

Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften

Anmerkungen zum Entwurf eines BMF-Schreibens vom 15.4.2014 zu § 8c KStG unter Berücksichtigung der Konzernklausel und der Stille-Reserven-Klausel

StB Dipl.-Finw. Markus Suchanek / Gary Rüsch *)

Mit Datum vom 15.4.2014 hat die Finanzverwaltung (endlich) den von der Praxis lange erwarteten Entwurf eines BMF-Schreibens (nachfolgend: BMF-Entwurf, abzurufen unter www.bmf.de) zur Anwendung von § 8c KStG unter Berücksichtigung der Konzernklausel in der Fassung des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes¹⁾ und der Stille-Reserven-Klausel in der Fassung des Jahressteuergesetzes 2010²⁾ zwecks Anhörung der Spitzenverbände veröffentlicht, den dieser Beitrag kritisch beleuchten soll.

Inhalt	Seite
I. Einleitung.....	420
II. Struktur des BMF-Entwurfs.....	420
III. Anwendungsbereich (Rz. 1 und 2 des BMF-Entwurfs).....	420
IV. Schädlicher Beteiligungserwerb (Rz. 3 bis 23 des BMF-Entwurfs).....	420
1. Anteilsübertragung.....	420
a) Erfasste Übertragungen.....	420
b) Übertragung von stimmrechtslosen Vorzugsaktien.....	421
c) Zusammenrechnung mittelbarer und unmittelbarer Beteiligungserwerbe.....	421
2. Beginn des Fünf-Jahres-Zeitraumes.....	421
3. Steuerlicher Übertragungstichtag im Rahmen von Umwandlungen.....	421
V. Erwerber (Rz. 24 bis 27 des BMF-Entwurfs).....	422
1. Personengesellschaften als Erwerber.....	422
2. Erwerbergruppe mit gleichgerichteten Interessen.....	422
VI. Rechtsfolgen (Rz. 28 bis 34 des BMF-Entwurfs).....	422
1. Unterjähriger Beteiligungserwerb.....	423
2. Unterjähriger Beteiligungserwerb am Organträger.....	423
VII. Konzernklausel (Rz. 39 bis 47 des BMF-Entwurfs).....	423
1. „Dieselbe Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG.....	423
2. Erfordernis einer Beteiligung am übertragenden und übernehmenden Rechtsträger.....	424
3. Diskriminierung des down-stream-mergers?.....	424
VIII. Stille-Reserven-Klausel (Rz. 49 bis 65 des BMF-Entwurfs).....	424
1. Ermittlung des „gemeinen Werts der Anteile“.....	424
2. Stille Reserven im von § 8b KStG begünstigten Besitz.....	424
3. Stille Reserven in Organgesellschaften.....	424
4. Gemeiner Wert der Anteile bei negativem Eigenkapital.....	426
5. Verrechnungsreihenfolge von stillen Reserven mit nicht genutzten Verlusten.....	426
IX. Zusammenfassung.....	426

Literatur: Altrichter-Herzberg, Steuerliche Verlustvorträge: Der Fünfjahres-Zeitraum im Sinne des § 8c KStG, GmbHR 2010, 799; Bien/Wagner, Erleichterungen bei der Verlustabzugsbeschränkung und der Zinsschranke nach dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz, BB 2009, 2627; Breuninger, Die Besteuerung der KGaA im Lichte von § 50d Abs. 11 EStG, JbFfSt 2010/2011, 345; Breuninger/Schade, Entwurf eines BMF-Schreibens zu § 8c KStG – „Verlustvernichtung“ ohne Ende?, Ubg 2008, 261; Dörr, Wachstumsbeschleunigung durch den neuen § 8c KStG, NWB 2010, 184; Eisgruber/Schaden, Vom Sinn und Zweck des § 8c KStG – Ein Beitrag zur Auslegung der Norm –, Ubg 2010, 73; Fey/Neyer, Erleichterungen bei der Mantelkaufnorm des § 8c KStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz, StuB 2010, 47; Frey/Mückl, Entschärfung von Transaktionshindernissen beim Verlustabzug durch Konzernklausel und Verschonungsregelung, AG 2009, 866; Hans, Unternehmensteuerreform 2008: Kritik der Neuregelung über die Nutzung körperschaftsteuerlicher Verluste (§ 8c KStG), FR 2007, 775; Lang, Die Neufassung von § 8c Abs. 1 KStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz, Der Konzern 2010, 35; Lang, Die Neuregelung der Ver-

lustabzugsbeschränkung gem. § 8c KStG durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008, DStZ 2007, 652; Meisel/Bokeloh, Anmerkungen zum Entwurf des BMF-Schreibens zu § 8c KStG, BB 2008, 808; Neyer, Verlustnutzung nach Anteilsübertragung: Die Neuregelung des Mantelkaufs durch § 8c KStG n.F., BB 2007, 1415; Orth, Verbesserte Verlustverrechnungsmöglichkeiten, Ubg 2010, 169; Rödder, Perspektiven der Unternehmensbesteuerung (Wachstumsbeschleunigungsgesetz, Koalitionsvertrag), Ubg 2010, 162; Rödder/von Freeden, Stille Reserven für Zwecke des § 8c KStG bei unmittelbarem und zugleich mittelbarem (mehrstufigem) Beteiligungserwerb, Ubg 2010, 551; Roser, Verlustabzüge nach § 8c KStG – ein ernüchterndes Anwendungsschreiben, DStR 2008, 1561; Scheunemann/Dennisen/Behrens, Steuerli-

*) Dipl.-Finanzw. Markus Suchanek ist Steuerberater und Partner der Warth & Klein Grant Thornton AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, Düsseldorf. Gary Rüsch, E.Sc., studiert Betriebswirtschaftslehre im Masterstudium an der Heinrich-Heine-Universität, Düsseldorf. Die Verfasser geben ihre persönliche Auffassung wieder.

1) BGBl. I 2009, 3950; BSStBl II 2010, 2.

