

§ 8 Abs. 4 KStG – Eine Sanierungsfalle

Steuerrechtliche Sanierungshemmnisse für Kapitalgesellschaften

WP/StB Gerald Schwamberger¹

Bei der Sanierung von mittelständischen Kapitalgesellschaften erweist sich das Steuerrecht als ein erhebliches Hemmnis, wenn nicht sogar als Sanierungsfalle für Investoren, die bereit sind, sanierungsfähige Unternehmen zu übernehmen und fortzuführen. Hier wurden mit dem Ziel, Missbrauchsfälle zu vermeiden, über das Steuerrecht erhebliche Schwierigkeiten für Sanierungen aufgetürmt, die teilweise kontraproduktiv wirken.

1. Ausschluss des Verlustabzugs beim Mantelkauf

1.1 Überblick zur Rechtsprechung und Gesetzgebung

Die höchstrichterliche Rechtsprechung des RFH und des BFH, die den Verlustabzug nach § 10 d EStG für Körperschaften ausschloss, wenn sie nicht mit der Körperschaft identisch war, die den Verlust erlitten hatte, wurde durch das Urteil des BFH vom 29. 10. 1986² aufgegeben.

Dieses Urteil veranlasste findige Berater dazu, zum Teil absichtlich mit Verlust ausgestattete Kapitalgesellschaften zum Verkauf anzubieten, damit der Käufer in der Lage ist, die entstandenen Verluste mit Gewinnen zu verrechnen, um durch die so entstehenden Steuervorteile auf

¹ Der Autor ist in Göttingen als Partner der Schwamberger, Klässig & Partner GbR tätig.

² I R 202/82, BStBl. II 1987 S. 308; vom 29. 10. 1986 – I R 318–319/83, BStBl. II 1987 S. 310.

Kosten des Fiskus Liquiditätsvorteile zu erzielen. Es entstand ein reger Handel mit „Kapitalgesellschaftsmänteln“, und viele Anbieter des grauen Kapitalmarkts versuchten auf diese Art und Weise, ein Betätigungsfeld zu finden, das nicht unerhebliche Auswirkungen auf die Steuereinnahmen hatte.

Der Gesetzgeber hatte zunächst im Steuerreformgesetz 1990 vom 25.7.1988³ reagiert und in § 8 KStG den Abs. 4 eingefügt, der den Verlustabzug bei Kapitalgesellschaften dann ausschloss, wenn mehr als drei Viertel der Anteile an einer Kapitalgesellschaft übertragen wurden und die Gesellschaft ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen wieder aufgenommen hatte.

Weiter eingeschränkt wurde die Verlustabzugsfähigkeit von Kapitalgesellschaften durch das Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29.10.1997⁴. Die Rechtsverschärfung umfasste mehrere Elemente:

- Versagung des Verlustabzugs bei Fehlen der erforderlichen wirtschaftlichen Identität,
 - wenn mehr als die Hälfte der Anteile an einer Kapitalgesellschaft übertragen werden (vorher: mehr als drei Viertel), oder
 - wenn die Kapitalgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen fortführt oder wieder aufnimmt.
- Die Zuführung neuen Betriebsvermögens lässt die Verlustnutzung bei der Kapitalgesellschaft unberührt,
 - wenn sie allein der Sanierung des Geschäftsbetriebs dient, der den verbleibenden Verlustabzug verursacht hat (verlustquellenbezogene Sanierung), oder
 - wenn dieser in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang in den folgenden fünf Jahren fortgeführt wird (fünfjähriges Fortführungsgebot).

Die Anwendung dieser Vorschrift war erstmals im Jahr 1997 zu beachten. Bei Verlust der wirtschaftlichen Identität erstmals im Jahr 1997, vor dem 6. 8. 1997, waren die Änderungen der Vorschrift erstmals für das Veranlagungsjahr 1998 anzuwenden (siehe § 34 Abs. 6 KStG).

1.2 Gesetzeszweck

Mit der Vorschrift des § 8 Abs. 4 KStG sollte sichergestellt werden, dass eine Körperschaft nicht ausgeglichene Verluste nur dann mit steuerlicher Wirkung nutzen kann, wenn sie auch wirtschaftlich mit derjenigen Körperschaft identisch ist, die die Verluste erlitten hat.⁵ Unter Anlehnung an die gesetzlichen Wertungen der Vorschrift des § 10d EStG, die an die Person des Steuerpflichtigen gebunden ist und nicht ausgeglichene Verluste nur für die Person des Steuerpflichtigen rück- und vortragsfähig zulässt, wenn Personenidentität vorliegt, hat dies der Gesetzgeber auch auf Körperschaften übertragen. Die Leistungsfähigkeit des Steuersubjekts sollte, soweit Verluste im Entstehungsjahr nicht ausgeglichen werden können, insbesondere in Zukunft mit

³ BGBl. I 1988 S. 1093 = BStBl. I 1988 S. 224.

⁴ BGBl. I 1997 S. 2590 = BStBl. I 1997 S. 928.

