

D. Der Mantelkauf

VON PROF. DR. DIRK MEYER-SCHARENBERG

Inhalt

I. Grundlagen	824
1. Begriff des Mantelkaufs	824
2. Motive für den Erwerb von Gesellschaftsmänteln	825
a) Gesellschaftsrechtliche Motive	825
b) Einsparung von Gründungskosten	825
c) Steuerliche Motive	825
3. Zivilrechtliche Risiken des Mantelkaufs	826
a) Haftung für Altschulden	826
b) Kapitalaufbringungsrisiko	827
c) Risiko der Handelndenhaftung	828
d) Lösungsrisiko	829
4. Die Entwicklung der steuerlichen Rechtsprechung zum Mantelkauf	830
a) Rechtsprechungsentwicklung bis zu den Urteilen vom November 1986	830
aa) Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten	830
bb) Das Kriterium der wirtschaftlichen Personenidentität	831
cc) Fortführung des sachlichen und persönlichen Substrates	832
b) Die Wende in der Rechtsprechung – die BFH-Entscheidungen vom 29. 10. 1986	833
5. Die gesetzliche Regelung in § 8 Abs. 4 KStG	836
II. Merkmale des typischen Mantelkaufs	836
1. Überblick	836
2. Einstellung des Geschäftsbetriebs	837
3. Übertragung von mehr als 75 v. H. der Anteile	839
a) Anteilsbegriff	839
b) Zusammenrechnung von Anteilsübertragungen auf verschiedene Personen	840
c) Schädlichkeit unentgeltlicher Übertragungen	840
d) Etappenweise Anteilsübertragung	841
4. Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen	841
5. Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs	843
III. Andere Anwendungsfälle des § 8 Abs. 4 KStG	843
1. Ausdehnung auf andere Körperschaften	843
2. Expansion des Abzugsverbots über den Fall des »typischen« Mantelkaufs hinaus	843
a) Veränderung der typischen Geschehensfolge	844
b) Maßnahmen, die im Ergebnis zu einer Anteilsveränderung von mehr als 75 v. H. führen	844
aa) Gewährung neuer Anteile	844
bb) Verschmelzungen	845

IV. Mantelkauf im Ausland	848
1. Niederlande	848
2. Italien	848
3. Dänemark	849
4. Frankreich	850
5. Großbritannien	850
6. Spanien	851

Literatur:

Autenrieth, Verlustvortrag beim Mantelkauf, DStZ 1987 S. 203; *ders.*, Mantelkauf beim Erwerb von ehemaligen DDR-Kapitalgesellschaften, Anmerkung zum BMF-Schreiben vom 14. 2. 1991, DB 1991 S. 731; *Bablau*, Der Verlustabzug nach dem Steuerreformgesetz 1990, FR 1988 S. 565; *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 15. Aufl., München 1988; *Becker*, Handbuch der Unternehmensbesteuerung, Düsseldorf 1990; *Blümich*, EStG, München 1988 (Stand Jan. 1993); *Bohnenblust/Menger/Zöchling*, Verlustverrechnung im Ertragsteuerrecht, DStR 1991 S. 433/497; *Bommert*, GmbH-Mantelkauf und Gründungsrecht, GmbHR 1983 S. 209/212; *Braun*, Gewerbesteuerlicher Verlustabzug beim Wechsel der Gesellschafter einer Personenhandelsgesellschaft, BB 1985 S. 1593; *Buyer*, Mantelkauf: Das neue Steuersparmodell?, DB 1987 S. 1959; *ders.*, Nochmals: Mantelkauf – Ein Argument für das verdeckte Nennkapital, DB 1988 S. 468; *Crezelius*, Steuerrechtliche Rechtsanwendung und allgemeine Rechtsordnung, Herne/Berlin 1983; *ders.*, Anmerkung, JZ 1987 S. 731; Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft: Stellungnahme zum Entwurf eines Steuerreformgesetzes 1990, BB 1988 S. 1089; *Döllerer*, Handelsrecht und Steuerrecht – Einheit der Rechtsordnung, StuW 1988 S. 203; *Dötsch*, Verlust- und Verlustabzug bei der Körperschaftsteuer, NSt 485/602 S. 1; *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, Die Körperschaftsteuer, Stuttgart 1983 (Stand Dez. 1992); *Feddersen*, Die Nutzung des Verlustvortrags beim Mantelkauf, BB 1987 S. 1782; *Fichtelmann*, Anmerkung zum BFH-Urteil vom 29. Oktober 1986, DStZ 1987 S. 439; *ders.*, Der Mantelkauf und seine steuerlichen Auswirkungen, StW 1988 S. 77; *ders.*, Der Mantelkauf nach der Steuerreform – Einführung des § 8 Abs. 4 KStG durch das StRefG 1990, StLex 6, 7-8 (1989) S. 113; *ders.*, Die Bedeutung des § 8 Abs. 4 KStG im Rahmen der Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GmbHR 1990 S. 305/309; *ders.*, Verlustabzug beim Mantelkauf, NSt 1992 S. 1; *Frotscher*, Steuerreform 1990, Freiburg i. Br. 1988; *Frotscher/Maas*, Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz, Freiburg 1978 (Stand Juli 1992); *Gail*, Bilanzielle und steuerliche Überlegungen des GmbH-Geschäftsführers zum Jahresende 1988, GmbHR 1988 S. 461; *Gail/Goutier/Grützner*, KStG, Herne/Berlin 1979 (Stand 1992); *Gefßler/Hefermehl/Eckard Kropff*, AktG, München 1984 (Stand 1992); *Hachenburg*, Großkommentar zum GmbHG, 8. Aufl., Berlin 1990; *Handzik*, Verlustabzug und Mantelkauf, FR 1987 S. 374; *Herzig*, Verlust im körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren, StbJb 1982/83 S. 141; *ders.*, Die neuen Regelungen des KStG, StbKongrRep. 1989 S. 64; *Hörger/Kemper*, Mantelkauf bei Kapitalgesellschaften, DStR 1989 S. 15; *ders.*, Mantelkauf bei Kapitalgesellschaften, DStR 1990 S. 539; *Hueck*, Gesellschaftsrecht, München 1983; *Ibrig*, Die Verwertung von GmbH-Mänteln, BB 1988 S. 1197; Institut der Wirtschaftsprüfer: Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Steuerreformgesetzes 1990, WPg 1988 S. 213; *Kantak*, Mantelgründung und Mantelverwendung bei der GmbH, München 1989; *Keuk*, Zur Besteuerung der Gesellschaften, StuW 1974 S. 350; *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 8. Aufl., Köln 1991; *König*, Verlustabzug nach Mantelkauf – Erwiderung zu dem Beitrag von – wir. –, DB 1988 S. 206; *Kräußlein*, Ertragsteuerliche Verlustkompensationsstrategien in Krisenunternehmen, Köln 1992; *Kraus*, Wegfall der Unternehmeridentität als Voraussetzung für den gewerbesteuerlichen Verlustvortrag nach § 10a GewStG, DStZ 1987 S. 255; *Krebs*, Auswirkungen der Steuerreform auf das Körperschaftsteuerrecht aus nationaler und internationaler