2) BGBl. I 2010, 1768; BSStBl II 2010, 1394.

che Änderungen durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz, BB 2010, 23; *Schumacher/Hageböke*, Umwandlungssteuerrechtliche Rückwirkungsfiktion und Übertragung von Anteilen im Rahmen des § 8c KStG, DB 2008, 493; *Sistermann/Brinkmann*, Verlustabzugsbeschränkungen nach § 8c KStG – Anmerkungen zum BMF-Schreiben vom 4.7.2008, DStR 2009, 2633; *Sistermann/Brinkmann*, Verlustuntergang aufgrund konzerninterner Umstrukturierungen, DStR 2008, 897; *Suchanek*, Die Änderungen des § 8c KStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz, StBW 2010, 25; *Suchanek*, Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften (§ 8c Abs. 1 KStG): Das BMF-Schreiben v. 4.7.2008 aus Beratersicht, FR 2008, 904; *Suchanek*, Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften, GmbHR 2008, 292; *Van Lishaut*, Grenzfragen zum „Mantelkauf“ (§ 8c KStG), FR 2008, 789.

I. Einleitung

Bereits das erste BMF-Schreiben vom 4.7.2008³⁾ zu § 8c KStG wurde vielfach auf Grund seiner fiskalischen Auslegung kritisiert.⁴⁾ An diesem Zustand ändert auch der neue Entwurf vom 15.4.2014⁵⁾ nichts, da es in vielen Punkten abermals nicht mit dem eindeutigen Wortlaut und dem Telos des § 8c KStG in Einklang zu bringen ist. Gegenstand der Erörterungen in diesem Beitrag sollen daher lediglich die Ausführungen des BMF-Entwurfs sein, die als kritisch und strittig zu werten sind; dabei werden auch Punkte angesprochen, die bereits an dem BMF-Schreiben vom 4.7.2008⁶⁾ zu kritisieren waren.

II. Struktur des BMF-Entwurfs

Konzeptionell ist der BMF-Entwurf so gestaltet, dass er in Bezug auf die Erläuterungen zu § 8c Abs. 1 Satz 1 bis 4 KStG im Wesentlichen dem bereits existierenden BMF-Schreiben⁷⁾ entspricht und dieses an der einen oder anderen Stelle modifiziert. Im weiteren Verlauf des Schreibens werden Erläuterungen zu § 8c Abs. 1 Satz 5 bis 9 KStG sodann angefügt.

III. Anwendungsbereich (Rz. 1 und 2 des BMF-Entwurfs)

Nach Auffassung der FinVerw erstreckt sich der persönliche Anwendungsbereich des § 8c KStG unverändert auf unbeschränkt und beschränkt steuerpflichtige Körperschaften und nach wie vor auf Personenvereinigungen und Vermögensmassen i.S.d. § 1 Abs. 1 KStG.⁸⁾

Der Einbezug von Personenvereinigungen und Vermögensmassen in den persönlichen Anwendungsbereich von § 8c KStG stellt dabei aus mehreren Gründen einen eindeutigen Gesetzesverstoß dar.⁹⁾ Zum einen wird beim Wortlaut der Vorschrift außer Acht gelassen, dass § 8c KStG mit „Verlustabzug bei Körperschaften“ und nicht etwa „bei Personenvereinigungen“ überschrieben ist.¹⁰⁾ Zum anderen sprechen § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG von einer Übertragung der Beteiligungs- bzw. Stimmrechte „an einer Körperschaft“. Auch eine Begründung über den weiterhin undefinierten „vergleichbaren Sachverhalt“¹¹⁾ scheidet aus, da sich dieser gerade nicht auf vergleichbare Sachverhalte im Allgemeinen bezieht, sondern auf die

Vergleichbarkeit der Übertragung des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte und der Stimmrechte „an einer Körperschaft“.¹²⁾

Demnach sind Personenvereinigungen und Vermögensmassen auf Grund des eindeutigen Gesetzeswortlauts entgegen der Auffassung der FinVerw nicht vom persönlichen Geltungsbereich der Norm erfasst.¹³⁾

IV. Schädlicher Beteiligungserwerb (Rz. 3 bis 23 des BMF-Entwurfs)

1. Anteilsübertragung

a) Erfasste Übertragungen

Grundlage einer Übertragung i.S.d. § 8c KStG ist ein rechtsgeschäftlicher Erwerb der Anteile gem. §§ 412, 398 BGB.¹⁴⁾ Erfasst werden damit unstreitig sowohl Veräußerungsvorgänge als auch entgeltliche bzw. unentgeltliche Übertragungen im Wege der Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge.¹⁵⁾

Explizit ausgenommen ist auch jetzt noch der Erwerb seitens einer natürlichen Person durch Erbfall einschließlich der unentgeltlichen Erbauseinandersetzung und der unentgeltlichen vorweggenommenen Erbfolge, im Unterschied zu dem derzeit gültigen Schreiben aber nur zwischen Angehörigen i.S.d. § 15 AO.¹⁶⁾

Zunächst erfreulich ist, dass die FinVerw die vorweggenommene Erbfolge – trotz ihrer Rechtsgeschäftlichkeit – weiterhin nicht als Anwendungsfall von § 8c KStG betrachtet. Warum sie neuerdings auf die Erbfolge zwischen Angehörigen i.S.d. § 15 AO beschränkt wird, bleibt unklar.

Folgerichtig war und ist die Ausnahme für den Erwerb durch Erbfall einschließlich der unentgeltlichen Erbauseinandersetzung, da sie nicht rechtsgeschäftlich er-

- 3) BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2745a/08/10001 – DOK 2008/0349554, BStBl I 2008, 736.
- 4) Vgl. z.B. *Suchanek*, FR 2008, 904; *Roser*, DStR 2008, 1561; *Breuninger/Schade*, Ubg 2008, 261.
- 5) BMF-Entwurf v. 15.4.2014, IV C 2 – S 2745-a/09/10002 :004 (für eine Übergangszeit abzurufen unter www.bmf.de); im Folgenden als „BMF-Entwurf“ zitiert.
- 6) BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2745a/08/10001 – DOK 2008/0349554, BStBl I 2008, 736.
- 7) BMF v. 4.7.2008, IV C 7 – S 2745a/08/10001 – DOK 2008/0349554, BStBl I 2008, 736.
- 8) BMF-Entwurf, Rz. 1.
- 9) *Ebenso Brandis* in *Blümich*, § 8c KStG, Rz. 22 (117. Erg.-Lfg. Stand: Nov. 2012); *Roser* in *Gosch*, KStG, 2. Aufl. 2009, § 8c KStG, Rz. 11.
- 10) Vgl. auch *Lang* in *E&Y*, § 8c KStG, Rz. 16.3 (88. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2012).
- 11) Vgl. hierzu *van Lishaut*, FR 2008, 789; zur Kritik am unbestimmten Rechtsbegriff des „vergleichbaren Sachverhalts“, vgl. z.B. *IDW*, IDW-FN. 2007, 194, 204.
- 12) Vgl. *Suchanek* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 8c KStG, Anm. 9 (250. Erg.-Lfg. Stand: Jan. 2012).
- 13) Daraus folgt auch, dass die Fusion von Anstalten des öffentlichen Rechts (wie z.B. Sparkassen) als Vermögensmassen entgegen BMF-Entwurf, Rz. 7 noch immer nicht von § 8c Abs. 1 KStG erfasst werden.
- 14) Vgl. *Lang* in *E&Y*, § 8c KStG, Rz. 28 (75. Erg.-Lfg. Stand: März 2010).
- 15) Vgl. *Suchanek* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 8c KStG, Anm. 26 (246. Erg.-Lfg. Mai 2011); ähnlich *Brandis* in *Blümich*, § 8c KStG, Rz. 45 (117. Erg.-Lfg. Stand: Nov. 2012); *Frotscher* in *Frotscher/Maas*, § 8c KStG, Rz. 27 (122. Erg.-Lfg. Stand: Januar 2014).
- 16) BMF-Entwurf, Rz. 4.