⁵ BT-Drucks. 11/2157 S. 171.

erwirtschafteten Überschüssen verrechnet werden, so dass das Leistungsfähigkeitsprinzip unter Berücksichtigung der Vorgaben des Grundgesetzes beachtet wird. Aus dieser Bindung an das Steuersubjekt wird die Personenidentität und damit bei Körperschaften die rechtliche Identität desjenigen, der den Verlust erlitten hat, mit dem, der diesen Verlust durch zukünftige Überschüsse verrechnet, abgeleitet. Über diese rechtliche Identität des Steuersubjekts hinaus wird bei den Körperschaften die wirtschaftliche Identität gefordert.

Seit dem Veranlagungszeitraum 2004 ist durch die Änderung des § 10 Abs. 2 EStG auch die sog. Mindestbesteuerung bei der Abzugsfähigkeit von Verlustvorträgen bei Körperschaften aufgrund der Bezugnahme in § 8 Abs. 4 KStG auf die vorgenannte Vorschrift zu berücksichtigen. Dies bedeutet, dass Verlustvorträge im folgenden Wirtschaftsjahr maximal bis zur Höhe von 1 Mio. € in vollem Umfang und darüber hinaus nur bis 60 v. H. des überschießenden Verlustbetrags mit zukünftigen Gewinnen verrechnet werden können. Hiermit soll dem Mittelstand Rechnung getragen werden, indem er bei Verlusten bis zu 1 Mio. € keine Nachteile haben soll. Bei Großunternehmen, insbesondere bei internationalen Konzernen, sollte die volle Abzugsfähigkeit von Verlustvorträgen eingeschränkt werden, um Ausfälle von Steuereinnahmen zu begrenzen.

1.3 Wirtschaftliche Auswirkungen bei mittelständischen Unternehmen

Die Vorschrift hat sich zu einem bedeutenden Hemmnis für Umstrukturierungen und Investitionen entwickelt, weil sie in pauschaler Form den Verlustabzug untersagt. Diese Vorschrift erfasst auch

- qualifizierte Anteilsübertragungen und Zuführungen überwiegend neuen Betriebsvermögens für voll operativ tätige Geschäftsbetriebe,
- die Aufnahme neuer Joint-Venture-Partner in verlustbringenden Startphasen einer Kapitalgesellschaft,
- das bloße „Umhängen“ einer Beteiligung innerhalb derselben Unternehmensgruppe und
- die Verschmelzungsfälle einer Gewinn- auf eine Verlust-Kapitalgesellschaft mit qualifizierter Kapitalerhöhung zugunsten eines neuen Anteilseigners.

Verschärft wird diese insbesondere für mittelständische Unternehmen behindernde Vorschrift durch die gem. § 10 EStG seit dem 1.1.2004 eingeführte Mindestbesteuerung. Besonders innovative und investitionsbereite Unternehmen sind benachteiligt, weil ihr Finanzierungsbedarf wächst und steuerliche Möglichkeiten zum Verlustausgleich behindert oder zumindest eingeschränkt werden.

Besonders werden sinnvolle Sanierungen beeinträchtigt, weil der Verlustabzug im Zusammenhang mit der Sanierung nur schwer zu erhalten ist. Zum Nachweis der Sanierung werden Prognosen abverlangt, für den Nachweis der Sanierung sind erhebliche Voraussetzungen zu erfüllen und die Voraussetzung der Fortführung für weitere folgende fünf Jahre behindert die Übernahme- und Verschmelzungsfälle von Fremdinvestoren erheblich.

Wirtschaftlich ergibt sich, wenn die Voraussetzungen zur Abzugsfähigkeit des Verlustvortrags nicht erfüllt werden, eine erhebliche steuerliche Belastung für den Sanierer, die oft dazu führt, dass die Sanierung nicht durchführbar und damit die Insolvenz des Unternehmens die Folge ist.

2. Grundvoraussetzungen für den Verlustabzug bei Kapitalgesellschaften

Die Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG und § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG hatte die Finanzverwaltung in ihrem Schreiben des BMF⁶ niedergelegt. In diesem Schreiben werden die einzelnen Bestimmungen des § 8 Abs. 4 KStG negativ abgegrenzt und so dargestellt, dass Lebenssachverhalte, die mit der Darstellung in diesem Schreiben übereinstimmen, dazu führen, dass der Verlustabzug nicht anerkannt werden kann.

