

Betriebs Berater

// WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Heiner Feldhaus, RA, und Carolin Vanscheidt, RA in
„Strukturelle Änderungen“ der Europäischen Aktiengesellschaft im Lichte von Unternehmenstransaktionen 2246

Prof. Dr. iur. Dr. rer. pol. Dr. h.c. Franz Jürgen Säcker
Die Abberufung des Aufsichtsratsvorsitzenden im mitbestimmten Unternehmen 2252

Wolf Stumpf, RA, und Andrea Lamberti, RA in
Die Haftung des Treuhandkommanditisten in einer GmbH & Co. KG wegen der Verletzung von Aufklärungspflichten gegenüber Kapitalanlegern 2255

BGH: Zur zeitlichen Beschränkung des Schadensersatzanspruchs bei außerordentlichen Kündigungen
BB-Kommentar von Prof. Dr. F. Christian Genzow 2262

// STEUERRECHT

Gabriele Erhart, WPin/StBin, und Dr. Hannspeter Riedel, RA/FAStR
Disquotale Gewinnausschüttungen bei Kapitalgesellschaften – gesellschafts- und steuerrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten 2266

Henning Rolf, RA/FAStR/StB, und Frank Pankoke, StB/LL.M.
Gewinnrealisierung und Aufwandsentlastung als Gegenmaßnahmen zur Verlustabzugsbeschränkung innerhalb von Konzernstrukturen 2274

// BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Michael Knittel, WP/StB/RA/FAStR/Fachberater IStR, und Rüdiger Eble, vBP/StB
Bilanzielle Auswirkungen der Sitzverlegung einer Europäischen Aktiengesellschaft 2283

BFH: Übergang des wirtschaftlichen Eigentums bei Aktienkauf
BB-Kommentar von Klaus D. Hahne, StB 2288

// ARBEITSRECHT

Dr. Rainer Thum, RA/FAArbR
AGG und Betriebliche Altersversorgung – Anpassungsbedarf für Versorgungsordnungen? 2291

LAG Hessen: Keine Friedenspflicht bei Statuswechsel
BB-Kommentar von Lars Möller, RA 2296

// BB-MAGAZIN

Georg Lanfermann, WP/StB
Europäische Aktiengesellschaft und Europäische Privatgesellschaft: Europa macht seine Rechtsformen fit für den Wettbewerb M1

Stefanie Claudia Müller
Spanien lockt Anwälte – Interview mit dem deutsch-spanischen Anwalt Karl Lincke M16

Weitere Einschränkungen resultieren – je nach Motiv und Ausgestaltung der jeweiligen disquotalen Gewinnabrede – aus den steuerrechtlichen Rahmenbedingungen. Einer endgültigen individuellen Gewinnverteilung will die Finanzverwaltung entgegen der Auffassung des Bundesfinanzhofs nur zustimmen, wenn der begünstigte Gesellschafter Sonderleistungen für die Gesellschaft erbracht hat, die nicht gesondert vergütet wurden. Diese Rechtsauffassung ist abzulehnen. Mit weitgehender steuerlicher Rechtssicherheit kann eine inkongruente Gewinnausschüttung aber nur über Vorzugsanteile, Tracking Stocks oder einen Dividendenverzicht gestaltet werden. Diesen Maßnahmen fehlt jedoch meist die in der Praxis erforderliche Flexibilität. Im Gesamturteil scheitern somit flexible individuelle Gewinnverteilungsabreden – auch bei der GmbH – regelmäßig an der Hürde der steuerlichen Behandlung.

Insbesondere wenn die periodenübergreifende steuerliche Optimierung im Vordergrund steht, empfiehlt es sich daher, nicht bei der Gewinnverteilung, sondern bei der Gewinnverwendung anzusetzen. Wird Letztere individuell gestaltet, was durch die Bildung gesellschafterbezogener Rücklagen erreicht werden kann, ist der Nichtanwendungserlass der Finanzverwaltung nicht einschlägig. Allerdings lässt sich eine dauerhaft flexible individuelle Gewinnverwendung aus den vorgenannten Gründen nur bei einer GmbH einfach gestalten.

Nicht zielführend ist regelmäßig die Stundung des Ausschüttungsanspruchs; dies gilt für Kapitalgesellschaften in der Rechtsform einer GmbH ebenso wie für Aktiengesellschaften.

// Autoren

Gabriele Erhart, Diplom-Betriebswirtin (FH), WPin, StBin, Partnerin der SPITZWEG Partnerschaft, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, München. Sie leitet die Fachbereiche Wirtschaftsprüfung und Internationale Rechnungslegung. Ihre Tätigkeitsschwerpunkte sind IAS/IFRS und US-GAAP, betriebliche Umstrukturierungen/Umwandlungen, gesetzliche und freiwillige Abschlussprüfungen, Sonderprüfungen nach Aktien- und Umwandlungsrecht, betriebswirtschaftliche Gutachten und Unternehmensbewertungen.



Dr. Hannspeter Riedel, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Partner der SPITZWEG Partnerschaft, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, München. Er leitet den Fachbereich Gesellschaftsrecht. Seine Tätigkeitsschwerpunkte sind die Unternehmensnachfolge, betriebliche Umstrukturierungen/Umwandlungen sowie Unternehmenstransaktionen.



Henning Rolf, RA/FAStR/StB, und Frank Pankoke, StB/LL.M.

Gewinnrealisierung und Aufwandsentlastung als Gegenmaßnahmen zur Verlustabzugsbeschränkung innerhalb von Konzernstrukturen

Betriebswirtschaftliche Überlegungen machen oftmals die Umstrukturierung von Konzernen erforderlich. Die strategische Unternehmensplanung muss dabei eine Vielzahl steuerlicher Regelungen berücksichtigen, die eine erfolgreiche Umstrukturierung behindern oder zumindest erschweren könnten. Dazu zählen insbesondere die gesetzgeberischen Maßnahmen zur Verlustabzugsbeschränkung, die den Steuerpflichtigen immer dann treffen, wenn eine Tochtergesellschaft mit steuerlichem Verlustvortrag verkauft werden soll. Der vorliegende Beitrag zeigt verschiedene gestalterische Maßnahmen auf, die im Rahmen geplanter Konzernumstrukturierungen zur Vermeidung einer Verlustabzugsbeschränkung in Betracht gezogen werden können.

I. Einleitung

Das Unternehmensteuerrecht kennt zahlreiche Regelungen, wonach die Möglichkeit zur Nutzung eines verbleibenden Verlustvortrags eingeschränkt oder sogar gänzlich ausgeschlossen ist. So sei an dieser Stelle nur beispielhaft auf die bereits mit Umsetzung des SEStEG¹ ab-

geschaffte Verlustvortragsnutzung durch den übernehmenden Rechtsträger hingewiesen.²

Doch bei Weitem brisanter und vor allem aktueller sind die durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008³ neu gefassten Vorschriften zum Verlustabzug bei Körperschaften, umgesetzt in § 8c KStG.⁴ Danach wird die Verlustabzugsbeschränkung von einem Anteilseignerwechsel abhängig gemacht und dessen Umfang durch eine zweistufige Prüfung ermittelt (schädlicher Beteiligungserwerb).⁵ Das BMF hat jüngst mit der Veröffentlichung eines Anwendungsschreibens zur Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften (§ 8c KStG)⁶ reagiert. Ohne jedoch

1 Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften, BGBl. I 2006, 2782.

2 Vgl. § 12 Abs. 3 Halbsatz 2 UmwStG n.F., der insbesondere § 4 Abs. 2 UmwStG n.F. für analog anwendbar erklärt.

3 BGBl. I 2007, 1912.

4 Bislang als Vorschriften zum sog. Mantelkauf in § 8 Abs. 4 KStG a.F. geregelt. Zur weiteren Anwendbarkeit des § 8 Abs. 4 KStG a.F. siehe § 34 Abs. 6 Satz 4 KStG.

5 Vgl. zu § 8c KStG umfassend von *Freedon*, in: Schaumburg/Rödder: Unternehmensteuerreform 2008, München 2007, 521ff.; *Zerwas/Fröhlich*, DStR 2007, 1933; *Lenz/Ribbrock*, BB 2007, 587.