folgen. Nicht nachvollziehbar bleibt vor diesem Hintergrund, warum dabei ausschließlich der Erwerb durch eine natürliche Person vom Anwendungsbereich des § 8c Abs. 1 KStG ausgenommen wird, da es bei der Erbfolge und der unentgeltlichen Erbaueinandersetzung gerade unabhängig von der Person des Erbenden immer an einem rechtsgeschäftlichen Element fehlt, in der Folge also auch der Erwerb durch eine Körperschaft begünstigt sein müsste.¹⁷⁾

b) Übertragung von stimmrechtslosen Vorzugsaktien

Werden neben Stammaktien auch (stimmrechtslose) Vorzugsaktien übertragen, soll die Übertragungsquote der Stammaktien weiterhin nur im Verhältnis zum stimmberechtigten Kapital, aber die der Vorzugsaktien im Verhältnis zum gesamten Kapital ermittelt werden.¹⁸⁾

Vor dem Hintergrund, dass sich das gezeichnete Kapital (Grundkapital) i.S.d. § 6 AktG einer Aktiengesellschaft auch aus Vorzugsaktien zusammensetzt, ist diese Differenzierung nicht sachgerecht. Vielmehr ist bei der Veränderung der Stammaktien ebenso auf das Verhältnis zum gesamten Kapital abzustellen, denn auch der Wortlaut von § 8c KStG sieht hierbei keine Unterscheidung vor.¹⁹⁾

c) Zusammenrechnung mittelbarer und unmittelbarer Beteiligungserwerbe

Bei einer unmittelbaren Anteilsübertragung soll die mittelbare Anteilsänderung anhand der durchgerechneten Beteiligungsquote ermittelt werden.²⁰⁾

Hierbei fehlt es weiterhin an einer Klarstellung, mit welchen prozentualen Anteilen zeitlich versetzte Übertragungsvorgänge einzubeziehen sind, wenn zunächst eine unmittelbare und hieran anschließend eine mittelbare Beteiligung an der Verlustgesellschaft erhöht wird und beide Erwerber als nahe stehende Personen zu qualifizieren sind.

Auf den ersten Blick würde die unmittelbare Erhöhung mit ihrem vollen Anteil und die mittelbare Erhöhung mit ihrem durchgerechneten Anteil – aber nun auf Basis der bereits voll (!) erfassten Erhöhung im unmittelbaren Beteiligungsverhältnis – einbezogen werden. In der Folge wäre der zeitlich vorgelagerte unmittelbare Beteiligungserwerb doppelt erfasst. Aus diesem Grund ist in solchen Fällen die Erhöhung der mittelbaren Beteiligung stets auf Basis der „alten“ unmittelbaren Beteiligungsstruktur zu ermitteln.²¹⁾ Zwei Beispiele verdeutlichen das Problem:

Fall 1 (Zuerst mittelbarer, danach unmittelbarer Erwerb):

A ist zu 80 % an der Körperschaft K₁ beteiligt, die wiederum 50 % an der Körperschaft K₂ hält. In 2008 erhöht A seinen Anteil an K₁ um 10 %-Punkte. In 2009 erwirbt K₁ weitere 20 % an K₂.

Lösung Fall 1:

Der mittelbare Erwerb von 10 % an K₂ durch A geht mit 5 % (10 % × 50 %) in die Berechnung ein. Der unmittelbare Erwerb von 20 % von K₁ geht voll in die Prüfung der Schädlichkeitsquote ein, so dass insgesamt 25 % unmittelbar und mittelbar übertragen werden.

Fall 2 (Zuerst unmittelbarer, danach mittelbarer Erwerb):

Die Erwerbe erfolgen zeitlich in umgekehrter Reihenfolge. In 2008 erwirbt zunächst K₁ die 20 % an K₂. In 2009 erhöht A seinen Anteil an K₁ um 10 %-Punkte.

Lösung Fall 2:

Der unmittelbare Erwerb von 20 % an K₂ durch K₁ geht voll in die Prüfung der Schädlichkeitsquote ein. Der mittelbare Erwerb von A kann auch hier denklogisch nur mit 5 % (10 % × 50 %) in die Berechnung eingehen und nicht mit (10 % × 70 %), da ansonsten der Zuerwerb der 20 % durch K₁ doppelt berücksichtigt würde.

2. Beginn des Fünf-Jahres-Zeitraumes

Bei zeitlich gestreckten Anteilserwerben sind nach Auffassung der FinVerw bis heute sämtliche Anteilserwerbe innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums einzubeziehen, auch wenn die Körperschaft erst im letzten Feststellungszeitpunkt vor Überschreitung der Schädlichkeitsgrenze über nicht genutzte Verluste verfügt.²²⁾

Sinn und Zweck von § 8c KStG ist dagegen, den Handel mit nicht genutzten Verlusten zu verhindern. Insoweit wäre es konsequent, Anteilsübertragungen innerhalb des Fünf-Jahres-Zeitraums nur dann einzubeziehen, wenn die Körperschaft zum Zeitpunkt der jeweiligen Übertragung über nicht genutzte Verluste verfügt.²³⁾

3. Steuerlicher Übertragungstichtag im Rahmen von Umwandlungen

Bei Umwandlungen wird ein abweichender steuerlicher Übertragungstichtag nach § 2 UmwStG von der FinVerw für Zwecke des § 8c KStG konsequent ignoriert.²⁴⁾

Auch wenn für die Bestimmung des Zeitpunkts eines schädlichen Beteiligungserwerbs auf den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums abzustellen ist,²⁵⁾ ist bei Umwandlungsvorgängen § 2 UmwStG *lex specialis*²⁶⁾ und bewirkt, dass die Übertragung zum steuerlichen Übertragungstichtag als stattgefunden zu behandeln ist und das Vermögen des übernehmenden bzw. übertragenden Rechtsträgers so ermittelt wird, als ob es zu diesem Stichtag übergegangen wäre.²⁷⁾

Aus diesem Grund wäre es folgerichtig, auch bei Umwandlungen die Regelung des § 8c KStG auf den Zeitpunkt des steuerlichen Übertragungstichtags zu prüfen.²⁸⁾

17) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Anm. 27 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011).

