechnungsvorschrift aussehen sollte, bisher zu kurz gekommen sei, nämlich die Einstellung des Geschäftsbetriebs, welche im ganz alten § 8 Abs. 4 KStG enthalten gewesen sei. Diese zeichne die typische Missbrauchskonstellation eines Mantelkaufs aus. Die Probleme hätten ihrer Ansicht nach 1998 begonnen, als in das Gesetz neben der Alternative der Einstellung des Geschäftsbetriebs auch dessen Fortführung aufgenommen worden sei. Ab diesem Zeitpunkt habe man Fälle erfasst, die keine Mantelkäufe gewesen seien, sondern etwa Sanierungsfälle. Eine Beschränkung darauf, dass nur Mäntel umfasst werden, die eingestellt und damit wirklich tot seien, würde nur die wirklichen Missbrauchsfälle erfassen und so zugleich viele Schwierigkeiten vermeiden.

Frau *Hörhammer* hielt noch einmal fest, dass bei der Auswertung der Entscheidung des BVerfG und dem Ausloten verschiedener Handlungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber § 8d KStG ihrer Ansicht nach eine entscheidende Rolle spiele. Eine schlichte Streichung des § 8c Abs. 1 S. 1 KStG sei ihr nach wie vor zu kurz ge-griffen.

Im Hinblick auf die Betriebsfortführung ging Frau *Hörhammer* auch auf die Rechtslage in Frankreich ein. Dort gebe es u.a. eine Fiktion der Liquidation der Gesellschaft, wenn diese eine be-

---

<sup>12</sup> MD a.D. *Gert Müller-Gatermann* ist Of-Counsel bei der WTS Steuerberatungsgesellschaft, Köln.

<sup>13</sup> *Dr. Susanne Tiedchen* ist Vorsitzende Richterin am Finanzgericht Berlin-Brandenburg.

stimmte Zeit nicht mehr tätig sei. Dies könne auch eine Erwägung sein, welche in eine Neuregelung einfließen könne. Diese und andere Erwägungen im Ausland werde man sich noch genauer anschauen.

*Dr. Röder* stimmte zunächst der Anmerkung von *Dr. Tiedchen* zu und vertrat in Hinblick auf die Einstellung des Geschäftsbetriebs die Ansicht, die Verlustvorträge könnten reduziert werden, wenn der steuerliche Tod einer Gesellschaft fingiert werde, sobald sie ihren Geschäftsbetrieb einstelle. Eventuell noch vorliegende stille Reserven würden dann aufgedeckt und Verluste könnten nur noch insoweit verrechnet werden. Dies wäre ein wichtiger Beitrag, um eindeutige Mantelgestaltungen zu verhindern. Es gebe viele Möglichkeiten, den Mantelkauf zu regeln, nicht aber die eine perfekte Regelung. Zunächst sei zu überlegen, ob hierbei wirtschaftspolitische Überlegungen, die Frage der Administrierbarkeit oder eben fiskalische Aspekte in den Vordergrund zu stellen seien. Erst dann könne versucht werden, einen möglichst optimalen Interessenausgleich zu schaffen.

Die von *Prof. Dorenkamp* angeführten Kriterien zum Begriff des Geschäftsbetriebs in der Mantelkaufregelung aus Großbritannien seien auch eine Inspiration für den in § 8d KStG geregelten Geschäftsbetrieb gewesen. Daher bestünde insoweit kein allzu großer Unterschied. Es komme seiner Meinung nach damit letztlich darauf an, wie man den Begriff Geschäftsbetrieb interpretiere. Er selbst fasse diesen sehr weit und lasse es ausreichen, wenn „irgendein gemeinsamer Förderungszusammenhang“ bestehe. Die Regelung müsse für die Wirtschaft insgesamt von Vorteil sein. Auch für ihn gehörten Organschafts-Sacherhalte in den § 8d KStG. Allerdings warnte er auch in dieser Angelegenheit vor einem gesetzgeberischen Schnellschuss.

Auf den Hinweis von *Prof. Prinz* auf die Regelungen der GKB erwiderte *Dr. Röder*, dass diese von den französischen Regelungen inspiriert seien. In der französischen Mantelkaufregelung sei zwar der Anteilswechsel ohne Bedeutung, doch stamme das angesprochene Umsatzelement aus diesen Regelungen. Er empfehle aber gerade die französische Regelung auf keinen Fall. Diese sei erstens mittlerweile sehr lang und enthalte zudem einige Unstimmigkeiten, wie z.B. jene, dass alle Verluste aberkannt würden, wenn das übernehmende Unternehmen innerhalb von drei Jahren mehr als 50% Personalzuwachs habe. Solche quantitativen Größen setzten aus seiner Sicht falsche Anreize für die Wirtschaft.