6 Vgl. BMF, 4.7.2008 – IV C 7 – S 2745-a/08/10001, abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de.

näher auf die einzelnen Regelungsbereiche eingehen zu wollen,⁷ bleibt festzuhalten, dass die Neuregelung der Verlustabzugsbeschränkung eine erhebliche Verschärfung für den Steuerpflichtigen darstellt.

Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, nach Möglichkeiten zu suchen, von den einschlägigen Vorschriften zur Beschränkung oder Versagung des Verlustabzugs nicht betroffen zu sein, wenn wie nachfolgend unterstellt, körperschaftsteuerliche und gewerbsteuerliche Verlustvorträge in gleicher Höhe bestehen. Als Grundlage gestalterischer Überlegungen können insbesondere die vom Steuergesetzgeber selbst fiskalisch motivierten Anstrengungen, einen möglichst hohen steuerlichen Gewinn zu erfassen, herangezogen werden. Daneben existiert eine Vielzahl gängiger Maßnahmen zur Vermeidung einer drohenden Verlustabzugsbeschränkung, die auf Grund der verschärften Rechtslage zunehmend an Bedeutung gewinnen werden.

Grundsätzlich müssen sich jedoch sämtliche Gestaltungen an der Missbrauchsvorschrift des § 42 AO messen lassen. Rückendeckung erhält der Steuerpflichtige in diesen Fällen vom BFH.⁸ Zielt dementsprechend eine Gestaltung darauf ab, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften das Verlustausgleichspotenzial möglichst umfassend auszuschöpfen, kann sie grundsätzlich nicht als missbräuchlich verworfen werden. Das gilt grundsätzlich für alle Gestaltungen, die der Rettung eines vom Verfall bedrohten Verlustabzugs dienen.⁹

II. Gestaltungsansätze

1. Das Abzinsungsgebot des § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG

Nach § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG sind unverzinsliche Verbindlichkeiten mit einer Restlaufzeit von mindestens 12 Monaten in der Steuerbilanz mit 5,5 Prozent abzuzinsen. Ausgenommen sind lediglich Verbindlichkeiten, die auf einer Anzahlung oder Vorausleistung beruhen.

Stellt der Anteilseigner seiner Kapitalgesellschaft ein unverzinsliches endfälliges Darlehen in Höhe von 1 Mio. Euro zur Verfügung, hat die empfangende Kapitalgesellschaft grundsätzlich das Abzinsungsgebot des § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG zu beachten. Bei einer vereinbarten zehnjährigen Laufzeit ergibt sich ein Abzinsungsbetrag am Jahresende in Höhe von 382 000 Euro und ein Bilanzansatz der Darlehensverbindlichkeit in der Steuerbilanz in Höhe von 618 000 Euro.¹⁰ Der Abzinsungsbetrag erhöht das steuerliche Ergebnis, das durch den bestehenden Verlustvortrag ausgeglichen werden kann. In den Folgejahren ist die Darlehensverbindlichkeit entsprechend der jeweiligen Restlaufzeit aufwandswirksam aufzuzinsen.¹¹ Dem Abzinsungsgebot kommt somit die gleiche wirtschaftliche Funktion zu wie die eines Verlustvortrags, jedoch ohne von einer Verlustabzugsbeschränkung erfasst zu werden.

Der BFH¹² hat allerdings die Frage aufgeworfen, ob § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG auf unverzinsliche eigenkapitalersetzende Darlehensverbindlichkeiten Anwendung findet. Denn durch die Abzinsung der Darlehensverbindlichkeit der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter wird eine unentgeltliche Gesellschafterleistung bei der Gesellschaft steuerpflichtig, die bei der Gewährung von Eigenkapital nicht steuerpflichtig wäre. Da es sich jedoch lediglich um ein obiter dictum handelte, konnte diese Frage unbeantwortet bleiben.

In der Literatur wird die Anwendbarkeit des § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG auf unverzinsliche Gesellschafterdarlehen unterschiedlich beurteilt. So will *van de Loo*¹³ den Ertrag aus der Abzinsung als verdeckte Gesellschaftereinlage qualifizieren und somit außerbilanziell korrigieren. Die spätere Aufzinsung soll als sofort abziehbare Betriebsausgabe be-

rücksichtigt werden können, ohne dass bei dem darlehensgewährenden Gesellschafter korrespondierende steuerpflichtige Einnahmen vorliegen. In der neueren Literatur¹⁴ wird dagegen zunehmend die Auffassung vertreten, dass unverzinsliche Gesellschafterdarlehen von dem Abzinsungsgebot erfasst werden. Insbesondere soll die Aussicht auf in Zukunft höhere Ausschüttungen keine verdeckte Zinszahlung darstellen.

In diesem Zusammenhang hat der Große Senat des BFH¹⁵ entschieden, dass der von einem Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft gewährte Vorteil, ein Darlehen zinslos nutzen zu können, steuerrechtlich kein einlagefähiges Wirtschaftsgut sei. Ob Gleiches auch noch nach Einführung des § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG durch das StEntG 1999/2000/2002¹⁶ zu gelten hat und ob sich somit der Abzinsungsbetrag direkt auf das steuerliche Ergebnis auswirkt und eben nicht als ergebnisneutrale Einlage zu qualifizieren ist, ist soweit ersichtlich bislang (noch) nicht Gegenstand einer weiteren gerichtlichen Überprüfung gewesen.¹⁷

Ungeachtet der in der Literatur erhobenen Kritik vertritt das BMF¹⁸ die Auffassung, dass die Regelung zur Abzinsung von Verbindlichkeiten gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 3 EStG auch auf unverzinsliche Verbindlichkeiten von Körperschaften gegenüber ihren Anteilseignern anzuwenden ist. Zumindest solange die Finanzverwaltung ihre Auffassung beibehält, kann das Abzinsungsgebot zur Vermeidung einer Verlustabzugsbeschränkung genutzt werden. Daran dürfte auch § 42 Abs. 2 AO nichts ändern.¹⁹

Abschließend sei noch erwähnt, dass die unverzinsliche Hingabe von Darlehensmitteln ebenfalls zur Verlagerung von Zinsaufwendungen bzw. zur Generierung von Zinserträgen im Rahmen der Zinsschrankenproblematik (§ 4h EStG, § 8a KStG) genutzt werden kann. Ist beispielsweise die Gesellschafterin von der Zinsabzugsbeschränkung betroffen, die Tochtergesellschaft aber nicht, kann durch die unverzinsliche Darlehenshingabe auf Ebene der Gesellschafterin zukünftig ein mit Zinsaufwendungen verrechenbarer Zinsertrag durch die Aufzinsung der Darlehensforderung geschaffen werden. Dies gelingt, ohne die Liquidität der Gesellschaften zu beeinflussen. Die Tochtergesellschaft erzielt insoweit aus der Aufzinsung der Darlehensverbindlichkeit Zinsaufwendungen im Sinne der Zinsschranke.

Die vom Nennwert abweichende erstmalige Bewertung der Darlehensforderung mit dem Barwert bei der Gesellschafterin führt zu

7 Siehe dazu *Meisel/Bokeloh*, BB 2008, 808; *Suchanek*, GmbHR 2008, 292, die zum vorherigen Entwurf des Anwendungsschreibens vom 20.2.2008 Stellung genommen haben.

8 Vgl. BFH, 17.10.2001 – I R 97/00, BFH/NV 2002, 240, BB 2002, 181.

9 Siehe aber auch FG Münster, 30.5.2006 – 11 K 6601/02, EFG 2006, 1302, in dem die Zwischenschaltung einer GmbH mit der Absicht, steuerliche Verluste zu realisieren, als rechtsmissbräuchlich angesehen wurde; Revision beim BFH, IX R 77/06.

10 Bei einer Restlaufzeit am Jahresende von neun Jahren beträgt der Vervielfältiger 0,618, vgl. Tab. 1 des gleichlautenden Ländererlasses vom 7.12.2001, BStBl. I 2001, 1041.