18) BMF-Entwurf, Rz. 8.

19) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Rz. 23 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011); ebenso Hans, FR 2007, 775, 776.

20) BMF-Entwurf, Rz. 12.

21) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Rz. 23 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011).

22) BMF-Entwurf, Rz. 17.

23) Vgl. nur Frotscher in Frotscher/Maas, § 8c KStG, Rz. 74d (122. Erg.-Lfg. Stand: 1/2014); Brandis in Blümich, § 8c KStG, Rz. 50 (117. Erg.-Lfg. Stand: Nov. 2012); Dörr, NWB F. 4, 5181, 5188; Lang, DStZ 2007, 652, 659; Neyer, BB 2007, 1415, 1419; Altrichter-Herzberg, GmbHR 2010, 799.

24) BMF-Entwurf, Rz. 15.

25) Vgl. Frotscher in Frotscher/Maas, § 8c KStG, Rz. 27b (122. Erg.-Lfg. Stand: Januar 2014); a.A. Roser in Gosch, § 8c KStG, 2. Aufl. 2009, Rz. 35.

26) Ebenso Schumacher/Hageböke, DB 2008, 493, 495.

27) Vgl. BFH v. 17.9.2003, I R 55/02, BStBl II 2004, 534; v. 21.12.2005, I R 66/05, BStBl II 2006, 469.

28) Ebenso Frotscher in Frotscher/Maas, § 8c KStG, Rz. 35c (122. Erg.-Lfg. Stand: Januar 2014); gl.A. Meisel/Bokeloh, BB 2008, 808; Schumacher/Hageböke, DB 2008, 493; Sistermann/Brinkmann, DStR 2008, 897; a.A. Dötsch in Dötsch/Pung/Möhlenbrock, § 8c KStG, Rz. 49 (76. Erg.-Lfg. Stand: Dez. 2012).

V. Erwerber (Rz. 24 bis 27 des BMF-Entwurfs)

1. Personengesellschaften als Erwerber

Erwerber kann nach dem Verständnis der FinVerw (Rz. 24) jede natürliche Person, juristische Person oder Mitunternehmerschaft sein. Für vermögensverwaltende Personengesellschaften gilt eine anteilige Zurechnung nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO.

Die anteilige Zurechnung bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften nach § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO stellt wahrscheinlich eine Billigkeitsmaßnahme dar, da der Begriff der Übertragung an einen Erwerber unter Zugrundelegung einer zivilrechtlichen Betrachtungsweise auszulegen ist,²⁹⁾ so dass auch eine vermögensverwaltend tätige Personengesellschaft ein Erwerber i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG ist. Kehrseite der Billigkeitsmaßnahme ist jedoch, dass eine später eintretende Gewerblichkeit der ehemals vermögensverwaltend tätigen Personengesellschaft, z.B. durch gewerbliche Prägung, nach Ansicht der FinVerw wohl zur Übertragung von den Gesellschaftern auf die Personengesellschaft führt. Entsprechendes gilt wohl auch für den umgekehrten Fall der Entprägung, sofern die jeweilige Schädlichkeitsquote überschritten wird.

Der Fall der gewerblichen Prägung und Entprägung zeigt, dass es konsequenter ist, Personengesellschaften unabhängig davon, ob sie nun eine Mitunternehmerschaft darstellen oder nicht, als Erwerber i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG zu behandeln.

2. Erwerbergruppe mit gleichgerichteten Interessen

Die von § 8c Abs. 1 Satz 3 KStG erfasste Erwerbergruppe muss gleichgerichtete Interessen verfolgen, um als Erwerber i.S.d. § 8c Abs. 1 KStG qualifiziert zu werden. Was gleichgerichtete Interessen sind, wird vom Gesetz nicht erläutert. Nach Auffassung der FinVerw gilt als Indiz hierfür auch die gemeinsame Beherrschung der Körperschaft.³⁰⁾

Wünschenswert wäre eine Klarstellung gewesen, dass es dabei entgegen der Auffassung der FinVerw konkreter Vereinbarungen mündlicher oder schriftlicher Art bedarf, die auf eine Poolung der Interessen der Gesellschafter ausgerichtet sind und an die ein strenger Maßstab anzulegen ist. Demzufolge würde eine – wenn auch langjährig praktizierte – einheitliche Stimmrechtsausübung nicht genügen, um gleichgerichtete Interessen i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 3 KStG anzunehmen.³¹⁾

VI. Rechtsfolgen (Rz. 28 bis 34 des BMF-Entwurfs)

In Bezug auf die Rechtsfolgen erfolgt die wesentlichste Anpassung der Finanzverwaltungsauffassung im Vergleich zu dem BMF-Schreiben vom 4.7.2008. Dieser Umstand ist der Rechtsprechung des BFH³²⁾ geschuldet, wobei die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, dass die FinVerw das Urteil punktgenau umsetzt, ohne jedoch die Auswirkungen der Entscheidung zu Ende zu denken.