2.1 Wahrung der rechtlichen Identität

Da nach § 10 d EStG für den Verlustabzug die zivilrechtliche Identität zwischen dem Steuerpflichtigen, der seine negativen Einkünfte bei der Ermittlung des Einkommens nicht ausgleichen konnte, und demjenigen, der den Verlustabzug geltend macht, Voraussetzung ist, ergibt sich für Kapitalgesellschaften das Erfordernis der rechtlichen Identität unmittelbar. Bei Kapitalgesellschaften ist sie an die Zivilrechtsfähigkeit der Körperschaft geknüpft⁷ und endet bei Verlust der Rechtsfähigkeit oder bei übertragender Umwandlung. Als Ausnahmenvorschrift ist jedoch auf die §§ 12 Abs. 3 Satz 2 und 15 Abs. 4 Satz 1 UmwStG hinzuweisen, die den Verlustabzug trotz fehlender rechtlicher Identität ermöglichen. Auch die formwechselnde Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform steht dem Verlustabzug nicht entgegen⁸. Die Sitzverlegung einer Kapitalgesellschaft vom Ausland ins Inland oder umgedreht ändert wegen Aufgabe der Sitztheorie nicht die rechtliche Identität der Körperschaft.⁹

2.2 Wahrung der wirtschaftlichen Identität

Den Fortfall der wirtschaftlichen Identität hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmenssteuerreform vom 29.10.1997 nicht nur bei Wiederaufnahme eines eingestellten Betriebs, sondern auch bei einem vorhandenen operativen Betrieb mit Einbringung wesentlicher neuer Betriebsmittel als schädlich normiert. Zwar hat er gleichzeitig im § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG ein Sanierungsprivileg eingebracht, das jedoch die Erfüllung der Voraussetzungen zum Verlustabzug nur in ganz bestimmten eingegrenzten Fällen zulässt. Aufgrund der erheblichen Einschränkungen bei der Abzugsfähigkeit gem. § 10 d EStG nach § 8 Abs. 4 KStG bleiben zahlreiche Zweifelsfragen offen, die noch nicht alle von der höchstrichterlichen Rechtsprechung geklärt sind.

Mittelbare Anteilsübertragungen hat der BFH¹⁰ abweichend von der Auffassung der Finanzverwaltung nicht als Veränderung des personalen Substrats angesehen.

⁶ BStBl. 1999 I S. 455.

⁷ BFH vom 29. 10. 1986 – I R 318–319/83, BStBl. II 1987 S. 310.

⁸ BFH vom 27. 3. 1996 – I R 112/95, BStBl. II 1996 S. 480; BFH vom 27. 10. 1994 – I R 60/94, BStBl. II 1995 S. 326.

⁹ EuGH vom 15. 11. 2002 – Rs. C-208/00 – Überseering BV/NCC, GmbHR 2002 S. 1137; EuGH vom 30. 9. 2003 – Rs. C-167/01 – Inspire Art Ltd., GmbHR 2003 S. 1260.

¹⁰ BFH vom 20. 8. 2003 – I R 61/01, DStR 2003 S. 1921.

2.2.1 Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft

Gem. § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG liegt eine wirtschaftliche Identität der Kapitalgesellschaft dann nicht mehr vor, wenn mehr als die Hälfte der Anteile übertragen werden und der Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen fortgeführt oder wieder aufgenommen wird. Als Übertragung von Anteilen ist eine solche durch Rechtsgeschäfte auf einen Erwerber im Wege der Einzelrechtsnachfolge zu verstehen. Danach sind Übertragungen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nicht zu erfassen. Dies bedeutet, dass Erbfolge und Umwandlungen nicht als Übertragungen im Sinne dieser Vorschrift zu beurteilen sind. Unbeachtlich ist weiterhin, ob

- die Anteile auf einen oder mehrere Erwerber übergehen,
- die Erwerber neue oder bereits beteiligte Gesellschafter sind,
- die Übertragung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt oder ob
- die Anteile über die Börse veräußert werden.

Die wirtschaftliche Identität einer Körperschaft liegt insbesondere dann nicht mehr vor, wenn mehr als die Hälfte der Anteile an der Kapitalgesellschaft übertragen werden (personales Substrat) und die Kapitalgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen fortführt oder einen bereits eingestellten Geschäftsbetrieb wieder aufnimmt (sog. sachliches Substrat).

Eine Übertragung, die mehr als die Hälfte der Anteile an der Kapitalgesellschaft umfasst, ist nach dem Nominalwert des Haftkapitals der Kapitalgesellschaft zu ermitteln. Die Verweigerung des Verlustabzugs ist für die gesamte Kapitalgesellschaft zu berücksichtigen, d. h. nicht nur anteilig auf die veräußerten Gesellschaftsanteile, sondern auch auf die als Gesellschafter verbliebenen Minderheitsgesellschafter zu beziehen. Diese können, wenn ihre Anteile nicht besonders vinkuliert sind, die Anteilsübertragung nicht verhindern. Soweit die Anteile an der Kapitalgesellschaft von einer Personengesellschaft mittelbar gehalten werden und ein Gesellschafterwechsel bei der Personengesellschaft stattfindet, ist dies nicht als Anteilswechsel i. S. von § 8 Abs. 4 KStG zu beurteilen.¹¹

Abweichend zum BMF-Schreiben vom 16.4.1999¹² hat sich der BFH nicht der Auffassung der Finanzverwaltung angeschlossen und für die Frage der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften nicht auf einen zeitlichen Zusammenhang abgestellt. Insbesondere ist der Zeitrahmen, wie er für die Sanierung von fünf Jahren vorgesehen ist, für die Anteilsübertragung nicht ohne weiteres zu übernehmen, es sei denn, dass eine geplante sukzessive Übertragung von mehr als 50 % der Gesellschaftsanteile im zeitlichen Abstand erfolgt. Nach der Rechtsprechung des BFH¹³ muss ein sachlicher Zusammenhang zwischen der Anteilsübertragung und der Zuführung von neuem Betriebsvermögen gegeben sein.