11 Zu beachten ist dabei, dass die Aufzinsung des unverzinslichen Gesellschafterdarlehens bei der darlehensempfangenden Kapitalgesellschaft zu Zinsaufwendungen i. S. d. Zinsschranke führt (§ 4h Abs. 3 Satz 4 EStG); vgl. BMF-Schreiben zur Zinsschranke (§ 4h EStG, § 8a KStG) vom 4.7.2008 – IV C 7 – S 2742-a/07/10001, abrufbar unter www.bundesfinanzministerium.de, Tz. 27. Zur umfassenden Darstellung der Auswirkungen auf die Zinsschranke beim Anteilseigner und bei der Gesellschaft siehe weiter unten.

12 Vgl. BFH, 10.11.2005 – IV R 13/04, BStBl. II 2006, 618, BB 2006, 207, m. Kurzkommentar *Hierl*.

13 DStR 2000, 508. So auch *Stümper/Entenmann*, GmbHR 2008, 312.

14 Vgl. umfassend *Groh*, DB 2007, 2275; ebenso *Glanegger*, in: Schmidt, EStG, 27. Auflage 2008, § 6 Rn. 402, der sich nunmehr in Abkehr seiner bisherigen Auffassung (26. Auflage 2007) für die Anwendbarkeit des Abzinsungsgebots auf unverzinsliche Gesellschafterdarlehen ausspricht.

15 Vgl. BFH, 26.10.1987 – GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348, BB 1988, 535.

16 Steuerentlastungsgesetz, BGBl. I 1999, 304.

17 Vgl. *Hauber/Kiesel*, BB 2000, 1511, und *Prinz*, DStR 2000, 661, die in dem Abzinsungsertrag keine Einlage des darlehensgewährenden Gesellschafters sehen.

18 Vgl. BMF, 26.5.2005 – IV B 2 – S 2175 – 7/05, BStBl. I 2005, 699, Tz. 21.

19 Die Ausschöpfung eines Verlustausgleichspotenzials dient im Ergebnis der Vermeidung einer überhöhten Gesamtsteuerlast. Das gebietet bereits der Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, BFH, 17.10.2001 (Fn. 8).

Zinsaufwand, der zwar das steuerliche Ergebnis der Gesellschafterin entlastet, nicht aber als Zinsaufwand im Sinne der Zinsschranke zu verstehen ist.²⁰

Bei der Tochtergesellschaft führt die erstmalige Bewertung der Darlehensverbindlichkeit zu Zinserträgen, die durch einen bestehenden Verlustvortrag ausgeglichen werden können. Zinserträge im Sinne der Zinsschranke liegen nicht vor. Die späteren Aufzinsungen gehen zu Lasten des steuerlichen Ergebnisses und sind als Zinsaufwendungen im Sinne der Zinsschranke zu berücksichtigen.²¹

2. Realisierung stiller Reserven

Wirtschaftsgüter, ob bilanziert oder nicht, können erhebliche stille Reserven und damit bislang unbesteuerter Gewinne enthalten. Sofern es sich um aktivierte Wirtschaftsgüter handelt, bestimmt sich die Höhe der stillen Reserven als Differenz zwischen Buchwert und Verkehrswert.

Die während der Betriebszugehörigkeit entstandenen stillen Reserven eines Wirtschaftsguts werden spätestens im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Betriebsvermögen steuerlich erfasst. Ein solcher die Besteuerung auslösender Tatbestand ist regelmäßig die Veräußerung des Wirtschaftsguts.

Infolgedessen muss geprüft werden, ob beispielsweise eine vorzeitige Veräußerung von Fertigerzeugnissen in Frage kommen kann. Dies lässt sich insbesondere durch Transaktionen innerhalb einer Unternehmensgruppe realisieren. Auch kann im Rahmen der Abwicklung von Großprojekten die Vereinbarung von selbständigen Teilabrechnungen sinnvoll sein. Hierbei ist jedoch zur steuerlichen Anerkennung darauf zu achten, dass die vereinbarten Leistungen rechtlich und wirtschaftlich auf den Auftraggeber übergehen und zukünftig kein Verlust droht.²² Sind beispielsweise auf Basis der Ergebnisplanung Verluste absehbar, führt eine vorgezogene Vereinbarung von Teilabnahmen zu einer ebenfalls vorzeitigen Ertragsrealisierung und damit zu einer Verringerung bzw. Vermeidung von Verlusten.

Aber auch die Veräußerung bislang nicht bilanzierter Wirtschaftsgüter führt zur Aufdeckung eines steuerpflichtigen Ertrags, und zwar mangels Buchwert in Höhe des Veräußerungspreises. Dazu eignen sich im Allgemeinen selbst erstellte immaterielle Wirtschaftsgüter, die vom Bilanzierungsverbot des § 248 Abs. 2 HGB bzw. § 5 Abs. 2 EStG betroffen sind.²³ Neben der Aufdeckung stiller Reserven in der veräußernden Gesellschaft entsteht auf Seiten des Käufers zusätzliches Abschreibungspotenzial.

Vor dem Hintergrund betriebswirtschaftlicher Erwägungen stehen jedoch regelmäßig so genannte „sale and lease back-Maßnahmen“ im Mittelpunkt gestalterischer Überlegungen.²⁴ Demzufolge wird werthaltiges Anlagevermögen, meist Immobilien, an eine Leasinggesellschaft veräußert und gleichzeitig eine Leasingvereinbarung über das veräußerte Anlagevermögen abgeschlossen. Die Besteuerung der aufgedeckten stillen Reserven kann beim Vorhandensein von Verlusten ebenso wie das Entstehen nicht ausgleichsfähiger negativer Einkünfte (Verlustvortrag) vermieden werden. Des Weiteren verfügt das veräußernde Unternehmen über zusätzliche Liquidität. In der Planungsrechnung sind jedoch in den Folgeperioden erhöhte Aufwendungen aus der Leasingverpflichtung zu berücksichtigen, die außerdem anteilig nach § 8 Nr. 1 Buchst. d GewStG als Hinzurechnungsbetrag bei der Gewerbesteuer zu berücksichtigen sind.²⁵

Um eine vollständige Erfassung bisher unrealisierter Wertsteigerungen zu gewährleisten, hat der Gesetzgeber diverse Ersatzrealisierungs-

maßnahmebestände, also solche ohne Umsatzakt, geschaffen wie z. B. die Entnahme für betriebsfremde Zwecke im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 2 EStG. Mit der Umsetzung des SEStEG wurde der Katalog um die so genannte Entstrickungsbesteuerung nach § 4 Abs. 1 Satz 3 EStG bzw. § 12 Abs. 1 KStG erweitert. Unter Entstrickung werden generell Vorgänge verstanden, bei denen in Deutschland gebildete stille Reserven dem deutschen Besteuerungszugriff entzogen werden.

Die Qualifikation als fiktive Entnahme kommt dann in Betracht, wenn Wirtschaftsgüter aus einem inländischen Betriebsvermögen in eine ausländische Betriebsstätte desselben Steuerpflichtigen überführt werden und daher das nationale Besteuerungsrecht an den übergehenden stillen Reserven als nicht gewahrt anzusehen ist. Ob das nationale Besteuerungsrecht bei sämtlichen Überführungsfällen tatsächlich ausgeschlossen oder beschränkt wird, kann hier dahin stehen.²⁶ Ungeachtet europarechtlicher Bedenken²⁷ an der Entstrickungskonzeption kann die Vorschrift zur gewollten Aufdeckung stiller Reserven genutzt werden, indem geeignete Wirtschaftsgüter in ausländische Betriebsstätten überführt und ggf. zurückgemietet werden.²⁸ Nach § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG ist die einer Entnahme gleichgestellte Überführung mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Die Bildung eines Ausgleichspostens im Sinne des § 4g EStG²⁹ dient dem Besteuerungsaufschub und kann unter bestimmten Umständen auf Antrag in Anspruch genommen werden.³⁰ Eine Verpflichtung besteht indes nicht, so dass einer Verlustentstehung in Höhe der Differenz zwischen Buchwert und gemeinem Wert des überführten Wirtschaftsguts entgegengewirkt werden kann.