1. Unterjähriger Beteiligungserwerb

Die Rechtsfolgen des § 8c Abs. 1 KStG betreffen neben den vorhandenen Verlustvorträgen auch die bis zum schädlichen Beteiligungserwerb erwirtschafteten laufenden Verluste. Bis zu diesem Zeitpunkt erwirtschaftete Gewinne konnten nach Auffassung des BMF bisher nicht mit vorhandenen Verlustvorträgen verrechnet werden.³³⁾ Der Entwurf enthält nun erstmalig eine Aussage darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Verrechnung dennoch stattfinden kann. Soweit das Ergebnis des Wirtschaftsjahres insgesamt positiv sei, könne eine Verrechnung – in den Grenzen der Mindestbesteuerung – erfolgen.³⁴⁾

Im Hinblick auf das erforderliche positive Gesamtergebnis des Wirtschaftsjahres verkennt das BMF erneut den Sinn und Zweck der Regelung des § 8c Abs. 1 KStG, der lediglich verhindern soll, dass vor dem Anteilseignerwechsel entstandene Verluste für das wirtschaftliche Engagement des neuen Anteilseigners genutzt werden.³⁵⁾ Die bis zum schädlichen Beteiligungserwerb erwirtschafteten Gewinne sind allerdings noch vom alten Anteilseigner erwirtschaftet worden – und zwar unabhängig davon, wie sich der Gewinn oder Verlust unter dem neuen Anteilseigner entwickelt – und gehören folglich noch zum gleichen wirtschaftlichen Engagement wie die untergehenden Verluste.

Zudem steht diese Vorgehensweise in völligem Gegensatz zur Rechtsprechung des BFH,³⁶⁾ der sich klar dafür ausgesprochen hat, den Verlustabzug insoweit nicht zu beschränken, als im laufenden Jahr bis zum Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs ein Gewinn erwirtschaftet wurde.

Darüber hinaus führt die Berücksichtigung der Mindestbesteuerung im Extremfall dazu, dass eine zeitgleiche Anwendung von § 10d EStG und § 8c KStG zu einem endgültigen Ausschluss zukünftiger Verlustnutzungsmöglichkeiten führen kann. Soweit der Betrag der maximal zulässigen Verrechnung im Rahmen der Mindestbesteuerung nach § 10d EStG kleiner ist als die bis zum schädlichen Beteiligungserwerb erwirtschafteten Gewinne, gehen in der Folge Verlustvorträge unter, die dem Grunde nach noch mit den erwirtschafteten Gewinnen hätten verrechnet werden können. Insoweit führt die Mindestbesteuerung zu einem finalen Untergang bestehender Verlustvorträge. Der BFH hat in diesem Fall ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung.³⁷⁾

Fall 3:³⁸⁾

Der Gesamtbetrag der Einkünfte des Wirtschaftsjahres beträgt 3 Mio. €. Davon wurde vor dem Zeitpunkt des (unterjährigen) schädlichen Beteiligungserwerbs ein Ge-

29) BFH v. 20.8.2003, I R 81/02, BStBl II 2004, 614 zu § 8 Abs. 4 a.F.

30) BMF-Entwurf, Rz. 27; vgl. auch BT-Drucks. 16/5491, 22.

31) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Anm. 37 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011); ähnlich Neyer, BB 2007, 1415, 1417.

32) BFH v. 30.11.2011, I R 14/11, BStBl II 2012, 360.

33) Vgl. BMF v. 4.7.2008, IV C – S 2745a/08/10001 – DOK 2008/0349554, BStBl I 2008, 736, Rz. 31.

34) BMF-Entwurf, Rz. 31 f.

35) Vgl. BT-Drucks. 16/4841, 34 und 76.

36) BFH v. 30.11.2011, I R 14/11, BStBl II 2012, 360.

37) BFH v. 26.8.2010, I B 49/10, BStBl II 2011, 826.

38) In Anlehnung an BMF-Entwurf, Rz. 32b, Beispiel 7b, Lösung B14.

winn von 2,4 Mio. € erzielt. Der Verlustvortrag beträgt 11 Mio. €.

Lösung Fall 3:

Im Rahmen von § 10d EStG können maximal 2,2 Mio. € (1 Mio. € + 60 % des 1 Mio. € übersteigenden Betrags des GdE) der Verlustvorträge im aktuellen Wirtschaftsjahr mit Gewinnen verrechnet werden. Dem Grunde nach stehen jedoch 2,4 Mio. € der bis zum schädlichen Beteiligungserwerb erwirtschafteten Gewinne für eine Verrechnung zur Verfügung. Auf Grund der Mindestbesteuerung kommt es zu einem Untergang des Verlustvortrags i.H.v. 8,8 Mio. € (11 Mio. € ./ 2,2 Mio. €). Bei einer vollen Verrechnungsmöglichkeit wären lediglich Verlustvorträge i.H.v. 8,6 Mio. € (11 Mio. € ./ 2,4 Mio. €) untergegangen. Demzufolge führt die Berücksichtigung der Mindestbesteuerung in diesem Fall zu einem finalen Verlustuntergang i.H.v. 0,2 Mio. €.

2. Unterjähriger Beteiligungserwerb am Organträger

In Bezug auf Organschaften hat bedauerlicherweise keine Anpassung an das BFH-Urteil vom 30.11.2011³⁹⁾ stattgefunden. Ein (unterjähriger) schädlicher Beteiligungserwerb auf Ebene des Organträgers führt nach Auffassung der FinVerw weiterhin dazu, dass dessen Verlustvorträge nicht mehr mit den Gewinnen der Organgesellschaften verrechnet werden können, weil deren Einkommenszurechnung erst zum Ende des Wirtschaftsjahres – mithin nach dem Verlustuntergang – erfolgt.⁴⁰⁾

Das Ergebnis ist im Hinblick auf den Stichtagsgedanken von § 8c KStG nicht zu rechtfertigen. § 8c KStG ist in keinerlei Hinsicht mit den Regelungen in §§ 14 ff. KStG abgestimmt, was u.E. eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes darstellt, die durch Auslegung zu schließen ist. Wenn die bis zum schädlichen Beteiligungserwerb nicht ausgeglichenen negativen Einkünfte zeitlich nach dem schädlichen Beteiligungserwerb nicht mehr abziehbar sein sollen, ist nach dem Verständnis des BFH damit eine eindeutige zeitliche Zäsur (Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs) angeordnet. Diese Zäsur kann je nach dem konkreten Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs aber auch als Abkürzung der Ermittlungsperiode im laufenden Wirtschaftsjahr/Kalenderjahr eintreten („unterjähriger Beteiligungserwerb“), was wiederum sowohl die Einbeziehung zeitpunktbezogen vorher erwirtschafteter negativer Einkünfte als auch positiver Einkünfte rechtfertigt. Gegenstand des Verlustabzugsverbots des § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG ist dann entweder die Summe aus dem verbleibenden Verlustvortrag (Feststellung zum 31. Dezember des Vorjahres bei kalenderjahrgleichem Wirtschaftsjahr) und dem „laufenden Verlust“ oder der Saldo aus dem verbleibenden Verlustvortrag und dem „laufenden Gewinn“.⁴¹⁾