Sicht, GmbHR 1988 S. 228; *ders.*, Aktuelle Probleme des Körperschaftsteuerrechts, StbJb 1987/88 S. 337; *Krüger/Dornig*, Das Geschäft mit Verlusten, Stbg 1988 S. 357; *Kudert/Saakel*, Der Mantelkauf im Steuerrecht, BB 1988 S. 1229; *Kübler*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 1990; *Lademann*, KStG, Stuttgart, München, Hannover 1964 (Stand Jan. 1993); *Lange*, Mantelkauf – Rechtslage nach dem Steuerreformgesetz 1990, NWB Fach 4 S. 3653/3655; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 13. Aufl., Köln 1991; *Marx*, Zur Grenzpreisbildung beim Mantelkauf, GmbHR 1988 S. 113; *ders.*, Verlustabzug nach Mantelkauf, SteuerStud 1991 S. 177; *Meding/Schmeling*, Berücksichtigung von Verlusten bei Kapitalgesellschaften, StLex 6, 7-8 (1987) S. 63; *Meyding*, Die Mantel-GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht, Konstanz 1989; *Meyer-Scharenberg*, Steuerspaltung durch Umwandlung, Herne/Berlin 1990; *Mittermüller*, Möglichkeiten der Nutzung von Verlustvorträgen im Konzernverbund, DB 1986 S. 197; *Müller-Gatermann*, Sanierung und Mantelkauf – ein Widerspruch?, DStR 1991 S. 597; *Orth*, Unternehmeridentität und Gewerbeverlust (§ 10a GewStG). Zur Rechtslage nach dem Steuerbereinigungsgesetz 1986, FR 1986 S. 81; *ders.*, Verluste im körperschaftsteuerlichen Anrechnungsverfahren, JbFStR 1984/85 S. 335; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 51. Aufl., München 1992; *Pauka*, Veränderungen bei der Gewerbesteuer in der Zeit von 1984 bis 1986, DB 1987 S. 603/655; *Peter/Crezelius*, Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen, 5. Aufl., Herne/Berlin 1987; *Peters*, Der GmbH-Mantel als gesellschaftsrechtliches Problem, Köln 1989; *Pinggera*, Die Benachteiligung von Verlusten im Körperschaftsteuerrecht, BB 1981 S. 1205; *Priester*, Mantelverwendung und Mantelgründung bei der GmbH, DB 1983 S. 2291; *ders.*, Bilanzierung bei schwebender Verschmelzung, BB 1992 S. 1954; *Rössler/Rieckmann*, Verlustabzug bei umgewandelten Produktionsgenossenschaften des Handwerks, DStZ 1992 S. 71; *Rose*, Überlegungen zur Steuergerechtigkeit aus betriebswirtschaftlicher Sicht, StuW 1985 S. 330; *Rowedder u. a.* GmbHG, München 1985; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., München 1991; *Schneider*, Was verlangt eine marktwirtschaftliche Steuerreform: Einschränkung des Verlust-Mantelkaufs oder Ausweitung des Verlustausgleichs durch handelbare Verlustverrechnungsgutscheine?, BB 1988 S. 1222; *Scholz*, GmbHG, 7. Aufl., Köln 1988; *Schubmann*, Mantelkauf – zivilrechtlich/steuerrechtlich, RWP SG 7.1 S. 229; *Schulze zur Wiesche*, Mantelkauf nach der neuesten Rechtsprechung des BFH, GmbHR 1987 S. 238; *ders.*, Körperschaftsteuerliche Änderungen aufgrund des Steuerreformgesetzes 1990, GmbHR 1988 S. 350; *Singbartl/Dötsch/Hundt*, Die Änderung des KStG durch das Steuerreformgesetz 1990, DB 1988 S. 1767/1819/1871; *Skibbe*, Der Erwerb eines GmbH-Mantels in zivilrechtlicher Sicht, in *Carlel/Korn/Stahl* (Hrsg.): Herausforderungen – Steuerberatung im Spannungsfeld der Teilrechtsordnungen, Köln 1989; *Streck*, Körperschaftsteuergesetz, 3. Aufl., München 1991; *Streck/Schwedhelm*, Verlustabzug und Mantelkauf nach der Steuerreform, FR 1989 S. 153; *Thiel*, Mantelkauf oder Sanierung – zur Auslegung des § 8 Abs. 4 KStG, GmbHR 1990 S. 223; *Tipke*, Über »richtiges Steuerrecht«, StuW 1988 S. 262; *Ulmer*, Die wirtschaftliche Neugründung einer GmbH unter Verwendung eines GmbH-Mantels, BB 1983 S. 1123; *Uögel*, Rechtssicherheit im Spannungsfeld zwischen steuerlicher Rechtsprechung und Gesetzgebung, in: Institut der Wirtschaftsprüfer (Hrsg.) (Unternehmensbesteuerung 1988): Unternehmensbesteuerung und Steuerreform, Düsseldorf 1988; *Wassermeyer*, Zur Einlage nicht mehr werthaltiger Gesellschafter-Forderungen in das Vermögen einer Kapitalgesellschaft, DB 1990 S. 2288; *Widmann*, Die wesentliche Beteiligung i. S. d. § 17 EStG im Wechsel zwischen Erwerb, Veräußerung und Gewinnausschüttung, JbFfSt 1990/91 S. 387/417; *Widmann/Mayer*, UmwStG, Bonn 1970 (Stand Jan. 1993); – *wfr* –, Verlustabzug nach Mantelkauf, DB 1987 S. 2387; *Zimmermann*, Umwandlung von Personengesellschaften in Kapitalgesellschaften, DStR 1991 S. 651.