Wird das „entstrickte“ Wirtschaftsgut zu einem späteren Zeitpunkt in das inländische Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen rücküberführt, liegt eine Einlage im Sinne des § 4 Abs. 1 Satz 7 EStG vor. Da im Rahmen der ursprünglichen Überführung in die ausländische Betriebsstätte von der Bildung eines Ausgleichspostens abgesehen wurde, ist das rücküberführte Wirtschaftsgut nach der allgemeinen Verstrickungsbewertung (§ 6 Abs. 1 Nr. 5a EStG) mit dem gemeinen Wert im Rücküberführungszeitpunkt anzusetzen. Die besondere Wertermittlung nach § 4g EStG bleibt unberücksichtigt. Auf diese Weise entsteht ein erhöhtes Abschreibungspotenzial, welches sich zukünftig zu Lasten des steuerlichen Ergebnisses und somit steuermindernd auswirkt.

3. Verlagerung von Aufwandspotenzialen

Eine weitere Möglichkeit der Verlustentstehung vorzubeugen, besteht in der Verlagerung von Aufwandspotenzialen in zukünftige Perioden.

20 Vgl. 4.7.2008 (Fn. 11), Tz. 27.

21 Vgl. 4.7.2008 (Fn. 11), Tz. 27. Das dort folgende Beispiel zu Lieferungen mit endfälligem Kaufpreis lässt sich ebenfalls bei Zinsschrankenproblematiken heranziehen.

22 Vgl. Ellrott/Brendt, in: BeckBKomm: Handels- und Steuerrecht, 6. Auflage 2006, § 255 Rn. 461; Weber-Grellet, in: Schmidt (Fn. 14), § 5 Rn. 270 (Langfristige Fertigung).

23 Zu den geplanten Änderungen in Bezug auf die Aktivierung selbst erstellter immaterieller Vermögensgegenstände siehe auch den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Bilanzrechts (Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – BilMoG), abrufbar unter www.bmj.de/BilMoG. Die steuerrechtliche Regelung (§ 5 Abs. 2 EStG) bleibt allerdings unberührt.

24 Vgl. Groß/Steiger, DStR 2004, 1203.

25 Zur ertragsteuerlichen Behandlung von Leasing-Verträgen siehe ausführlich BMF, 19.4.1971 – IV B/2 – S 2170 – 31/71, BStBl. I 1971, 264; 21.3.1972 – F/IV B 2 – S 2170 – 11/72, BStBl. I 1972, 188; 22.12.1975 – IV B 2 – S 2170 – 161/75, DB 1976, 172; 23.12.1991 – IV B 2 – S 2170 – 115/91, BStBl. I 1992, 13.

26 Vgl. dazu Wassermeyer, DB 2006, 2420.

27 Siehe dazu Werra/Teiche, DB 2006, 1455.

28 Es sollten grundsätzlich betriebswirtschaftliche Argumente vorgehalten werden, um nicht in den Anwendungsbereich des § 42 AO bzw. der Gesamtplanrechtsprechung (BFH, 27.10.2005 – IX R 76/03, BStBl. II 2006, 359, BB 2006, 427 Ls) zu gelangen. Das gilt ebenfalls für eine spätere Rückübertragung in das inländische Betriebsvermögen.

29 Für Körperschaften ergibt sich die Möglichkeit der Bildung eines Ausgleichspostens aus § 12 Abs. 1 KStG, der durch das JStG 2008 entsprechend erweitert wurde.

30 Insbesondere muss es sich um eine Überführung von Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens in eine EU-Betriebsstätte desselben Steuerpflichtigen handeln.

Dazu eignen sich grundsätzlich sämtliche Aufwandspositionen, jedoch nur insoweit, als dass keine betrieblichen Belange entgegenstehen. So können insbesondere geplante Instandhaltungsmaßnahmen zeitlich über die ersten drei Monate des folgenden Geschäftsjahres hinausgeschoben werden, so dass eine Verpflichtung zur Rückstellungsbildung nach § 249 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG, § 5 Abs. 1 EStG nicht besteht.

Des Weiteren kann die zweckgerichtete Ausübung von Bewertungswahlrechten zur zeitlichen Aufwandsverlagerung herangezogen werden. Insbesondere produzierende Unternehmen stehen grundsätzlich vor der Entscheidung, wie sie ihr Vorratsvermögen innerhalb der gesetzlichen Grenzen bewerten wollen. Maßgebend ist in erster Linie der handelsrechtliche Herstellungskostenbegriff (primärer Wertmaßstab) im Sinne des § 255 Abs. 2 HGB. Danach sind zwingend die Material- und Fertigungseinzelkosten sowie Sondereinzelkosten der Fertigung anzusetzen. Der sich ergebende Wert bildet die handelsrechtliche Herstellungskostenuntergrenze. In der Steuerbilanz sind zusätzlich die Material- und Fertigungsgemeinkosten sowie der Wertverzehr des bei der Produktion eingesetzten Anlagevermögens einzubeziehen (steuerliche Herstellungskostenuntergrenze).³¹

Für die Kosten der allgemeinen Verwaltung sowie Aufwendungen für soziale Einrichtungen des Betriebs, für freiwillige soziale Leistungen und für betriebliche Altersversorgung besteht nach § 255 Abs. 2 Satz 4 HGB ein Einbeziehungswahlrecht, welches auch für die Steuerbilanz gilt. Voraussetzung für den steuerlichen Ansatz ist jedoch, dass in der Handelsbilanz entsprechend verfahren wird.³² Fremdkapitalzinsen können nur dann als Herstellungskosten berücksichtigt werden, wenn das Fremdkapital zur Herstellung verwendet wird und die Zinsen auf den Herstellungszeitraum entfallen, § 255 Abs. 3 HGB.³³ Das sich auf diese Weise ergebende Aktivierungsvolumen steht im Zeitpunkt der Veräußerung der Fertigerzeugnisse dem steuerpflichtigen Ertrag aus dem Umsatzprozess ergebnismindernd gegenüber und kann somit als zukünftiges Aufwandspotenzial angesehen werden.

Um steuerliche Verluste zu vermeiden, ist daher der Ansatz der steuerlichen Herstellungskostenobergrenze zu empfehlen.³⁴ Auf diese Weise wird der Aufwand maximal möglich entlastet. Ausschließlich die nicht aktivierungsfähigen Vertriebskosten gehen zu Lasten des Ergebnisses.³⁵ Im Veräußerungszeitpunkt wirkt sich im Wesentlichen nur der Gewinnzuschlag steuerpflichtig aus.

Bewertet das Unternehmen seine Vorräte bislang zur steuerlichen Herstellungskostenuntergrenze, ist letztlich auf die Frage einzugehen, ob eine Änderung der Bewertungsmethodik zur Verlustvermeidung bzw. Vermeidung einer drohenden Verlustabzugsbeschränkung zulässig ist. Derartige Wahlrechtsausübungen müssen im Einklang mit dem Stetigkeitsprinzip des § 252 Abs. 1 Nr. 6 HGB stehen, wonach die auf den vorhergehenden Jahresabschluss angewandten Bewertungsmethoden beibehalten werden sollen. Eine Abweichung ist nach § 252 Abs. 2 HGB nur in begründeten Ausnahmefällen möglich. Das gilt über das Maßgeblichkeitsprinzip (§ 5 Abs. 1 EStG) auch für die Steuerbilanz.³⁶

Nach der Stellungnahme HFA 3/1997³⁷ kommt eine Durchbrechung des Stetigkeitsgrundsatzes insbesondere dann in Betracht, wenn die Änderung der Bewertungsmethoden zur Erreichung steuerlicher Zielsetzungen erforderlich ist.³⁸ Eine weitere zulässige Durchbrechung wird bei Änderung der rechtlichen Gegebenheiten, insbesondere bei Gesetzesänderungen, gesehen.³⁹ In diesem Zusammenhang kommt dem geplanten Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz⁴⁰ grundsätzliche

Bedeutung zu. Die beabsichtigte Anpassung der handelsrechtlichen an die steuerrechtliche Herstellungskostenuntergrenze führt zweifellos zu einer Durchbrechung der Bewertungsstetigkeit, die zum Überdenken des Umfangs der einzubeziehenden Kostenbestandteile genutzt werden kann.