Diese zeitliche Zäsur ist im Rahmen von ertragsteuerlichen Organschaftsverhältnissen ebenfalls zu beachten. Mangels dem entgegen stehender Regelungen hat daher für Zwecke des § 8c KStG auf den Tag des schädlichen Beteiligungserwerbs eine Zurechnung des Organeinkommens an den Organträger zu erfolgen, so dass von den Rechtsfolgen des § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG das zusammengefasste Ergebnis von Organträger und Organgesellschaft betroffen ist.⁴²⁾

VII. Konzernklausel (Rz. 39 bis 47 des BMF-Entwurfs)

Ein schädlicher Beteiligungserwerb liegt nach § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG nicht vor, wenn am übertragenden und am übernehmenden Rechtsträger dieselbe Person zu jeweils 100 % mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist. Wortlautgemäß wird mindestens ein dreistufiger Aufbau gefordert. Es muss die Verlustkörperschaft, einen übernehmenden und einen übertragenden Rechtsträger sowie eine weitere Person geben, die am übernehmenden und übertragenden Rechtsträger mittelbar oder unmittelbar zu 100 % beteiligt ist.

Die wortlautgetreue Auslegung führt jedoch dazu, dass eine Vielzahl von Sachverhalten – trotz einer eindeutigen Gesetzesbegründung⁴³⁾ – von der Konzernklausel nicht erfasst wird. Bedauerlicherweise schafft auch hier der neue BMF-Entwurf keine Besserung, sondern hält sich exakt an den viel zu eng gefassten Wortlaut der Norm.

1. „Dieselbe Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG

Nach Auffassung des BMF kann eine Personengesellschaft oder ein anderer Personenzusammenschluss nicht „dieselbe Person“ i.S.d. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG sein.⁴⁴⁾ Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund völlig unverständlich, als das zumindest Mitunternehmenschaften nach dem Verständnis der FinVerw als potenzielle Erwerber infrage kommen.⁴⁵⁾ Warum sie aber dann vom Anwendungsbereich der Konzernklausel ausgeschlossen sein sollen, kann nicht nachvollzogen werden.

Auch börsennotierte Unternehmen werden ausgeschlossen, da an der Spitze eines Konzerns regelmäßig mehrere Personen beteiligt sind und es in der Folge an der Beteiligung „derselben Person“ (Einzahl) fehlt. Der gesetzliche Plan der Konzernklausel ist jedoch, dass sie auch die Übertragungen auf oder durch die Konzernspitze erfasst,⁴⁶⁾ so dass im Wortlaut des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG u.E. eine planwidrige Unvollständigkeit festzustellen ist. Diese Unvollständigkeit ist durch einen Analogieschluss zu lösen, der die Anwendung von § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG auch auf diese Übertragungen zum Gegenstand hat.⁴⁷⁾

39) BFH v. 30.11.2011, I R 14/11, BStBl II 2012, 360.

40) Zur wirtschaftsbezogenen Einkommenszurechnung vgl. Kolbe in Herrmann/Heuer/Raupach, § 14 KStG, Anm. 87 (222. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2006).

41) Siehe hierzu BFH v. 30.11.2011, I R 14/11, BStBl II 2012, 360, Rz. 13.

42) Vgl. auch Suchanek, GmbHR 2008, 292, 296; ebenso Frottscher in Frottscher/Maas, § 8c KStG, Rz. 80e (122. Erg.-Lfg. Stand: Januar 2014).

43) Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

44) BMF-Entwurf, Rz. 41.

45) BMF-Entwurf, Rz. 24.

46) Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

47) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Rz. 48 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011); Frottscher in Frottscher/Maas, § 8c KStG, Rz. 107 (122. Erg.-Lfg. Stand: 1/2014); Eisgruber/Schaden, Ubg 2010, 73, 78; Fey/Neyer, StuB 2010, 47, 51 f.; Orth, Ubg 2010, 169, 176; Rödder, Ubg 2010, 162, 163; Lang, Der Konzern 2010, 35, 39; Dörr, NWB 2010, 184, 188; a.A. Dötsch in Dötsch/Jost/Pung/Witt, Die Körperschaftsteuer, § 8c KStG, Rz. 59e (70. Erg.-Lfg. Stand: Dez. 2010); Brandis in Blümich, § 8c KStG, Rz. 47 (117. Erg.-Lfg. Stand: Nov. 2012).

2. Erfordernis einer Beteiligung am übertragenden und übernehmenden Rechtsträger

Natürlichen Personen, Stiftungen oder Gebietskörperschaften bleibt die Anwendung der Konzernklausel ebenfalls versperrt, soweit sie an der Spitze eines Konzerns stehen, da an ihnen denkbare Beteiligungsverhältnisse bestehen kann.

Auch hier, trotz eindeutiger Gesetzesbegründung,⁴⁸⁾ nach der alle Umstrukturierungen von § 8c Abs. 1 KStG ausgenommen werden sollen, die ausschließlich innerhalb eines Konzerns stattfinden und an dessen Spitze zu 100 % eine einzelne Person oder Gesellschaft steht – was bei Übertragungen durch oder auf eine natürliche Person erfüllt ist –,⁴⁹⁾ sieht das BMF an dieser Situation keinen Änderungsbedarf und hält sich an die restriktive Wortlautauslegung,⁵⁰⁾ wenngleich sie mit dem Sinn und Zweck der Konzernklausel nicht vereinbar ist.⁵¹⁾

3. Diskriminierung des down-stream-mergers?

In Rz. 45 des Entwurfs wird für den Fall eines down-stream-mergers die Anwendung der Konzernklausel verneint. Hierbei wird als Beispiel genannt, dass eine AG alleinige Gesellschafterin einer GmbH ist, die auf die ihr gehörende Verlustgesellschaft verschmolzen wird.

Es ist zu hoffen, dass in dem Beispiel angenommen wird, dass hinter der AG mehrere Personen stehen. Wenn dies nicht der Fall wäre, wäre ein schlüssiges Differenzierungskriterium aus unserer Sicht nicht ersichtlich. Hier ist die FinVerw zur Klarstellung aufgerufen.