Er glaube nicht, dass die Regelungstechnik des § 8c und § 8d KStG das Problem sei, sondern eher der angesprochene enge Anwendungsbereich des § 8d KStG.

*Prof. Prinz* hingegen war der Ansicht, dass das deutsche System als solches ein Problem darstelle. Dies zeige sich bereits daran, dass Europa uns vorhalte, dass unser Referenz-System die Verlust-Zerstörung sei und die Verlust-Nutzung eine Ausnahme darstelle. Deswegen sei nicht nur minimalinvasiv vorzugehen, sondern es solle jetzt die Chance genutzt werden, den § 8c Abs. 1 S. 1 KStG abzuschaffen. § 8d KStG sei, auch nach überwiegender Meinung des Podiums, gut gemeint, wirke aber in vielen Fällen nicht. Dies belegten zum einen die Ausführungen von *Prof. Dorenkamp* und zum anderen decke sich dies mit seinen Erfahrungen in der Praxis. Für ihn liege dies daran, dass § 8d KStG sozusagen von seiner Ausformung her immer wieder von der Sorge getrieben sei, zu starke Verlustnutzung zuzulassen.



Seiner Meinung nach sollte eine typisierte Missbrauchsnorm geschaffen werden, welche mit unbestimmten Rechtsbegriffen arbeite. Bei deren Auslegung werde schließlich auch der BFH bemüht werden müssen. Doch müsse die Regelung einen Exit zulassen. Der Steuerpflichtige, dem vorgehalten werde, dass er unter den Tatbestand falle, müsse nachweisen können, dass er den Erwerb nicht verwende, um Verluste zu nutzen, sondern aus anderen Gründen. Dabei liege die Beweislast natürlich beim Unternehmen. Hierin würde eine faire gesetzliche Regelung liegen.

Aus Sicht von *Prof. Dorenkamp* stehe der Gesetzgeber vor einer Weichenstellung. Wolle er weiterhin eine Verlustvernichtungsmaschine wie den § 8c KStG, welche nur die ganz extremen Ausnahmefälle wie Startups und Sanierungen nicht erfasse, dann solle er § 8c Abs. 1 S. 2 KStG weiterführen und den § 8d KStG in der jetzigen Form bestehen lassen. Wahrscheinlich habe Herr *Dr. Röder* recht damit, dass dies verfassungsrechtlich sogar möglich sei, obwohl das Risiko seiner Ansicht nach ziemlich hoch sei.

Wolle er aber eine systemgerechte Verlustverrechnung, die wirklich das Trennungsprinzip akzeptiere und nur in wirklichen Missbrauchsfällen den Untergang von Verlustvorträgen anordne, dann müsse er aus seiner Sicht zu einer Regelung mehr nach dem Vorbild von Großbritannien oder Österreich kommen.

Der jetzige § 8d KStG sei jedenfalls sehr problematisch. Dieser Zustand verbessere sich auch nicht, wenn die Organschaft herausgenommen werde, daher denke er immer noch an eine Regelung wie den alten § 12 Abs. 3 UmwStG. Er habe nichts gegen summarische Beschränkungen, wenn diese angemessen seien. Mit einer Regelung, die z.B. eine fünfzigprozentige Zuführung erlaube, könne seiner Meinung nach die Wirtschaft gut leben und trotzdem würde Mantelkäufen in ausreichendem Maße Einhalt geboten, auch wenn eine solche Regelung letztlich Fehlanreize beinhalten könne.

*Dr. Brandis* zog noch einmal abschließend in Zweifel, ob es systematisch richtig sei, in § 8c KStG den Verlust der Kapitalgesellschaft zu regeln und davon getrennt – in § 8d KStG – die qualitative Komponente der Geschäftsaktivität zu verorten. Hierbei werde ein neues System an das bekannte alte System angedockt. Dies führe zu Restriktionen und Friktionen, insbesondere mit Blick auf das Vorliegen zweier Geschäftsbetriebe, was sich im Übrigen so auch nicht dem Wortlaut des Gesetzes entnehmen lasse. § 8d KStG wolle so manches, aber schaffe nicht das, was er eigentlich wolle.

## **E. 66. Berliner Steuergespräch**

*Herr Wendt* dankte allen Diskussionsteilnehmern und schloss die Diskussion mit Hinweis auf das 66. Berliner Steuergespräch zum Thema „Steuerpolitische Perspektiven der neuen Legislaturperiode aus dem Blickwinkel von Steuergerechtigkeit und Steuermoral“, das am 29. Januar 2018 um 17.30 Uhr im Haus der Deutschen Wirtschaft in Berlin stattfinden wird ([www.berlinersteuer-gespraech.de](http://www.berlinersteuer-gespraech.de)).