2.2.2 Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen

In Zusammenhang mit der Vorschrift des § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG ist das Tatbestandsmerkmal „Geschäftsbetrieb“ einer Kapitalgesellschaft mit sämtlichen wirtschaftlichen Aktivitäten der Ge-

¹¹ BFH vom 20. 8. 2003 – I R 81/02, BFH/NV 2004 S. 295.

¹² Vgl. a. a. O. (Fn. 6).

¹³ BFH vom 26. 5. 2004 – I R 112/03, BStBl II 2004 S. 1085.

sellschaft zu umschreiben, d. h. eine Kapitalgesellschaft hat nur einen einheitlichen Geschäftsbetrieb, der nicht auf Betriebe, Teilbetriebe oder bestimmte Sparten aufgeteilt werden kann.¹⁴ So kann auch die Wahrnehmung von Holding-Funktionen für eine einzige Beteiligung oder die Vermögensverwaltung einen Geschäftsbetrieb ausmachen.

Der Begriff des Betriebsvermögens ist nicht als das Eigenkapital der Kapitalgesellschaft, sondern nur im sachlichen Zusammenhang mit der Zuführung anzusehen und ausschließlich als Zuführung neuen Aktivvermögens zu verstehen.¹⁵ Der BFH schränkt den Begriff des Aktivvermögens auf das Anlagevermögen ein.¹⁶ Danach gehört das Umlaufvermögen nicht zum Aktivvermögen. Diese Rechtsprechung steht nicht in Einklang mit dem BMF-Schreiben vom 16.4.1999 und wird daher von der Finanzverwaltung über den entschiedenen Einzelfall hinaus nicht angewendet. Auch in der Fachliteratur gibt es erhebliche Kritik an dieser Rechtsprechung.¹⁷

Die Zuführung von neuem Betriebsvermögen erfordert, dass die Zuführung von außen erfolgt, und aus dem gesetzlichen Zusammenhang ergibt sich, dass die Anteilsübertragung dem Gesellschafter zuzurechnen sein muss. Unter neuem Betriebsvermögen ist nicht fabrikneu zu verstehen, sondern es muss sich um Betriebsvermögen handeln, das bisher nicht in der Bilanz der Kapitalgesellschaft erfasst worden ist.

Beispiel 1: Eine GmbH, die im Bereich der Gentechnik tätig ist, hat in den letzten beiden Wirtschaftsjahren Verluste erlitten, die weit über das Stammkapital hinausgingen. Dem Stammkapital von 100.000 € steht ein Verlustvortrag von 800.000 € gegenüber und die Gesellschafter A, B und C sind nicht in der Lage, eine Sanierung des Unternehmens aus privaten Mitteln zu finanzieren. Investor X ist an den Produkten des Unternehmens interessiert und ist auch bereit, eine Sanierung des Unternehmens bei gleichzeitiger Übertragung der Mehrheitsbeteiligung des A zu finanzieren.

Wie in Abb. 1 dargestellt, ist im Jahr 01 vor Eintritt des Investors X ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag von 700.000 € vorhanden. Im Jahr 02 ist das Unternehmen saniert und hat bereits den Verlustvortrag durch Erträge eliminiert. Fraglich ist, ob der Verlustvortrag von 800.000 € bei der Berechnung der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer zu berücksichtigen ist.

¹⁴ BMF vom 16. 4. 1999, a. a. O. (Fn. 6).

¹⁵ BFH vom 13. 8. 2997 – I R 89/96, BStBl. 1997 S. 829.

¹⁶ BFH vom 8. 8. 2001 – I R 29/00, BStBl. II 2002 S. 392.

¹⁷ Schlossmacher, in: Hermann/Heuer/Raupach, Anm. 451 zu § 8 KStG, Lfg. 10/2004.

	Jahr 01	Jahr 02
AKTIVSEITE		
Anlagevermögen	1.000.000	2.500.000
Umlaufvermögen	1.300.000	2.700.000
Nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag	<u>700.000</u>	<u>0</u>
	<u>3.000.000</u>	<u>5.200.000</u>
PASSIVSEITE		
Stammkapital A / X	60.000	60.000
Stammkapital B	20.000	20.000
Stammkapital C	20.000	20.000
Verlustvortrag	-100.000	0
Rückstellungen	800.000	1.100.000
Gesellschafterdarlehen X	0	1.500.000
Verbindlichkeiten	<u>2.200.000</u>	<u>2.500.000</u>
	<u>3.000.000</u>	<u>5.200.000</u>

Abb. 1
Entwicklung im Jahr 01 und Jahr 02

§ 8 Abs. 4 KStG kommt nur dann zum Zuge, wenn das neue Betriebsvermögen von außen, bezogen auf die Anteilsübertragung des A an X, zugeführt wurde. In Abb. 2 ist die Berechnung dargestellt, wie die Zuführung aus dem Gesellschaftsverhältnis zu berechnen ist.