Aufwendungen können jedoch nicht nur in zeitlicher Hinsicht verlagert, sondern generell auch ausgelagert werden. Ein Großteil betrieblicher Bedarfe wird regelmäßig durch den entgeltlichen Bezug von Dienstleistungen gedeckt. Die Aufwendungen für den Dienstleistungseinkauf sind im Allgemeinen nicht aktivierungsfähig und müssen vielmehr zu Lasten des Ergebnisses erfasst werden. Eine Möglichkeit, diesen ungewollten Effekt zu vermeiden, kann darin bestehen, Dienstleistungen durch die Muttergesellschaft erbringen zu lassen, und zwar unentgeltlich. Auf diese Weise findet eine endgültige Verlagerung der Aufwendungen auf die Muttergesellschaft statt. Das steuerliche Ergebnis der Tochtergesellschaft erhöht sich um die ersparten Aufwendungen.

Unentgeltliche Dienstleistungen eines Gesellschafters an seine Tochterkapitalgesellschaft stellen auf Grund mangelnder Bilanzierungsfähigkeit des bei der Tochtergesellschaft eintretenden Vorteils keine verdeckte Einlage dar.⁴¹ Die aus Anlass der unentgeltlichen Erbringung von Dienstleistungen entstandenen Aufwendungen des Gesellschafters stellen für ihn sofort abzugsfähige Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten dar.⁴²

4. Verlagerung von Ertragspotenzialen

Das Pendant zur Verlagerung von Aufwandspotenzialen stellt die Verlagerung von Ertragspotenzialen dar.⁴³ Diese Überlegung geht darauf zurück, dass innerhalb einer Unternehmensgruppe verfügbare Ressourcen der von Verlusten bedrohten Gesellschaft zur Nutzung und damit zur Erzielung von Einnahmen überlassen werden.

In der Praxis bietet sich insbesondere die darlehensweise Hingabe von Geldmitteln an, da diese Maßnahme einfach, unkompliziert und jederzeit umsetzbar ist. Dazu schließen zwei Gesellschaften einer Unternehmensgruppe einen Darlehensvertrag über die Bereitstellung einer bestimmten Geldsumme, die dem Darlehensnehmer vom Darlehensgeber unverzinslich überlassen wird. Bei vereinbarter Unverzinslichkeit ist der sich für den Darlehensnehmer ergebende Vorteil am größten.

Der Darlehensnehmer kann nun seinerseits die zugeführte Liquidität zur Erzielung von steuerpflichtigen Einnahmen, z. B. Zins- oder Dividendenerträge, verwenden. Auf diese Weise ergibt sich beim Darlehens-

31 Vgl. EStR 6.3 Abs. 1; *Glanegger*, in: Schmidt (Fn. 14), § 6 Rn. 183f.; *Ellrott/Brendt*, in: BeckBilKomm (Fn. 22), § 255 Rn. 353.

32 Vgl. EStR 6.3 Abs. 4; *Glanegger*, in: Schmidt (Fn. 14), § 6 Rn. 187; *Ellrott/Brendt*, in: BeckBilKomm (Fn. 22), § 255 Rn. 355.

33 Das gilt auch für die Steuerbilanz, EStR 6.3 Abs. 4; *Glanegger*, in: Schmidt (Fn. 14), § 6 Rn. 188; a. A. *Ellrott/Brendt*, in: BeckBilKomm (Fn. 22), § 255 Rn. 510. Die Einbeziehung der Fremdkapitalzinsen in die Herstellungskosten kann auch im Hinblick auf die beschränkte Abziehbarkeit von Zinsaufwendungen (§§ 4h EStG, 8a KStG n. F.) vorteilhaft sein.

34 Die steuerliche Herstellungskostenobergrenze entspricht der handelsrechtlichen Herstellungskostenobergrenze. Insoweit besteht Identität zwischen Handels- und Steuerbilanz.

35 Vgl. § 255 Abs. 2 Satz 6 HGB; *Glanegger*, in: Schmidt (Fn. 14), § 6 Rn. 186.

36 Vgl. *Winkeljohann/Geißler*, in: BeckBilKomm (Fn. 22), § 252 Rn. 64.

37 Vgl. *IDW*, HFA, 387.

38 Vgl. *Naumann/Breker*, in: Handbuch des Jahresabschlusses (HdJ), Abt. I/7 (2003) Rn. 226.

39 Vgl. HFA 3/1997 (Fn. 37); *Winkeljohann/Geißler*, in: BeckBilKomm (Fn. 22), § 252 Rn. 61 m. w. N.

40 Vgl. den Regierungsentwurf des BilMoG (Fn. 23).

41 Vgl. BFH, 14.3.1989 – I R 8/85, BStBl. II 1989, 633, BB 1989, 1390. Der entscheidende Senat hält die Rechtsprechung des Großen Senats vom 26.10.1987 (Fn. 15) zur steuerlichen Behandlung von unentgeltlichen Nutzungsvorteilen auf unentgeltliche Dienstleistungen für entsprechend anwendbar; siehe dazu auch die Ausführungen im nächsten Abschnitt zur Verlagerung von Ertragspotenzialen.

42 Zur steuerlichen Behandlung von Vorteilsgewährungen zwischen Schwestergesellschaften siehe *Engelke/Clemens*, DStR 2002, 285.

43 Zu den Möglichkeiten der Zuführung von Ertragspotenzialen siehe *Sistermann/Brinkmann*, DStR 2008, 897.

nehmer ein zusätzliches Verlustverrechnungspotenzial, ohne steuerliche Auswirkungen auf Ebene des Darlehensgebers zu verursachen.⁴⁴

Die Gewährung eines unentgeltlichen Nutzungsvorteils führt nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung⁴⁵ nicht zu einer verdeckten Einlage, die das gewünschte Ergebnis eliminieren würde. Voraussetzung für das Vorliegen einer verdeckten Einlage ist regelmäßig die Zuwendung eines einlagefähigen und damit bilanzierbaren Vermögensvorteils.⁴⁶ Mit dem Abschluss des Darlehensvertrags wird der Darlehensnehmer befähigt, über den Darlehensbetrag frei zu verfügen, ohne dafür eine Gegenleistung in Form von Zinszahlungen erbringen zu müssen. Der in der Unentgeltlichkeit bzw. Unverzinslichkeit liegende Vorteil ist mangels Wirtschaftsguteigenschaft nicht bilanzierungsfähig und eignet sich somit auch nicht zur verdeckten Einlage in das Betriebsvermögen des Darlehensnehmers.⁴⁷ In der Verlagerung von Zinserträgen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter hat der BFH⁴⁸ zudem ausdrücklich keinen Gestaltungsmissbrauch gesehen, auch wenn die Verlagerung der Erträge ausschließlich dem Verbrauch eines vom Verfall bedrohten Verlustabzugs dient.

Als weitere Maßnahme zur Ertragsverlagerung kommt die zweckgerichtete Vergabe bzw. Weiterleitung von Fertigungs- oder Forschungs- und Entwicklungsaufträgen in Betracht.⁴⁹ So können beispielsweise innerhalb eines Konzerns Aufträge an eine von der Verlustabzugsbeschränkung bedrohte Gesellschaft vergeben werden. Aber auch in die Erfüllung eines von außerhalb der Unternehmensgruppe erteilten Auftrages kann die betroffene Gesellschaft eingeschaltet werden. Durch die Veräußerung des Auftragsgegenstands bzw. der vertraglich vereinbarten Leistung entsteht regelmäßig ein steuerpflichtiger Ertrag, der als Verlustverrechnungspotenzial angesehen werden kann.

5. Forderungsverzicht mit Besserungsschein

Im Gegensatz zum unbedingten Forderungsverzicht,⁵⁰ bei dem der verzichtende Gesellschafter endgültig und ohne Widerruf seinen Zahlungsanspruch verliert, führt der mit einer Besserungsvereinbarung (Besserungsabrede) ausgestattete (bedingte) Forderungsverzicht im Zeitpunkt des Eintritts der auflösenden Bedingung zum Wiederaufleben der Forderung. Genau darin liegt der gewünschte Gestaltungseffekt, nämlich Verlustverrechnungs- und damit Steuerminderungspotenzial zu konservieren und in spätere Veranlagungszeiträume zu transferieren.