Urteile

BGH vom 14. 7. 1954, BGHZ 14 S. 264; KG vom 23. 6. 1932, JFG 10 S. 152; OLG Frankfurt vom 13. 12. 1982, GmbHR 1983 S. 271; OLG Hamburg vom 15. 4. 1983, BB 1983 S. 1116; OLG Koblenz vom 19. 11. 1989, DB 1989 S. 373; OLG Stuttgart vom 28. 2. 1986, GmbHR

1986 S. 269; LG Hamburg vom 18. 4. 1985, BB 1985 S. 1286; LG Hamburg vom 23. 1. 1987, BB 1987 S. 505; BFH vom 8. 1. 1958, BStBl 1958 III S. 97; BFH vom 19. 8. 1958, BStBl. 1958 III S. 468; BFH vom 27. 9. 1961, BStBl. 1961 III S. 450; BFH vom 8. 4. 1964, BStBl. 1964 III S. 306; BFH vom 15. 2. 1966, BStBl. 1966 III S. 289; BFH vom 15. 2. 1966, BStBl. 1966 III S. 315; BFH vom 17. 5. 1966, BStBl. 1966 III S. 513; BFH vom 5. 11. 1969, BStBl. 1970 II S. 149; BFH vom 19. 12. 1973, BStBl. 1974 II S. 181; BFH vom 20. 2. 1975, BStBl. 1975 II S. 505; BFH vom 28. 4. 1977, BStBl. 1977 II S. 666; BFH vom 21. 10. 1981, BStBl. 1982 II S. 177; BFH vom 12. 1. 1983, BStBl. 1983 II S. 425; BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 308; BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 513; BFH vom 26. 10. 1987, BStBl. 1988 II S. 348; BFH vom 17. 7. 1991, BStBl. 1991 II S. 899; Vorlagenbeschluß zum Großen Senat vom 9. 7. 1992, DStR 1992 S. 1579; FG Düsseldorf vom 13. 4. 1989, EFG 1989 S. 413

Verwaltungserlasse

BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, BStBl. 1990 I S. 252; BMF-Schreiben vom 14. 2. 1991, DB 1991 S. 731; BMF-Schreiben vom 4. 10. 1991, GmbHR 1992 S. 64; BMF-Schreiben vom 9. 1. 1992, BStBl. 1992 I S. 47; BVerfG-Beschluß vom 26. 3. 1969, BStBl. 1969 II S. 331; Fin. Min. Baden-Württemberg, Schreiben vom 2. 12. 1988 (Ländererlaß), StLex 6, 7-8 S. 1044; FinMin. Sachsen-Anhalt, Erlaß vom 20. 3. 1992, BB 1992 S. 908.