	Jahr 02
AKTIVSEITE	
Anlagevermögen	2.500.000
Umlaufvermögen	<u>2.700.000</u>
	5.200.000
Aktivvermögen bei Anteilsübertragung	-2.300.000
Erhöhung des Aktivvermögens	<u>2.900.000</u>
Zuführung aus Innenfinanzierung	1.300.000
Zuführung aus dem Gesellschaftsverhältnis	<u>1.600.000</u>

Abb. 2
Berechnung bei Zuführung aus dem Gesellschaftsverhältnis

Obwohl eine Erhöhung des Aktivvermögens um mehr als 50 % des ursprünglich vorhandenen Aktivvermögens erfolgte, wäre in diesem Fall § 8 Abs. 4 KStG nicht anzuwenden, weil eine Zuführung von außen, bezogen auf den neuen Gesellschafter X, nur 1.600.000 € und damit weniger als 50 % des ursprünglichen Aktivvermögens ausgemacht hat.

Die Zu- und Abgänge von Wirtschaftsgütern des Aktivvermögens im relevanten Betrachtungszeitraum können jedoch nach der gegenständlichen Betrachtungsweise des BFH¹⁸ zu erheblichen Problemen führen. Der BFH geht in seinem Urteil davon aus, dass alle neuen Wirtschaftsgüter zu addieren sind, so dass es im Zeitpunkt der Überprüfung darauf ankommt, ob das einzelne Wirtschaftsgut zum Zeitpunkt der Übertragung der Gesellschaftsanteile bereits im Betriebsvermögen vorhanden war oder nicht. Unter Berücksichtigung des Fünfjahreszeitraums, den die Finanzverwaltung auch in Nicht-Sanierungsfällen als den richtigen Überwachungszeitraum ansieht, dürfte nach dieser Betrachtungsweise nahezu jeder Verlustvortrag bei einem Anteilseignerwechsel verloren gehen. Der BFH hat zwar in seiner Entscheidung vom 26.5.2004¹⁹ festgestellt, dass die bloße Umschichtung der Finanzanlagen einer Kapitalgesellschaft keine Zuführung neuen Betriebsvermögens i. S. von § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG bedeutet. Es bleiben jedoch Zweifel, ob bei Austausch von Anlagegütern diese Rechtsprechung auch anzuwenden ist.

3. Qualifizierte Sanierung des Geschäftsbetriebs

Die Zuführung neuen Betriebsvermögens ist nur dann unschädlich, wenn sie allein der Sanierung des Geschäftsbetriebs dient. Im Gesetz ist der Begriff „Sanierung“ nicht definiert, so dass nach überwiegender Meinung in der Literatur der Begriff in Anlehnung an § 3 Nr. 66 EStG a. F. zu verstehen sein soll. Danach ist Sanierung eine Maßnahme, die ein Unternehmen vor dem finanziellen Zusammenbruch bewahren und wieder ertragsfähig machen soll. Die Maßnahmen müssen nach der Gesetzesvorschrift allein der Sanierung und nicht etwa anderen wirtschaftlichen Zwecken dienen.

Die Sanierungsklausel des Gesetzes ist nur dann relevant, wenn der Verlust der wirtschaftlichen Identität tatsächlich eintritt. Bei Durchführung eines Kapitalschnitts und gleichzeitiger Kapitalerhöhung bei Aufnahme neuer Gesellschafter kann § 8 Abs. 4 KStG einschlägig werden. Bei einer effektiven Kapitalerhöhung werden neue Anteile von Gesellschaftern übernommen, so dass es an einer Übertragung bestehender Anteile im Sinne der gesetzlichen Vorschrift fehlt. Ein Rückgriff auf den allgemeinen Tatbestand des § 8 Abs. 4 Satz 1 KStG bleibt zwar möglich, setzt aber einen der rechtsgeschäftlichen Übertragung vergleichbaren Vorgang voraus, so dass eine Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss bei den Altgesellschaftern hierunter zu subsumieren sein kann, wenn die verhältnismäßig ausgegebenen neuen Anteile nominal mehr als der Hälfte der Altanteile entsprechen.²⁰ Auch hier ist es unerheblich, ob das Bezugsrecht einem Alt- oder Neugesellschafter eingeräumt wird. Beim Altgesellschafter wird man allerdings in Höhe seines originären Bezugsrechts den Nominalwert der neuen Anteile kürzen müssen.

3.1 Sanierung i. S. von § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG

Sanierungsobjekt im Sinne der gesetzlichen Vorschrift und nach der Definition im Schreiben des BMF vom 16.4.1999 ist damit der verlustverursachende Geschäftsbetrieb einer Kapitalgesellschaft. Danach will die Finanzverwaltung als verlustverursachenden Geschäftsbetrieb den ursprünglichen Geschäftsbetrieb im gleichen Umfang, den er im Durchschnitt während der Ver-

¹⁸ BFH vom 8. 8. 2001 – I R 29/00, BStBl. II 2002 S. 392.