Verzichtet der Gesellschafter aus eigenbetrieblichen Gründen auf seine Forderung gegen seine Kapitalgesellschaft, kommt nur die ertragswirksame Ausbuchung der Verbindlichkeit auf Gesellschaftsebene in Frage.⁵¹ Liegen dem Verzicht, wie regelmäßig anzunehmen, gesellschaftsrechtliche Erwägungen zu Grunde, führt der Wegfall des Passivpostens zu einer Vermögensmehrung, die als verdeckte Einlage zu qualifizieren ist. Die Steuerneutralität umfasst jedoch nur den werthaltigen Teil der Forderung durch Einstellung in das steuerliche Einlagekonto.⁵² Der wertlose Teil führt zu einem steuerpflichtigen Ertrag auf Gesellschaftsebene. Diese Konsequenzen gelten sowohl für den unbedingten als auch für den mit einer Besserungsvereinbarung versehenen Forderungsverzicht.

Davon zu unterscheiden ist die Vereinbarung eines (qualifizierten) Rangrücktritts, die grundsätzlich nicht zum Erlöschen der Gesellschaftsschuld führt.⁵³ Eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung dient in erster Linie der Abwendung einer möglichen Überschuldung und wirkt sich auf die Rangordnung der betreffenden Verbindlichkeit aus. Auch wenn dadurch die Einbeziehung in die Überschuldungsbi-

lanz verhindert wird, führt der qualifizierte Rangrücktritt nicht zu einer Minderung der Verbindlichkeit. Die Grundsätze zur Aufstellung einer Überschuldungsbilanz folgen anderen Regeln als diejenigen des Jahresabschlusses.⁵⁴

Tritt im Fall des bedingten Forderungsverzichts zu einem späteren Zeitpunkt die auflösende Bedingung ein, lebt die Forderung auf Gesellschafterebene und die Verbindlichkeit auf Gesellschaftsebene wieder auf.⁵⁵ Die erneute Passivierung führt in der Steuerbilanz der Gesellschaft zu Betriebsausgaben, soweit der Forderungsverzicht ursprünglich als steuerpflichtig behandelt wurde. Handelte es sich demgegenüber um eine verdeckte Einlage, wird die Umwandlung von Eigen- in Fremdkapital als „Rückgewähr von Einlagen“ qualifiziert und mindert somit das steuerliche Einlagekonto. Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt indes nicht vor. Dass damit dem bedingten Forderungsverzicht die Wirkung eines unbeschränkten Verlustvortrags beikommt, hat die Finanzverwaltung veranlasst, ein diesbezügliches BMF-Schreiben⁵⁶ zu veröffentlichen. Danach ist die im Besserungsfall eintretende aufwandswirksame Passivierung der Verbindlichkeit außerbilanziell zu korrigieren und damit im Ergebnis erfolgsneutral, wenn zwischen erstmaliger Ausbuchung und (Wieder-)Einbuchung der Verbindlichkeit die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 4 KStG a.F. erfüllt sind.⁵⁷

Nach Neukonzipierung der Regelungen zur Verlustabzugsbeschränkung bei Gesellschafterwechsel gemäß § 8c KStG stellt sich nunmehr die Frage, ob das oben zitierte BMF-Schreiben mit der Neuregelung in Einklang zu bringen ist. Im Gegensatz zur alten Rechtslage kommt es im Rahmen des § 8c KStG nicht mehr auf die Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen an. Maßgebliches Kriterium ist ausschließlich der Anteilseignerwechsel. Ausweislich der Gesetzesbegründung⁵⁸ zu § 8c KStG kann auf eine gesetzliche Regelung der Besteuerung von Gewinnen aus Unternehmenssanierungen (bisherige Sanierungsklausel in § 8 Abs. 4 KStG a.F.) verzichtet werden, da Sanierungsgewinne bereits nach geltender Rechtslage vorrangig mit vorhandenen Verlustvorträgen zu verrechnen sind. In diesem Zusammenhang verweist der Gesetzgeber auf das BMF-Schreiben⁵⁹ zur ertragsteuerlichen Behandlung von Sanierungsgewinnen.

Die vorrangige Verrechnung mit bestehenden Verlustvorträgen gilt uneingeschränkt für Sanierungsgewinne, die infolge eines unbedingten Forderungsverzichts entstanden sind. Handelt es sich dagegen um einen Forderungsverzicht mit Besserungsvereinbarung, würde es bei Anwendung der zu § 8 Abs. 4 KStG a.F. ergangenen Verwaltungsgrundsätze im Ergebnis eben nicht zu einer vorrangigen Verrechnung mit Verlustvorträgen kommen. Bislang hat die Finanzverwaltung den

44 Das gilt zumindest dann, wenn das Darlehen von dem Gesellschafter gewährt wird. Bei zinsloser oder außergewöhnlich niedrig verzinslicher Darlehensgewährung der Gesellschaft an den Gesellschafter liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung vor, KStH 36 (Darlehenszinsen).

45 Vgl. BFH, 26.10.1987 (Fn. 15); BFH, 17.10.2001 (Fn. 8).

46 Vgl. BFH, 26.10.1987 (Fn. 15); KStH 40 (Einlagefähiger Vermögensvorteil).

47 Vgl. BFH, 26.10.1987 (Fn. 15); BFH, 17.10.2001 (Fn. 8).

48 Vgl. BFH, 17.10.2001 (Fn. 8).

49 Zu beachten sind die Grundsätze zur Funktionsverlagerung bei grenzüberschreitenden Transaktionen, siehe dazu *Looks/Scholz*, BB 2007, 2541; zur Behandlung von Geschäftschancen *Serg*, DStR 2005, 1916.

50 Zur ertragsteuerlichen Behandlung siehe BFH, 9.6.1997 – GrS 1/94, BStBl. II 1998, 307, BB 1997, 1735.

51 Zur Abgrenzung von betrieblich und gesellschaftlich veranlasstem Forderungsverzicht siehe FG Münster, 9.7.2002 – 1 K 430/99, EFG 2003, 30 (rkr.). Zur steuerlichen Behandlung des Forderungsverzichts eines Gesellschafters einer Personengesellschaft siehe *Wacker*, in: Schmidt (Fn. 14), S 15 Rn. 550.

52 Der BFH, 9.6.1997 (Fn. 50) macht die Werthaltigkeit der Forderung auf Gesellschafterebene für die Behandlung der durch Verzicht eintretenden Vermögensmehrung auf Gesellschaftsebene verantwortlich.

53 Vgl. BFH, 10.11.2005 – IV R 13/04, BStBl. II 2006, 618, BB 2006, 207 m. Komm. *Hierl*.

54 Vgl. *Schildknecht*, DStR 2005, 181.

55 Vgl. BFH, 30.5.1990 – I R 41/87, BStBl. II 1991, 588, BB 1990, 1960.

56 BMF, 2.12.2003 – IV A 2 – S 2743 – 5/03, BStBl. I 2003, 648; ablehnend u. a. *Grube/Herzig*, GmbHR 2005, 284; *Hoffmann*, DStR 2004, 293.

57 Vgl. BMF, 2.12.2003 (Fn. 56), Tz. 2 Buchst. d).

58 Vgl. BT-Drs. 16/4841, 76.

59 BMF, 27.3.2003 – IV A 6 – S 2140 – 8/03, BStBl. I 2003, 240.

Aufwand aus der Wiedereinbuchung der Verbindlichkeit den Regelungen des § 8 Abs. 4 KStG a.F. unterworfen und ebenfalls als untergehenden Verlust behandelt.⁶⁰ Im Ergebnis ist die Gesellschaft im Besserungsfall so gestellt, als hätte sie den ursprünglichen Verlustvortrag insgesamt verloren. Dies würde nicht im Einklang mit der Gesetzesbegründung zu § 8c KStG stehen, wonach eine vorrangige Verlustverrechnung nach derzeitiger Rechtslage existieren soll.⁶¹

Ungeachtet einer höchstrichterlichen Klärung der Frage, ob überhaupt die bisherigen Verwaltungsgrundsätze zur Behandlung des bedingten Forderungsverzichts im Geltungsbereich des § 8 Abs. 4 KStG a.F. aufrechterhalten werden können, ist die Finanzverwaltung gefordert, für weitere Klarheit im Anwendungsbereich des neuen § 8c KStG zu sorgen. Der vorliegende Anwendungserlass⁶² regelt insbesondere die Sanierungsfälle nur unzureichend.