I. Grundlagen

1. Begriff des Mantelkaufs

Unter einem Gesellschaftsmantel versteht man die nur durch Gesellschaftsanteile verkörperte äußere Rechtsform einer (nahezu) inaktiven oder wirtschaftlich gescheiterten Körperschaft, die i. d. R. über kein nennenswertes Vermögen (mehr) verfügt und auch keinen Geschäftsbetrieb (mehr) betreibt (vgl. *Crezelius*, JZ 1987, S. 731; *Lutter/Hommelhoff*, § 3 GmbHG Rz. 8; *Schmidt*, S. 60; *Schulze zur Wiesche*, GmbHR 1987 S. 238). Bildlich gesprochen ist die Gesellschaft nur noch die wirtschaftlich leere »Hülle« einer Körperschaft (vgl. KG-Beschluß vom 23. 6. 1932, JFG 10, S. 152/154). Der Gesellschaftsmantel kann dabei eine wirtschaftlich leere »Hülse« von der Errichtung her (Mantelgründung) oder eine durch Verluste vermögenslos gewordene Körperschaft sein (vgl. *Achenbach* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 KStG Rz. 107; ausführlich *Hachenburg/Ulmer*, § 3 GmbHG Rz. 32 ff.).

Von einem Mantelkauf wird gesprochen, wenn ein bestehender Gesellschaftsmantel zum Zwecke der wirtschaftlichen Neugründung eines Unternehmens erworben wird. Die Wiederbelebung des Geschäftsbetriebs erfolgt nicht durch die bisherigen Gesellschafter, sondern durch die Erwerber der Gesellschaftsanteile (vgl. *Hachenburg/Ulmer*, § 3 GmbHG Rz. 34; *Knobbe-Keuk*, S. 547; *Tipke*, StuW 1988 S. 262/276). Wirtschaftliche Bedeutung erlangt der Mantelkauf, wenn vorhandene Verlustvorträge steuerlich nutzbar gemacht werden können. Dürfen die Altverluste nicht mit zukünftigen Gewinnen verrechnet werden, lohnt sich der Mantelkauf wegen der damit verbundenen Haftungsrisiken für die Altschulden der Gesellschaft meist nicht.

2. Motive für den Mantelkauf

a) Gesellschaftsrechtliche Motive

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht stehen für den Mantelverwender im wesentlichen zwei Beweggründe im Vordergrund (vgl. hierzu und zum folgenden *Hachenburg/Ulmer*, § 3 GmbHG Rz. 28). Zum einen verfügt der Erwerber des Gesellschaftsmantels sofort über eine juristische Person, mit der er den Geschäftsbetrieb umgehend (wieder) aufnehmen kann. Auf diese Weise sollen die mit der Vor-GmbH für Gründer und Geschäftsführer verbundenen Haftungsrisiken vermieden werden. Zum anderen wird die Erreichung des Haftungsausschlusses für die unternehmerisch tätigen Gesellschafter angestrebt, ohne daß hierfür Kapitaleinlagen in Höhe des Mindeststammkapitals erbracht werden (zur zivilrechtlichen Zulässigkeit dieser Motive vgl. unten Kapitel I. 3. b)).

b) Einsparung von Gründungskosten

Mit der Verwendung von Gesellschaftsmänteln können in einem gewissen Umfang Gründungskosten eingespart werden. Die Höhe der Einsparungen hängt vom jeweiligen Einzelfall ab (vgl. *Kantak*, S. 23).

Hauptkostenfaktor bei der Neugründung sind Gerichts- und Notariatskosten. Die Gerichtskosten setzen sich aus den Gebühren (§ 79 Kostenordnung) und den Auslagen für öffentliche Bekanntmachungen (§ 137 Nr. 3 Kostenordnung) zusammen (vgl. *Kantak*, S. 23, Fußnote 87). Gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist der Gesellschaftsvertrag notariell zu beurkunden. Darüber hinaus erfordert die Errichtung einer GmbH i. d. R. rechtlichen und steuerlichen Beistand, es entstehen also Beratungskosten (vgl. *Fichtelmann*, StLex 6, 7-8 S. 113/115).

Allerdings wird auch der Erwerb eines GmbH-Mantels regelmäßig finanziellen Aufwand verursachen. Der Abtretungsvertrag betreffend die Geschäftsanteile des GmbH-Mantels bedarf notarieller Beurkundung (§ 15 Abs. 3 GmbHG). Regelmäßig wird der neue Geschäftsbetrieb auch Änderungen des Gesellschaftsvertrages notwendig machen. Auch diese bedürfen der notariellen Beurkundung (§ 53 Abs. 2 GmbHG) und sind gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (vgl. *Kantak*, S. 23). In der Praxis wird dem Motiv »Einsparung von Gründungskosten« eine nur untergeordnete Rolle beigemessen.

c) Steuerliche Motive

In der Praxis finden Verlustmäntel vorrangig aufgrund der mit ihnen verbundenen steuerlichen Ersparnismöglichkeiten großes Interesse. Demgegenüber treten alle vorstehend genannten Gründe in den Hintergrund.