¹⁹ BFH vom 26. 5. 2004 – I R 112/03, BStBl. II 2004 S. 1085.

²⁰ BFH vom 13. 8. 1997 – I R 89/96, BStBl. II 1997 S. 826; siehe auch BMF-Schreiben vom 16.4.1999, a. a. O. (Fn. 6), Tz. 25 f.

lustphase gehabt hat, ansehen; zusätzlich muss dieser weitere fünf Jahre fortgeführt werden. Voraussetzung ist Sanierungsbedürftigkeit, die in der Norm selbst nicht definiert ist. Unter Tz. 14 des Schreibens des BMF vom 16.4.1999 führt die Finanzverwaltung aus, dass die Kapitalgesellschaft sanierungsbedürftig sein muss und das zugeführte Betriebsvermögen den für das Fortbestehen des Geschäftsbetriebs notwendigen Umfang nicht wesentlich überschreiten darf. Auch hierin ist die Sanierungsbedürftigkeit nicht definiert. Sanierungsseignung des Geschäftsbetriebs wird jedoch nicht gefordert.

Im Allgemeinen kann davon ausgegangen werden, dass Sanierungsbedürftigkeit sicher dann besteht, wenn die Insolvenzeröffnungsgründe der §§ 17-19 InsO vorliegen oder in Kürze bei der Kapitalgesellschaft vorliegen. In dieser Situation sind Sanierungsmaßnahmen oft nicht mehr möglich oder Fremdinvestoren nicht mehr bereit, Sanierungen mit zu tragen.

Die Frage, in welcher Situation von der Finanzverwaltung noch weiterhin eine Sanierungsbedürftigkeit der Kapitalgesellschaft zu konstatieren ist, ist ungeklärt. Soll das Sanierungsprivileg in Anspruch genommen werden, müssen entsprechende Dokumentationen geschaffen werden, damit die Sanierungsbedürftigkeit bewiesen werden kann. Als wesentliche Argumentationsgrundlage könnten Nachweise über Liquiditätsengpässe und Ertragseinbrüche im Rahmen des laufenden Geschäfts dienen, die bei einer Fortführung ohne Sanierung das Fortbestehen des Geschäftsbetriebs in Frage stellen. Im fachlichen Schrifttum wird in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung zum steuerfreien Sanierungsgewinn gem. § 3 Nr. 66 EStG a. F. verwiesen.²¹ Nach dieser Vorschrift hat die Rechtsprechung als Sanierung alle Maßnahmen verstanden, welche die finanzielle Gesundung eines Unternehmens bezwecken und geeignet sind, das Unternehmen vor dem Zusammenbruch zu bewahren und wieder ertragsfähig zu machen. Der Erlass von Schulden sollte nur dann dem Sanierungszweck entsprechen, wenn neben der Sanierungsabsicht objektiv Sanierungsbedürftigkeit des Unternehmens und Sanierungsseignung der Maßnahmen vorlagen.

Die Übernahme der durch die Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die Sanierung nach § 3 Nr. 66 EStG a. F. erscheint als nicht unbedingt angebracht, da der Gesetzgeber mit der Ausnahme nach § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG in Sanierungsfällen den vorherigen Status quo beibehalten will, während dies bei den Kriterien des § 3 Nr. 66 EStG a. F. keine Rolle gespielt hat. Weiterhin führt das Sanierungsprivileg nach § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG erst dann zu einem wirtschaftlichen Vorteil, wenn die Sanierung tatsächlich erfolgreich durchgeführt wird, wenn also Gewinne erzielt werden, die mit Verlustvorträgen des sanierten Geschäftsbetriebs auszugleichen sind. Aus diesem Grund besteht auch kein Anlass, auf eine Sanierungswürdigkeit des Geschäftsbetriebs abzustellen, weil § 3 Nr. 66 EStG a. F. den Sanierungsgewinn mit sofortiger Wirkung steuerfrei stellte, während bei der hier einschlägigen Norm eine steuerliche Berücksichtigung eingetretener Verlustabzugsbeträge erst in der Zukunft erfolgt. Ausschlaggebend scheint die Sanierungsabsicht des neuen Gesellschafters zu sein und dass sich die Gesellschaft in der Krise befindet. So könnte als Indikator für die Feststellung der Krise auf die Maßstäbe des gesellschaftsrechtlichen Eigenkapitalersatzes zurückgegriffen werden.