6. Umstrukturierungsmaßnahmen

Umstrukturierungen haben in letzter Zeit insbesondere durch die Neufassung des UmwStG sowie durch Einführung des § 8c KStG wesentliche Änderungen erfahren. Erschwert wurde insbesondere die Erhaltung von steuerlichen Verlustvorträgen. In der Vergangenheit ermöglichte noch § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. im Rahmen der Rechtsnachfolge den Übergang eines bestehenden Verlustvortrags unter der Voraussetzung, dass der den Verlust verursachende Betrieb in vergleichbarem Umfang weitere fünf Jahre fortgeführt wurde.⁶³ Durch Umsetzung des SEStEG ist bei Verschmelzungen sowie Auf- und Abspaltungen die Möglichkeit zur Verlustvortragsübertragung beseitigt worden, mit der Folge, dass nunmehr Verlustvorträge der übernehmenden Körperschaft vollständig bzw. anteilig untergehen.⁶⁴ Es verbleibt der übertragenden Körperschaft daher regelmäßig nur die Möglichkeit, ihren Verlustvortrag über den Wertansatz in der steuerlichen Schlussbilanz zumindest teilweise auf die übernehmende Körperschaft „zu transferieren“. Nach § 11 Abs. 1 UmwStG sind bei Verschmelzungen in der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft sämtliche übergehenden Wirtschaftsgüter mit dem gemeinen Wert anzusetzen. Das gilt nach § 15 Abs. 1 UmwStG analog in Auf- und Abspaltungsfällen. Macht die übertragende Körperschaft von dem auf Antrag zu gewährenden Buchwertansatz keinen Gebrauch, ergibt sich durch vollständige Aufdeckung sämtlicher stiller Reserven bei ihr ein steuerpflichtiger Übertragungsgewinn, der durch den vorhandenen Verlustvortrag ausgeglichen werden kann.⁶⁵ Der übernehmende Rechtsträger ist nach § 12 Abs. 1 UmwStG an die Wertansätze der steuerlichen Schlussbilanz der übertragenden Körperschaft gebunden. Durch die Erhöhung der Abschreibungsbemessungsgrundlage wandeln sich somit die aufgedeckten und durch den Verlustvortrag ausgeglichenen stillen Reserven in zusätzliches Abschreibungspotenzial beim übernehmenden Rechtsträger.

Die Aufstockung der Buchwerte kann jedoch nicht gänzlich die Nachteile aus der Streichung der Verlustvortragsübertragung auffangen, allein schon wegen einer drohenden Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG.⁶⁶

Die Regelung des § 8c KStG zielt dagegen in erster Linie auf einen Anteilseignerwechsel innerhalb von fünf Jahren ab und will entsprechend dem Umfang des Anteilseignerwechsels den Verlustabzug beschränken.⁶⁷ Die Versagung des Verlustabzugs erfolgt quotial, wenn mehr als 25 % bis einschließlich 50 % (§ 8c Abs. 1 Satz 1 KStG), und vollumfänglich, wenn mehr als 50 % (§ 8c Abs. 1 Satz 2 KStG) der maßgeblichen Anteile an einen Erwerber oder eine Erwerbergruppe veräußert werden.

Die Neuregelung bereitet derzeit noch erhebliche Auslegungsschwierigkeiten, so dass der Anwendungsbereich des § 8c KStG nicht eindeutig umrissen werden kann. Zwar hat das BMF mit einem Anwendungsschreiben⁶⁸ reagiert. Inwieweit dessen Regelungsinhalte allerdings im Rahmen der täglichen Praxis Klarheit verschaffen mögen, bleibt abzuwarten.

Dem Gesetzeswortlaut zufolge ist allerdings eine teilweise Verlustnutzung trotz Anteilseignerwechsel möglich, soweit die Übertragung maßgeblicher Anteile nicht in einem einheitlichen Vorgang, aber auch nicht in unmittelbarem Zusammenhang erfolgt („gestufter Anteilserwerb“).⁶⁹ Die Verlustnutzung wird nur dann untersagt, wenn ein schädlicher Beteiligungserwerb vorliegt, und zwar in dem Wirtschaftsjahr, in dem die 25 %-Grenze bzw. 50 %-Grenze überschritten wird.⁷⁰ Zur Bestimmung der Höhe des Verlustabzugsverbots ist somit grundsätzlich auf die Quote nach erstmaligem Überschreiten der jeweils maßgeblichen Grenzen abzustellen.

Vor diesem Hintergrund kann bei geplanter Anteilsveräußerung von insgesamt nicht mehr als 50 % innerhalb von fünf Jahren die Möglichkeit des Verlustabzugs zumindest teilweise gewahrt werden. Dazu sind in einem ersten Schritt 26 % auf einen Erwerber bzw. Erwerberkreis und in einem weiteren Schritt maximal weitere 24 % auf den gleichen Erwerber bzw. gleichen Erwerberkreis zu übertragen. In diesem Fall umfasst das Abzugsverbot 26 % des bestehenden Verlustvortrags zum Ende des letzten Wirtschaftsjahres vor dem schädlichen Beteiligungserwerb sowie bei unterjährigem Beteiligungserwerb ebenfalls 26 % des bis zum schädlichen Beteiligungserwerb erzielten Verlusts.⁷¹ Wären zuerst 24 % und anschließend 26 % der maßgeblichen Anteile übertragen worden, hätte dies die gleiche Auswirkung wie eine einheitliche 50 %ige Anteilsübertragung, nämlich ein hälftiges Verlustabzugsverbot.⁷²

Es gilt allerdings zu beachten, dass sich der gestaffelte Anteilserwerb an den Grundsätzen der Gesamtplanrechtsprechung⁷³ messen lassen muss. Das BMF⁷⁴ vertritt dazu die Auffassung, dass eine Mehrzahl von Erwerben durch einen Erwerber bzw. einen Erwerberkreis immer dann als ein Erwerb gilt, wenn ihnen ein Gesamtplan zu Grunde liegt. Danach wird ein schädlicher Gesamtplan widerlegbar vermutet, wenn die Erwerbe innerhalb eines Jahres erfolgen.⁷⁵

60 Vgl. *Beußer*, DB 2007, 1549.

61 Gegen die Übertragbarkeit der Grundsätze des BMF, 2.12.2003 (Fn. 56) auf die Fälle des § 8c KStG auch *Lang*, DStZ 2007, 652; *Pohl*, DB 2008, 1531. *Neumann/Stimpel*, GmbH 2007, 1194, gehen demgegenüber davon aus, dass die Finanzverwaltung vom Grundsatz her auch im Anwendungsbereich des § 8c KStG an ihrer Auffassung zu § 8 Abs. 4 KStG a.F. festhalten wird. Dafür spricht wohl auch, dass das BMF, 4.7.2008 (Fn. 6) in Tz. 35 auf das BMF-Schreiben zur ertragsteuerlichen Behandlung von Sanierungsgewinnen (Fn. 59) verweist, in dem in Beispiel 3 (Tz. 9) auf den Forderungsverzicht mit Besserungsschein eingegangen wird.

62 Vgl. BMF, 4.7.2008 (Fn. 6), Tz. 35.

63 § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. war letztmals auf Verschmelzungen anzuwenden, bei denen die Anmeldung zur Eintragung bis zum 12.12.2006 erfolgt ist, § 27 Abs. 2 UmwStG.

64 Vgl. dazu umfassend *Rödter*, in: *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut*, Umwandlungssteuergesetz, Köln 2008, § 12 Rn. 104 ff.; *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian*, BB 2006, 1657, mit weiteren Gestaltungsempfehlungen.

65 Übersteigt der Gewinn aus der vollständigen Aufdeckung der stillen Reserven den ausgleichsfähigen Verlust, kann auf Antrag der Zwischenwertansatz gewählt werden. Es ist auf einheitliche Auflösung der in sämtlichen übertragenden Wirtschaftsgütern enthaltenen stillen Reserven zu achten. Die Wertermittlung ist grundsätzlich hinreichend zu dokumentieren, um Wertstreitigkeiten im Rahmen einer Betriebsprüfung zu vermeiden.