Steuerlich von größter Bedeutung ist dabei die Erwartung des Mantelerwerbers, daß die Kapitalgesellschaft, die er mit neuen Mitteln wiederbelebt oder in die er einen gewinnbringenden Betrieb einbringt, von den in Zukunft erzielten Gewinnen die alten Verluste abziehen kann (vgl. *Knobbe-Keuk*, S. 547). Ein Verlustvortrag führt in diesen Fällen insbesondere zu positiven körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichen Effekten (vgl. *Fichtelmann*, StLex 6, 7-8, S. 113/116 ff.). So kommt es im Unternehmen zu einer körperschaftsteuerfreien Kapitalansammlung in Höhe des zur Verfügung stehenden Verlustabzugsbetrages. Demnach beläuft sich die Körperschaftsteuerersparnis bei einem Steuersatz von 50% auf die Hälfte des Verlustverrechnungsbetrages (vgl. auch das bei *Fichtelmann* (NSt 1992, S. 1/5) angegebene Beispiel). Hinzu kommt eine Gewerbesteuerersparnis, die bei einem Hebesatz von beispielsweise 350 v. H. ca. 15 v. H. des Gewerbeertrags beträgt, bei einem Hebesatz von 480 v. H. liegt sie bei etwa 19,4 v. H.. Unter Berücksichtigung der Abzugsfähigkeit bei der Körperschaftsteuer beträgt die Entlastung noch ca. 7-9 v. H. Neben den ertragsteuerlichen sind auch noch vermögensteuerliche Vorteile denkbar (vgl. *Schneider*, BB 1988 S. 1222/1223). Sofern die Verlustvorträge entweder durch (verdeckte) Einlagen oder durch Darlehen der Altgesellschafter finanziert wurden, können die steuerfrei thesaurierten Gewinne der Gesellschafter durch Ausschüttung von EK 04 oder Rückzahlung des Gesellschafterdarlehens entzogen werden, ohne daß eine weitere Steuerbelastung entsteht.

3. Zivilrechtliche Risiken des Mantelkaufs

a) Haftung für Altschulden

Wer einen GmbH-Mantel kauft, übernimmt – wirtschaftlich betrachtet – alle Altschulden der Gesellschaft, unabhängig davon, ob diese bilanziert sind oder nicht. Selbst bei ordnungsgemäßer Bilanzierung sind bestimmte Risiken aus der Bilanz nicht ersichtlich, weil ihre Passivierung nach geltendem Bilanzrecht (noch) abgelehnt wird (z. B. Rückstellungen für Altlasten). Um unliebsame Überraschungen zu vermeiden, muß der Anteilsveräußerer entsprechende Garantien abgeben, die auch werthaltig sein müssen.

Daneben ist ein Mantelkauf nur dann wirtschaftlich sinnvoll, wenn die steuerfrei gebliebenen Gewinne entnommen werden können, ohne daß eine weitere Steuerbelastung entsteht. Das ist nicht der Fall, wenn die Verluste durch Bankkredite finanziert wurden. Haben dagegen die Altgesellschafter die Verluste durch (verdeckte) Einlagen oder Darlehen finanziert, ist die steuerfreie Überführung in die Privatsphäre möglich, wenn EK 04 ausgeschüttet wird bzw. das Gesellschafterdarlehen zurückgezahlt wird, vorausgesetzt Anteile bzw. Darlehensforderung befinden sich im Privatvermögen der neuen Gesellschafter.

b) Kapitalaufbringungsrisiko

Die rechtliche Neugründung einer Kapitalgesellschaft verlangt zwingend die Ausstattung der Gesellschaft mit einem bestimmten Mindestkapital (§§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 2, 3 GmbHG). Die Aufbringung dieses Kapitals ist Voraussetzung für die Eintragung in das Handelsregister und damit für die Erlangung der Haftungsbeschränkung (vgl. *Peters*, S. 4). Die Übernehmer eines Gesellschaftsmantels hoffen nun, von diesen, auf »Neugründer« Anwendung findenden Vorschriften entbunden zu sein.

Im Schrifttum bestehen unterschiedliche Ansichten darüber, welche Konsequenzen sich für den Anteilserwerber ergeben, wenn das Stammkapital angegriffen ist. Im wesentlichen werden drei Meinungen vertreten (vgl. hierzu und im folgenden *Schmidt*, S. 64):

1. Die Vorschriften des GmbH-Gesetzes über das Mindeststammkapital und die Mindeststammeinlagen (§§ 5 Abs. 1, 7 Abs. 2 und 3 GmbHG) sind auf Mantelverwendungen analog anzuwenden, weil die Mantelverwendung eine Umgehung der Gründungsvorschriften darstellt, mit der Folge, daß sich die Gesellschafter behandeln lassen müssen, als liege eine Neugründung vor. Die Mantelkäufer haften also für das bei der Neugründung gemäß § 5 GmbHG vorgeschriebene Mindeststammkapital von 50 000 DM. Die Käufer – nicht aber etwa verbleibende Altgesellschafter – müssen also das durch Verluste verbrauchte Kapital neu aufbringen. Dies ist die herrschende Auffassung (vgl. *Schmidt*, S. 64; *Hachenburg|Ulmer*, § 3 GmbHG Rz. 39; *Priester*, DB 1983 S. 2291 (2295 f.); *Ulmer*, BB 1983 S. 1123/1125).
2. Noch weiter geht *Peters* (vgl. *Peters*, S. 71 ff.), die nicht nur die erneute Aufbringung des gesetzlichen Mindestkapitals, sondern eine Auffüllung bis zur Höhe des tatsächlichen (statuarischen) Stammkapitals fordert. Die Erwerber sollen demnach so gestellt werden, als hätten sie die erworbene Gesellschaft neu gegründet. Die Ansicht von *Peters* ist abzulehnen (gl. A. *Hachenburg|Ulmer*, GmbHG § 3 Rz. 41). Mit der Mantelverwendung werden allenfalls die Gründungsvorschriften umgangen, nicht aber die Satzungsbestimmungen der Mantelgesellschaft (vgl. *Schmidt*, S. 64).
3. Die Gegenmeinung (vgl. *Kübler*, § 22 Anm. IV 4; *Kantak*, S. 81 f., 146 f.; *Meyding*, S. 96 ff.; *Rowedder|Rasner*, § 60 GmbHG Rz. 7) lehnt eine analoge Anwendung der gründungsrechtlichen Kapitalaufbringungsvorschriften ab. Werden Anteile an unternehmerisch tätigen Gesellschaften veräußert, trifft den Erwerber auch bei weitgehend aufgebrauchtem Stammkapital keine Kapitalaufbringungspflicht. Für eine hiervon abweichende Sonderbehandlung in Fällen des Mantelkaufs fehlt eine Rechtsgrundlage.