VIII. Stille-Reserven-Klausel (Rz. 49 bis 65 des BMF-Entwurfs)

Ein Verlustvortrag der Körperschaft bleibt trotz schädlichem Beteiligungserwerb gem. § 8c Abs. 1 Satz 6 ff. KStG in Höhe der im Inland steuerpflichtigen stillen Reserven erhalten. Für die Ermittlung der stillen Reserven ist vom anteiligen bzw. gesamten Eigenkapital der steuerlichen Gewinnermittlung der gemeine Wert der auf dieses Eigenkapital entfallenden Anteile abzuziehen. Ein verbleibender negativer Betrag entspricht den stillen Reserven der Körperschaft.

1. Ermittlung des „gemeinen Werts der Anteile“

Ein „gemeiner Wert der Anteile“ kann grundsätzlich aus einem Kaufpreis oder einer Unternehmensbewertung abgeleitet werden. Nach Auffassung des BMF ist bei entgeltlichen Erwerben jedoch stets der Kaufpreis maßgebend und nur in Ermangelung eines Entgelts könne auf den Wert einer Unternehmensbewertung zurückgegriffen werden.⁵²⁾

Hierdurch werden all jene Transaktionen benachteiligt, bei denen der gezahlte Kaufpreis kleiner ist als der tatsächliche gemeine Wert der Anteile. Dies kann beispielsweise bei börsennotierten Gesellschaften der Fall sein, bei denen die Übertragung kleiner „Anteilsportionen“ zu einem Verlustuntergang geführt hat, da der Börsenkurs die Wertvorstellungen der Anlegerseite repräsentiert, die tatsächlichen hochgerechneten Gewinnerwartungen oder die Substanz der Körperschaft aber wesentlich höher sind.⁵³⁾

In der Folge wäre es sachgerecht, den „gemeinen Wert der Anteile“ trotz Vorhandensein eines Kaufpreises auch durch eine Unternehmensbewertung ableiten zu können. Denn auch bei einem negativen Eigenkapital der Verlustgesellschaft erlaubt § 8c Abs. 1 Satz 8 KStG das Heranziehen des gemeinen Werts des Betriebsvermögens der Körperschaft, trotz Existenz eines Kaufpreises.⁵⁴⁾

2. Stille Reserven im von § 8b KStG begünstigten Beteiligungsbesitz

Ein Verlustuntergang unterbleibt lediglich in Höhe der „im Inland steuerpflichtigen“ stillen Reserven. Aus diesem Grund sollen stille Reserven aus Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, die von der Verlustgesellschaft gehalten werden, auf Grund von § 8b Abs. 2 KStG nicht in die Berechnung der stillen Reserven einzubeziehen sein.⁵⁵⁾

Zwar bietet § 8b KStG die Möglichkeit der körperschaftsteuerlichen und über § 7 Satz 1 GewStG auch der gewerbsteuerlichen steuerfreien Ausschüttung bzw. Veräußerung der Beteiligung an der Kapitalgesellschaft, jedoch handelt es sich hierbei nicht um eine Steuersubvention oder -vergünstigung, sondern um eine „technische“ Steuerbefreiung. Denn § 8b KStG soll die mehrmalige Besteuerung auf allen Beteiligungsstufen bei einer Durchschüttung von Gewinnen und auf Grund der Vergleichbarkeit mit einer Vollausschüttung auch bei Veräußerungsgewinnen verhindern.⁵⁶⁾

Systematisch ist daher eine Ausnahme bei der Berechnung der stillen Reserven nicht zu rechtfertigen. Aus diesem Grund sollten stille Reserven im von § 8b KStG begünstigten Beteiligungsbesitz bei der Ermittlung der stillen Reserven berücksichtigt werden.⁵⁷⁾

3. Stille Reserven in Organgesellschaften

Das BMF geht entsprechend der vorstehenden Ausführung davon aus, dass auch stille Reserven der Organgesellschaften nicht für eine Verlusterhaltung beim Organträger zur Verfügung stehen.⁵⁸⁾

Negative Auswirkungen hat die Regelung insbesondere dann, wenn der Organträger über die nicht genutzten Verluste verfügt, aber die Organgesellschaften über die stillen Reserven. In der Folge würde ein Verlustvortrag des Organträgers im Falle eines schädlichen Beteiligungserwerbs grundsätzlich nicht durch die Stille-Reserven-Klausel erhalten bleiben.⁵⁹⁾

48) Vgl. BT-Drucks. 17/15, 19.

49) Ebenso Bien/Wagner, BB 2009, 2627, 2628; Dörr, NWB 2010, 184, 187; Eisgruber/Schaden, Ubg 2010, 73, 79; Lang, Der Konzern 2010, 35, 37; Scheunemann/Dennissen/Behrens, BB 2010, 23, 25; Suchanek, StBW 2010, 25, 26; wohl auch Neumann in FS Streck, 2011, 103, 111.

50) BMF-Entwurf, Rz. 46.

51) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Rz. 48 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011).

52) BMF-Entwurf, Rz. 40.

53) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Rz. 62 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011).

54) BMF-Entwurf, Rz. 56.

55) BMF-Entwurf, Rz. 52.

56) Vgl. BT-Drucks. 14/2683, 120; BFH v. 23.1.2008, I R 101/06, BStBl II 2008, 719.

57) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Rz. 57 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011).

58) BMF-Entwurf, Rz. 61.

59) Vgl. Frey/Mückel, AG 2009, 866, 868 f.

Unter systematischen Gesichtspunkten gelten hierbei die gleichen Ausführungen wie zu den stillen Reserven in von § 8b KStG begünstigtem Beteiligungsbesitz. Darüber hinaus führt ein schädlicher Beteiligungserwerb auf Ebene des Organträgers zugleich auch auf Ebene der mittelbaren Beteiligungsstufen zu einem Untergang nicht genutzter Verluste. Dementsprechend wäre es sachgerecht, stille Reserven aller Stufen, dann ggf. auch mehrmals, für den Verlusterhalt zu berücksichtigen.⁶⁰⁾

4. Gemeiner Wert der Anteile bei negativem Eigenkapital

Verfügt die Verlustgesellschaft über ein negatives Eigenkapital, soll zur Bewertung des gemeinen Werts der Anteile ausschließlich der gemeine Wert des Betriebsvermögens der Verlustgesellschaft durch eine Unternehmensbewertung maßgebend sein.⁶¹⁾

Auch in diesem Fall wäre es sachgerecht, für die Bewertung des Betriebsvermögens einen gezahlten Kaufpreis für die Anteile heranziehen zu können, da es in der Praxis regelmäßig keinen besseren Anhaltspunkt für einen gemeinen Wert geben kann als ein unter fremden Dritten gezahltes Entgelt.⁶²⁾

5. Verrechnungsreihenfolge von stillen Reserven mit nicht genutzten Verlusten

Bei einem schädlichen Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 KStG gehen neben den Verlustvorträgen nach § 10d EStG bzw. 10a GewStG und den laufenden negativen Einkünften auch die Verluste nach §§ 2a, 15 Abs. 4, 15a und 15b EStG mit unter.⁶³⁾ Die Körperschaft kann demnach insbesondere auch über die Beteiligung an einer Personengesellschaft über verschiedene „Verlustarten“ verfügen, die ausschließlich mit zukünftigen Gewinnen verrechenbar sind.