66 Vgl. *Rödter*, in: *Rödter/Herlinghaus/van Lishaut* (Fn. 64), § 12 Rn. 108.

67 Zu § 8c KStG im Rahmen konzerninterner Umstrukturierungen siehe umfassend *Sistermann/Brinkmann* (Fn. 43).

68 Vgl. BMF, 4.7.2008 (Fn. 6).

69 Vgl. dazu auch *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, Die Körperschaftsteuer, § 8c Rn. 22ff.

70 Vgl. BMF, 4.7.2008 (Fn. 6), Tz. 30.

71 Vgl. BMF, 4.7.2008 (Fn. 6), Tz. 31.

72 Vgl. kritisch *Dötsch*, in: *Dötsch/Jost/Pung/Witt* (Fn. 69), § 8c Rn. 25, zu dieser völlig unterschiedlichen steuerlichen Behandlung.

73 Vgl. BFH, 27.10.2005 (Fn. 28).

74 Vgl. BMF, 4.7.2008 (Fn. 6), Tz. 19.

75 Vgl. auch *Sistermann/Brinkmann* (Fn. 43), 903, die für Teilübertragungen mindestens verschiedene Veranlagungszeiträume vorschlagen.

III. Zusammenfassung

Die Sicherung des Steueraufkommens ist ein zentrales Anliegen des Gesetzgebers. Als ein wesentliches Instrument dient dabei die hier betrachtete Verlustabzugsbeschränkung. Der bereits vorhandene Katalog an Verlustabzugsbeschränkungen wird dabei durch den Gesetzgeber ständig erweitert und verschärft, wie zuletzt durch die Einführung des § 8c KStG im Rahmen der Unternehmensteuerreform 2008. Die als Nachfolger der bisherigen Mantelkaufregelung (§ 8 Abs. 4 KStG a.F.) titulierte Norm, die zudem als rechtsanwendungsvereinfachend gelten sollte, wirkt dagegen auf den zweiten Blick wesentlich restriktiver für die betroffenen Steuerpflichtigen und scheint vornehmlich fiskalisch geprägt zu sein. Eine Änderung der Gesetzgebungslinie ist nicht erkennbar. Vor diesem Hintergrund müssen sämtliche Maßnahmen zur Vermeidung einer Verlustabzugsbeschränkung immer stärker in den Blickpunkt eines jeden Steuerpflichtigen treten und bei der strategischen Unternehmensplanung berücksichtigt werden.

// Entscheidungsreport

// LOHNSTEUER/EINKOMMENSTEUER

Durch Dienstverhältnis veranlasstes Aktienankaufsrecht als lohnsteuerlicher Vorteil

BFH, Urteil vom 19.6.2008 – VI R 4/05

Vorinstanz: FG Köln vom 21.1.2004 – 4 K 5303/01 (EFG 2005, 1103)

LEXinform-Nr.: 0586415

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) **BBL2008-2280-1**

unter www.betriebs-berater.de

LEITSÄTZE

1. Ob eine Zuwendung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer durch das Dienstverhältnis veranlasst ist und zu Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit führt oder ob sie aufgrund einer Sonderrechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer einer anderen Einkunftsart oder dem nicht einkommensteuerbaren Bereich zuzurechnen ist, obliegt in erster Linie der tatrichterlichen Würdigung durch das Finanzgericht.

2. Werden einem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber oder einem Dritten im Hinblick auf das Dienstverhältnis Aktienankaufs- oder Vorkaufsrechte eingeräumt, fließt dem Arbeitnehmer nicht zum Zeitpunkt der Rechtseinräumung, sondern erst zum Zeitpunkt des entgeltlichen Verzichts hierauf ein geldwerter Vorteil zu (Fortführung der Senatsrechtsprechung in den Senatsurteilen vom 3.5.2007 VI R 36/05, BFHE 218, 118, BStBl. II 2007, 647, BB 2007, 1825; vom 23.5.2005 VI R 124/99, BFHE 209, 549, BStBl. II 2005, 766, BB 2005, 1774 m. Komm. *Ackert*; vom 23.6.2005 VI R 10/03, BFHE 209, 559, BStBl. II 2005, 770, BB 2005, 1829).

EStG § 8 Abs. 1, § 11 Abs. 1 Satz 1, § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 22 Nr. 3; FGO § 118 Abs. 2

ZUSAMMENFASSUNG

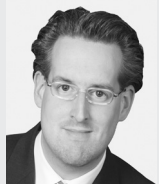
Der Kläger war im Streitjahr (1998) Vorstandsmitglied der durch formwechselnde Umwandlung aus der A-GmbH (GmbH) hervorgegangenen A-AG

// Autoren

Henning Rolf, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater, ist geschäftsführender Partner bei MAZARS Hemmelrath in Bielefeld. Er berät Mandanten im Gesellschafts- und Steuerrecht, insbesondere bei Umstrukturierungen, M&A-Transaktionen und bei der Unternehmensnachfolge sowie bei grenzüberschreitenden Immobilientransaktionen.



Frank Pankoke, Diplom-Kaufmann, Steuerberater und Master of Laws (LL.M.), ist Manager bei MAZARS Hemmelrath in Bielefeld. Einer seiner Tätigkeitsschwerpunkte ist die steuerliche Beratung bei Unternehmensumstrukturierungen und M&A-Transaktionen.



(AG) und erzielte hieraus Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. Zugleich war er an der GmbH mit 3 % (später 5 %) bzw. als Aktionär an der AG beteiligt. Vor der Umwandlung war der Kläger Geschäftsführer der GmbH und erzielte daraus Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit. Nach dem Gesellschaftsvertrag der GmbH bedurften die Veräußerung, die Abtretung und die Belastung von Geschäftsanteilen grundsätzlich der Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit mehr als 75 % der abgegebenen Stimmen, außer bei Übertragungen auf Ehegatten oder Abkömmlinge eines Gesellschafters oder an andere Gesellschafter. Ein Gesellschafter, der seinen Anteil an Dritte veräußern wollte, hatte diesen zunächst den übrigen Gesellschaftern anzubieten. Den verbliebenen Gesellschaftern stand anteilig im Verhältnis ihrer Beteiligung darüber hinaus im Falle der Veräußerung an Dritte ein Vorkaufsrecht zu.

Im Rahmen der Umwandlung wurde der Börsengang der AG am neuen Markt unter gleichzeitiger Ausgabe neuer Aktien beschlossen. Es war dabei u. a. vorgesehen, dass die geschäftsführenden Gesellschafter im Gegensatz zu den übrigen Gesellschaftern im Rahmen der Erstemission keine Anteile veräußern durften, während die anderen Gesellschafter Anteile abgeben sollten. Die Geschäftsführer sollten eine Börseneinführungsprämie aus den Mitteln der Gesellschaft erhalten. Ein Altaktionär, der den Verkauf seiner Anteile innerhalb von zwei Jahren nach Börseneinführung beabsichtigte, war verpflichtet, diese Aktien zunächst den geschäftsführenden Gesellschaftern unter Nennung des gewünschten Kaufpreises anzubieten. Nahmen diese das Angebot nicht oder nicht fristgerecht an, waren die Altgesellschafter frei, die angebotenen Anteile „zu Konditionen zu veräußern, die für den Erwerber nicht günstiger sein dürfen als die angebotenen“.

Im Anschluss an ein Schreiben der Kapitalbeteiligungsgesellschaften verzichtete der Kläger gegen eine Prämie auf das Recht, die Andienung der Altaktien zu verlangen. Diese Sondervergütung von 1 % des Nettoverkaufspreises der bis zum 2. Jahrestag der Börseneinführung verkauften Aktien erhielt der Kläger am 10.12.1998.

Der Kläger beurteilte den Verzicht auf das Andienungsrecht als ein nach Ablauf der Spekulationsfrist gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b (jetzt Nr. 2) EStG steuerfreies Spekulationsgeschäft. Das FA sah dagegen die Einräumung des Vorkaufsrechts als durch das Dienstverhältnis des Klägers veranlasst und qualifizierte die Einnahmen für die Aufgabe des Rechts als einkommensteuerpflichtigen Arbeitslohn. Die dagegen gerichtete Klage hatte keinen Erfolg. Das FG entschied, das Entgelt für den Ver-