3.2 Zuführung neuen Betriebsvermögens „allein“ für die Sanierung

Die Einschränkung, dass die Zuführung neuen Betriebsvermögens allein der Sanierung zu dienen hat, kann ein erhebliches Hindernis für eine Sanierung einer Kapitalgesellschaft sein und zu er-

²¹ BFH vom 25. 2. 1972 – VIII R 30/66, BStBl. 1972 S. 531.

heblichen Unsicherheiten führen, ob das Sanierungsprivileg des § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG genutzt werden kann. Richtig ist, dass die Zuführung neuen Betriebsvermögens für die Unternehmung in der Krise zu einer Rentabilität der gesamten Unternehmung führt. Fraglich ist jedoch, ob dann, wenn nur Teile des Geschäftsbetriebs unrentabel arbeiten und nur für diese Betriebsteile Sanierungsmaßnahmen, insbesondere die Zuführung neuen Betriebsvermögens, erforderlich sind, eine Sanierung nur quotal entsprechend dem Teilbereich anzunehmen ist. Sicher dient eine Zuführung immer insgesamt dem Geschäftsbetrieb und der Verbesserung seiner wirtschaftlichen Situation. Wie ist aber zu verfahren, wenn sanierungsgeeignete Betriebsteile im Laufe von fünf Jahren eingestellt werden müssen?

Wird jedoch der bisherige Betrieb trotz Sanierungsfähigkeit gänzlich eingestellt und ein neues Geschäftsfeld aufgebaut, geht der Verlustabzug vollständig verloren.²² So hat das FG Köln²³ im Fall einer Druckerei entschieden, dass die Zuführung neuen Betriebsvermögens nur dann allein der Sanierung dient, wenn das zugeführte Betriebsvermögen den für den Fortbestand des Geschäftsbetriebs notwendigen Umfang nicht wesentlich überschreitet. Wird mehr Betriebsvermögen zugeführt als erforderlich ist, hat dies die Folge, dass die Sanierungsklausel nicht anwendbar ist. Von einer solchen kann danach dann nicht mehr die Rede sein, wenn zusätzliche Aktivitäten in die Gesellschaft eingebracht werden, die nicht mehr mit dem bisherigen Verlustbetrieb in Zusammenhang stehen. In diesem Fall war der Wechsel von der Verwertung eigener Rechte zu Druckaufträgen für einen Großauftraggeber nicht mehr als eine Fortführung der bisherigen unternehmerischen Tätigkeiten angesehen und mit Veränderungen verglichen worden, die mit dem technischen Fortschritt und neuer Kundenorientierung einhergehen. Nach Ansicht des FG hat sich die Klägerin sowohl qualitativ als auch quantitativ auf neue und erweiterte Geschäftsfelder begeben.

Die Rechtsprechung des FG Köln im zitierten Urteil geht über die in § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG getroffene Norm hinaus, indem zum einen das Sanierungsprivileg nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, wenn mehr Betriebsvermögen als erforderlich zugeführt wird, und zum anderen sich der Geschäftsbetrieb der Kapitalgesellschaft qualitativ und quantitativ auf neue und erweiterte Geschäftsfelder begeben hat. Sollte der BFH dieses Urteil bestätigen, würde dies bedeuten, dass das Sanierungsprivileg bereits dann nicht mehr in Anspruch genommen werden kann, wenn die Zuführung neuen Kapitals in Bar- oder Sacheinlagen höher als erforderlich ist. Es bleibt offen, wie die Erforderlichkeit des neu zugeführten Kapitals zu ermitteln ist. Weiterhin ist die Frage zu stellen, ob eine qualitative Änderung der Tätigkeit des Geschäftsbetriebs, der in der Vergangenheit den Verlust erwirtschaftet hat, die wirtschaftliche Identität des Geschäftsbetriebs beeinträchtigt. Danach kommt es nicht mehr auf die Art der Tätigkeit der Gesellschaft an, sondern darauf, wessen Rechte – nämlich die von Dritten oder von Auftraggebern – verwertet werden.

3.3 Fortführungsgebot

Das Sanierungsprivileg des § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG setzt voraus, dass der verlustverursachende Geschäftsbetrieb in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang in den folgenden fünf Jahren fortgeführt wird. Dies bedeutet betriebswirtschaftlich, dass das Unternehmen, das bisher auf dem Markt nicht bestanden hat, sei es aufgrund seiner perso-

²² BMF-Schreiben vom 16. 4. 1999, a. a. O. (Fn. 6).

²³ FG Köln vom 20. 1. 2004 – 13 K 5241/02, BFH-Az.: I R 95/04, DStRE 2005 S. 892 [EFG].

nellen Ausstattung, sei es aufgrund der Produkte, die es angeboten hat, auch in Zukunft fortbestehen muss. Auch dieser Teil der Vorschrift ist ein erhebliches Hemmnis für Sanierungsmaßnahmen, insbesondere bei mittelständischen Unternehmen.