Nach § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG bleiben Verluste jedoch in Höhe der „gesamten (...) stillen Reserven“ erhalten. Der BMF-Entwurf sieht nun aber vor, dass stille Reserven, die einem bestimmten Verlustbereich (z.B. einer Tätigkeit im Rahmen von § 15 Abs. 4 EStG) zugeordnet werden können, dort für die Verlusterhaltung zur Verfügung stehen, aber dort auch „verbraucht“ werden, so dass sie in der Anwendung der Stille-Reserven-Klausel nicht mehr gleichzeitig für den Erhalt anderer Verlustarten verwendet werden können. Nur wenn die verrechenbaren Verluste kleiner als die diesem Bereich zuzuordnenen stillen Reserven sind, kann ein verbleibender Betrag mit anderen Verlusten verrechnet werden.

Damit würde für die Verrechnung von stillen Reserven die gleiche Reihenfolge wie im Fall deren tatsächlicher Realisierung gelten.⁶⁴⁾

Fall 4:

Die Körperschaft K, bei der ein schädlicher Beteiligungserwerb nach § 8c Abs. 1 Satz 2 KStG realisiert wurde, verfügt über Verluste nach § 10d EStG i.H.v. 1 Mio. € und nach § 2a EStG i.H.v. 1,5 Mio. €. Die stillen Reserven der K betragen 1,5 Mio. € und sind ausschließlich dem von § 2a EStG betroffenen Bereich zuzuordnen.

Lösung Fall 4 (BMF):

Nach Auffassung des BMF stehen die den Einkünften i.S.d. § 2a EStG zuzuordnenen stillen Reserven vorrangig

für den Erhalt der nur nach § 2a EStG verrechenbaren Verluste zur Verfügung. In diesem Fall würden die Verluste nach § 2a EStG i.H.v. 1,5 Mio. € auf Grund der zugehörigen stillen Reserven i.H.v. 1,5 Mio. € vollständig erhalten bleiben und der Verlust nach § 10d EStG i.H.v. 1 Mio. € mangels verbleibender stiller Reserven vollständig untergehen.

Diese Vorgehensweise steht allerdings nicht mit dem Gesetzeswortlaut in Einklang, wonach die gesamten im Inland steuerpflichtigen stillen Reserven für die Berechnung der zu erhaltenen Verluste herangezogen werden sollen. Auch ist sie nicht mit dem Sinn und Zweck der Vorschrift vereinbar, die lediglich den Handel mit Verlusten einschränken soll.⁶⁵⁾ Ferner ist zu berücksichtigen, dass es für einen Zinsvortrag in § 8a Abs. 1 Satz 3 KStG eine Regelung zur Stille-Reserven-Klausel gibt. Für andere Verluste existiert eine entsprechende Regelung nicht.

Darüber hinaus kann die Reihenfolge insbesondere auch nicht mit der Verrechnungsreihenfolge im Fall der tatsächlichen Realisierung der stillen Reserven gerechtfertigt werden, weil ein einzelner schädlicher Beteiligungserwerb i.S.d. § 8c Abs. 1 KStG auch zum anteiligen bzw. vollständigen Untergang aller Verlustarten führt und für deren Erhalt folgerichtig auch alle stillen Reserven Berücksichtigung finden müssten.⁶⁶⁾

Lösung Fall 4 (sachgerecht):

Im Rahmen der Verluste nach § 2a EStG i.H.v. 1,5 Mio. € reichen die stillen Reserven i.H.v. 1,5 Mio. €, so dass die Verluste vollständig erhalten blieben. Bezüglich der Verluste nach § 10d EStG übersteigen die stillen Reserven i.H.v. 1,5 Mio. € die Verluste, so dass auch sie ebenfalls vollständig erhalten bleiben müssten.

IX. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich die FinVerw im neuen Entwurf zu § 8c KStG erneut äußerst restriktiv positioniert und ausschließlich dort Korrekturen vornimmt, wo gegenläufige Rechtsprechung existiert. Keinen Klarstellungs- oder Änderungsbedarf sieht sie in den Fällen, in denen der Wortlaut der Vorschrift zu einer deutlichen Mehrbelastung des Stpfl. führt. Dagegen schränkt sie den Anwendungsbereich der Norm immer dann ein, wenn der Wortlaut oder die Gesetzesbegründung zu einem für den Stpfl. günstigeren Ergebnis führen würde. Insbesondere zu kritisieren ist die enge Auslegung der Konzernklausel sowie die restriktive Haltung im Bereich der Stille-Reserven-Klausel.

Es bleibt zu hoffen, dass die FinVerw die Möglichkeit der Anhörung der Spitzenverbände nutzt, um das BMF-Schreiben entsprechend zu überarbeiten.

60) Ähnlich Sistermann/Brinkmann, DStR 2009, 2633, 2637; Rödder/von Freeden, Ubg 2010, 551, 553.

61) BMF-Entwurf, Rz. 56.

62) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Rz. 68 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011).

63) BMF-Entwurf, Rz. 2.

64) BMF-Entwurf, Rz. 65.

65) Ebenso Frotscher in Frotscher/Maas, § 8c KStG, Rz. 156c (122. Erg.-Lfg. Stand: Januar 2014); im Ergebnis auch Schnitger/Rometzki, Ubg 2013, 1, 5f.; a.A. Frey/Mückel, GmbHR 2010, 71, 77. Schneider/Roderburg, FR 2010, 58, 62, gehen von einem Wahlrecht für den Stpfl. aus.

66) Vgl. Suchanek in Herrmann/Heuer/Raupach, § 8c KStG, Rz. 55 (246. Erg.-Lfg. Stand: Mai 2011); ebenso Breuninger, JbFSt 2010/2011, 345.