c) Risiko der Handelndenhaftung

Einer der wesentlichen Gründe für die Verwendung von Gesellschaftsmänteln zur Errichtung eines neuen Unternehmens ist die sofortige Verfügbarkeit der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft. Auf diese Weise soll der im Gründungsstadium der GmbH nach Gesetz und Rechtsprechung gegebenen Gefahr der »Handelndenhaftung« (§ 11 Abs. 2 GmbHG) entgangen werden. Handeln Geschäftsführer nämlich im Stadium der Vorgesellschaft, d. h. nach Abschluß des notariellen Gesellschaftsvertrags, aber vor Eintragung in das Handelsregister, im Namen der künftigen GmbH, so löst dies die persönliche Haftung des oder der Handelnden nach § 11 Abs. 2 GmbHG aus (vgl. *Ulmer*, BB 1983 S. 1123/1124).

Im Gegensatz zu zwei älteren Urteilen des OLG und LG Hamburg (vgl. OLG Hamburg vom 15. 4. 1983, BB 1983 S. 1116; LG Hamburg vom 18. 4. 1985, BB 1985 S. 1286) und einer im Schrifttum (vgl. *Lutter/Hommelhoff*, § 11 GmbHG Rz. 18; *Ulmer*, BB 1983, S. 1124/1126; *Baumbach/Hueck*, § 11 GmbHG Rz. 46) weitverbreiteten Ansicht, lehnt die Zivilgerichtsbarkeit in ihren neuesten Entscheidungen (vgl. LG Hamburg vom 23. 1. 1987, BB 1987 S. 505; OLG Koblenz vom 19. 1. 1989, DB 1989 S. 373) eine Handelndenhaftung im Fall des Mantelkaufs ab. Nach Ansicht des OLG Koblenz scheidet sowohl eine unmittelbare als auch eine analoge Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG aus.

Die unmittelbare Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG setzt voraus, daß für eine Vorgesellschaft, d. h. für eine noch nicht existierende juristische Person, gehandelt wird. Die Vorschrift greift daher nicht, wenn die GmbH bereits eingetragen ist und als juristische Person besteht. Unerheblich ist insoweit auch, wenn beschlossene Satzungsänderungen nur zum Handelsregister angemeldet, aber noch nicht eingetragen sind (vgl. OLG Koblenz vom 19. 11. 1989, a. a. O.). Auf eine Mantelverwendung kann § 11 Abs. 2 somit nicht unmittelbar angewandt werden (vgl. aus dem Schrifttum auch *Bommert*, GmbHR 1983 S. 209; *Priester*, DB 1983 S. 2291/2298), da die wirtschaftliche Neugründung nicht mittels einer sogenannten Vorgesellschaft erfolgt, sondern durch den Erwerb der Geschäftsanteile einer eingetragenen Mantel-GmbH.

Auch eine analoge Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG ist grundsätzlich abzulehnen (vgl. OLG Koblenz vom 19. 11. 1989, a. a. O.). Eine analoge Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG setzt nämlich voraus, daß dessen Schutzzweck in gleicher Weise wie bei der Neugründung auch im Falle der Umgründung durch Mantelverwertung eingreift (OLG Koblenz vom 19. 11. 1989, a. a. O.). Die Norm hat die Funktion, dem Vertragspartner Schutz zu gewähren, falls die GmbH nicht zur Entstehung gelangt (vgl. *Lutter/Hommelhoff*, § 11 GmbHG Rz. 17). Die Vorschrift des § 11 Abs. 2 GmbHG kann daher nicht greifen, wenn der Mantelkauf bereits vor Vertragsschluß erfolgt ist. In diesen Fällen steht bei Vertragsabschluß fest, für welche konkrete, bereits existierende juristische Person gehandelt wird. Es wird nicht für eine noch nicht existierende oder – im Falle

der Umgründung durch Mantelverwertung – für eine noch nicht konkretisierte und damit noch unbestimmte juristische Person gehandelt. Der Vertrag kommt sofort mit der durch den Mantelkauf konkretisierten GmbH als eigentlich gewollter Schuldnerin zustande. Es besteht daher kein Bedürfnis, dem Gläubiger neben der Haftung der GmbH noch eine persönliche Haftung des Handelnden zuzubilligen (OLG Koblenz vom 19. 11. 1989, a. a. O.). Unmaßgeblich ist darüber hinaus auch, ob die Satzungsänderungen, die nach Erwerb des Mantels beschlossen wurden, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses schon im Handelsregister eingetragen sind, da diese auf die Identität der GmbH keinen Einfluß haben (OLG Koblenz vom 19. 11. 1989, a. a. O.).