Beispiel 2: Die mittelständische X-GmbH produziert in zwei Produktionsstätten verschiedene Kunststoffteile, und zwar in der Produktionsstätte 1 Verpackungen für den Einzelhandel, in der Produktionsstätte 2 Kleinteile für die Autoindustrie. Durch Kündigung von Aufträgen aus der Autoindustrie muss die Produktionsstätte 2 erhebliche Verluste hinnehmen, so dass das Unternehmen insgesamt gefährdet ist. Die Artikel der Produktionsstätte 1 erfahren jedoch jährlich Umsatzzuwächse von bis zu 20 v. H. gegenüber dem Vorjahresumsatz, so dass teilweise die Kapazitätsgrenze erreicht wird. Die Gesellschaft weist zum 31.12.2004 einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag von 1 Mio. € aus. Die je zu 50 v. H. am Stammkapital beteiligten Gesellschafter A und B wollen das Stammkapital um 500.000 € aufstocken und darüber hinaus Gesellschafterdarlehen von jeweils 500.000 € der Gesellschaft zur Verfügung stellen. Dies ist erforderlich, um die Liquiditätseingänge zu vermeiden und Spritzgussautomaten und Werkzeuge für die Produktion von Verpackungsartikeln für den Einzelhandel in der Produktionsstätte 2 anzuschaffen und den Umsatz und Ertrag zu erweitern. Ohne die erforderlichen Investitionen, die zusätzlich mit Bankkrediten erfolgen müssen, und die Zuführung neuen Kapitals würden auch in Zukunft erhebliche Verluste entstehen. Die Gefahr der Insolvenz der Gesellschaft ist gegeben. Die Kapitalzuführung beträgt mehr als 50 % des Aktivvermögens.

Für den vorliegenden Fall ist die Frage zu stellen, ob das Sanierungsprivileg des § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG in Anspruch genommen werden kann, weil die Sanierungsmaßnahmen zwar zu einem Zeitpunkt der Sanierungsbedürftigkeit der Gesellschaft erfolgen und insgesamt die Ertragskraft des Unternehmens stärken sollen, die Investitionen jedoch zur Erweiterung des Geschäftsbetriebs – nämlich für die Produktion bisher nicht von dem Geschäftsbetrieb produzierter Verpackungsartikel in der Produktionsstätte 2 – eingesetzt werden. Geht das Unternehmen davon aus, dass das Sanierungsprivileg in Anspruch genommen werden kann, muss nach mehreren Jahren durch die Betriebsprüfung des zuständigen Finanzamts jedoch die wirtschaftliche Identität des Unternehmens nicht mehr als gegeben angesehen und damit die Abzugsfähigkeit der Verlustvorträge verneint werden, entstehen erhebliche steuerliche Belastungen für das Unternehmen, die die Sanierung durchaus beeinträchtigen können.

Geht man betriebswirtschaftlich davon aus, dass das eingebrachte Kapital weitgehend zur Liquiditätsverbesserung und für die Investitionen aufgebraucht wurde, werden erwirtschaftete Gewinne in den folgenden Jahren steuerpflichtig und es stehen Steuerbelastungen für die Körperschaftsteuer und gem. § 10 a GewStG an, die wiederum zu Liquiditätseingängen führen können.

4. Zusammenfassung

Aufgrund der hohen Insolvenzzahlen in der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere von mittelständischen Unternehmen und hier wiederum insbesondere von mittelständischen Kapitalgesellschaften, ist die Vorschrift des § 8 Abs. 4 KStG i. V. mit § 10 a GewStG und § 12 Abs. 3 UmwStG ein erhebliches Hindernis, sanierungsbedürftige und sanierungsgeeignete Unternehmen zu sanieren, um nicht zuletzt die vorhandenen Arbeitsplätze zu erhalten. So sind zum einen die betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die Sanierung eines Unternehmens

zu prüfen und darüber hinaus die steuerliche Auswirkung von Sanierungsmaßnahmen von gravierender wirtschaftlicher Bedeutung. In diesem Zusammenhang rückt das Umwandlungsrecht zunehmend als Sanierungsmittel²⁴ in das Interesse der Beteiligten. So ist die Übernahme oder Verschmelzung von Kapitalgesellschaften durch Fremdinvestoren selbstverständlich nur dann interessant, wenn durch die Sanierung eine risikobezogene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielt wird.

Diese Verzinsung des Risikokapitals von Investoren kann durch die Hemmnisse der genannten steuerlichen Vorschriften erheblich beeinträchtigt werden, so dass viele Sanierungen gar nicht zustande kommen. Darüber hinaus bleibt die große Unsicherheit, ob bei Sanierungsmaßnahmen die Abzugsfähigkeit von Verlustvorträgen erhalten bleibt oder nicht, weil, wie bereits aufgezeigt, erhebliche Abgrenzungsprobleme und Definitionsprobleme durch die Rechtsprechung nicht oder nicht eindeutig geklärt sind. Die Beibehaltung der wirtschaftlichen Identität des Geschäftsbetriebs steht im Widerspruch zu einer Sanierung eines Geschäftsbetriebs, weil gerade die verlustbringende wirtschaftliche Ausgestaltung des Unternehmens geändert werden muss, um in Zukunft Erträge zu erwirtschaften. Dieser Widerspruch ist in vielen Fällen nicht aufzulösen.

²⁴ Vgl. dazu Schwamberger, Sanierung von KMU durch Umwandlung, KSI 1/05 S. 8.