d) Lösungsrisiko

Probleme können für den Mantelerwerber dadurch entstehen, daß es sich bei der Mantelgesellschaft um eine juristisch nicht mehr bestehende Kapitalgesellschaft handelt (vgl. *Fichtelmann*, NSt 1992 S. 1/3). Nach neuerer Rechtsprechung (vgl. OLG Stuttgart vom 28. 2. 1986, GmbHR 1986 S. 269) und im Schrifttum überwiegend vertretener Meinung (vgl. *Scholz/Schmidt*, Anh. § 60 GmbHG Rz. 19; *Hachenburg/Ulmer*, Anh. § 60 GmbHG, Rz. 13; *Schulze-Osterloh* in *Baumbach/Hueck*, § 60 GmbHG; § 2 LöschG Rz. 9; *Lutter/Hommelhoff*, § 60 GmbHG, Rz. 15 ff.; *Rowedder/Rasner*, § 60 GmbHG, Rz. 16) führt Vermögenslosigkeit allein nicht zur Beendigung der GmbH. Voraussetzung für die Beendigung der GmbH (vgl. OLG Stuttgart vom 28. 2. 1986, a. a. O.) ist vielmehr die Realisierung des Doppeltatbestands von Vermögenslosigkeit und Löschung im Handelsregister. Gleiches dürfte auch für die AG gelten (vgl. hierzu: *Hüffer* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, § 273 AktG Rz. 14 f.). Der Eintritt der Vermögenslosigkeit ist in der Praxis außerhalb eines förmlichen Verfahrens nicht feststellbar. Nach Ansicht des OLG Stuttgart (OLG Stuttgart vom 28. 2. 1986, a. a. O.) verbieten es Rechtssicherheit und Rechtsklarheit deshalb, die bloße Vermögenslosigkeit zur Beendigung der Gesellschaft führen zu lassen.

Gefahr droht dem Anteilserwerber einer vermögenslosen GmbH daher lediglich in Gestalt der Löschung von Amts wegen (vgl. *Fichtelmann*, NSt 1992 S. 1/3). Das Registergericht muß das Verfahren von Amts wegen einleiten, sofern substantiierte Hinweise für die Vermögenslosigkeit einer GmbH vorliegen (vgl. *Lutter/Hommelhoff*, § 60 GmbHG Rz. 15). Die Vermutung der Vermögenslosigkeit kann durch den Nachweis von Vermögenswerten (Bankauszug) widerlegt werden. Dafür spielt es keine Rolle, daß die Schulden regelmäßig höher sein werden als das vorhandene Vermögen. Die Überschuldung ist kein Lösungsgrund.

4. Die Entwicklung der steuerlichen Rechtsprechung zum Mantelkauf

Die Rechtsprechung der Finanzgerichte betreffend Fragen des steuerschädlichen Mantelkaufs hat in den vergangenen Jahrzehnten auf eine Vielzahl unterschiedlicher Kriterien abgestellt. Die einzelnen Anknüpfungspunkte zur Beurteilung schädlicher Mantelkäufe unterliegen dabei einem stetigen Wechsel. Analytisch betrachtet lassen sich diverse Phasen unterscheiden (vgl. *Fichtelmann*, NSt 1992 S. 1/6; *Feddersen*, BB 1987 S. 1782/1783 ff.).

a) Rechtsprechungsentwicklung bis zu den Urteilen vom November 1986

aa) Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten

In seinen ersten Entscheidungen von 1958 und 1961 betreffend Käufe von Verlustmänteln (vgl. BFH vom 8. 1. 1958, BStBl. 1958 III S. 97; BFH vom 27. 9. 1961, BStBl. 1961 III S. 540) kommt der BFH zu dem Ergebnis, die vom Erwerber angestrebte Verwertung von Verlusten stelle einen Gestaltungsmissbrauch i. S. des § 6 StAnpG (heute § 42 AO) dar. Der Verlustabzug wird versagt.

Nach Ansicht des BFH kann eine zivilrechtlich zulässige Gestaltung im Hinblick auf das Steuerrecht als mißbräuchlich angesehen werden, wenn »... ein nach bürgerlichem Recht ungewöhnlicher Weg zur Erreichung eines bestimmten Ziels gewählt wird und damit ein steuerlicher Erfolg erreicht werden soll, der bei sinnvoller, Zweck und Ziel der Rechtsordnung berücksichtigender Auslegung vom Gesetzgeber mißbilligt wird. Der Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung fordert, daß die vom Gesetzgeber für den normalen Weg vorgeschriebene steuerliche Behandlung auch dort auferlegt wird, wo wirtschaftlich das gleiche Ergebnis durch unnatürliche Formen und Gestaltungsmöglichkeiten erreicht wird, die formal betrachtet nicht unter das Gesetz fallen« (BFH vom 8. 1. 1958, BStBl. 1958 III S. 97/98).

Die Voraussetzungen des § 6 StAnpG sieht der BFH dann als erfüllt an, wenn eine zivilrechtlich ungewöhnliche Gestaltung nicht mehr der von der Rechtsordnung gebilligten Steuerersparnis, sondern der Steuerumgehung dient (vgl. BFH vom 8. 1. 1958, BStBl. 1958 III S. 99).

Ein von der Steuerrechtsordnung mißbilligter Erfolg wird verfolgt, wenn eine bürgerlich-rechtliche Gestaltung lediglich zum Zweck hat, »den Verlustabzug auf einen anderen schon bestehenden wirtschaftlichen Organismus und Geschäftsbetrieb mit einem anderen Unternehmer zu übertragen.« (BFH vom 8. 1. 1958, BStBl. 1958 III S. 97).

Die Auffassung, der Verkauf von Gesellschaftsanteilen könne trotz unveränderter zivilrechtlicher Identität der Kapitalgesellschaft zur Versagung des Verlustabzugs gemäß § 6 StAnpG führen, hat die Rechtsprechung in einem weiteren Urteil im Grundsatz bestätigt (vgl. BFH vom 27. 9. 1961, BStBl. 1961 III S. 540/542).

Allerdings muß die Anwendung des § 6 StAnpG nach Meinung des 1. Senats auf »solche Ausnahmefälle beschränkt werden, in denen die Umstände des Falles eindeutig ergeben, daß bei wirtschaftlicher Betrachtung Gegenstand des Verkaufs nicht die Anteile, sondern der steuerliche und damit wirtschaftliche Wert des Verlustabzugs ist und daß deshalb der Erwerber der Anteile keine anderen einleuchtenden Gründe für den Erwerb der Anteile gehabt haben kann, als den bei der GmbH wertlos gewordenen Verlustabzug für andere ertragreiche wirtschaftliche Unternehmen auszuwerten.« (BFH vom 27. 9. 1961). Die Verlustverwertung wird regelmäßig Gegenstand des Gesellschaftserwerbs sein, »wenn der bisherige Gewerbebetrieb der GmbH praktisch eingestellt ist oder jedenfalls nicht mehr aufrechterhalten werden kann, wenn die GmbH kein die Fortsetzung eines Betriebes ermöglichendes Betriebsvermögen mehr besitzt und die Anteile ohne Berücksichtigung des Verlustabzugs wertlos sind und von einem Dritten höchstens noch zur Einsparung von Gründungskosten erworben werden würden« (BFH vom 27. 9. 1961, BStBl. 1961 III S. 540).

bb) Das Kriterium der wirtschaftlichen Personenidentität

Ob und unter welchen Voraussetzungen die wirtschaftliche Betrachtungsweise zu einer Verneinung der Personenidentität beim Verlustabzug führen kann und wie die Grenze gegenüber einer wirtschaftlich gebotenen und zweckmäßigen Änderung der Satzung und des Unternehmensgegenstandes sowie einem wirtschaftlich berechtigten Wechsel der Gesellschafter zu ziehen ist, die zu keiner Unterbrechung der steuerlichen Personengleichheit führt, hatte der BFH in seinem Urteil vom 8. 1. 1958 (vgl. BFH vom 8. 1. 1958, BStBl. 1958 III S. 97/99) noch als »schwierig und zweifelhaft« bezeichnet. Seiner damaligen Auffassung nach darf sie »nur mit größter Zurückhaltung und nur in besonderen Ausnahmefällen abweichend vom bürgerlichen Recht verneint werden« (BFH vom 8. 1. 1958, a. a. O.) Diese Zurückhaltung gibt die Rechtsprechung in den beiden Entscheidungen von 1966 (BFH vom 15. 2. 1966, BStBl. 1966 III S. 289, und vom 17. 5. 1966, BStBl. 1966 III S. 513) auf. Der Verlustabzug beim Mantelkauf wird nun nicht mehr mit Hinweis auf § 6 StAnpG versagt, sondern allein wegen fehlender Personenidentität bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise.

Der BFH unterstreicht damit seine Auffassung, daß es Sinn und Zweck des Verlustabzugs gemäß § 10d EStG ist, »daß zwischen dem Steuerpflichtigen, der den Verlust erlitten hat, und demjenigen Steuersubjekt, das den Verlust vom Gesamtbetrag der Einkünfte absetzen will, Personengleichheit bestehen muß und daß eine Übertragung eines Verlustes auf ein anderes Steuersubjekt ausgeschlossen ist« (BFH vom 15. 2. 1966, BStBl. 1966 III S. 289/290). Grundsätzlich sei die Frage der Personenidentität zwar nach der zivilrechtlichen Rechtslage zu entscheiden, jedoch sei eine abweichende Beurteilung geboten, wenn der Sinn und Zweck der steuerlichen Rechtsordnung und der wirtschaftliche Gehalt der Vorgänge dies rechtfertige. Die Personenidentität aus wirtschaftlicher Sicht und

somit die Anwendung des § 10d EStG seien immer dann zweifelhaft, »wenn einerseits die zivilrechtliche Gestaltung mangels eines Geschäftsbetriebs und mangels eines ins Gewicht fallenden Vermögens nur noch eine zur Abwicklung notwendige, im Hinblick auf eine wirtschaftliche Betätigung aber bedeutungslose Form darstellt und andererseits der praktisch bedeutungslos gewordene Mantel der Kapitalgesellschaft durch Zuführung neuen Vermögens durch neu eintretende Gesellschafter eine völlig anders geartete Zweckbestimmung und Organisation erhält, ohne daß von einer organischen Fortentwicklung und Überleitung zu einem anderen Gegenstand des Unternehmens im Interesse der Körperschaft und ihrer Gläubiger die Rede sein kann.« (BFH vom 15. 2. 1966, BStBl. 1966 II S. 289).

Ändert eine Kapitalgesellschaft entsprechend den oben genannten Merkmalen ihre persönlichen und sachlichen Grundlagen, so ist die wirtschaftliche Identität zu verneinen und der Verlustabzug zu versagen, denn »der Verlustabzug gebührt nicht dem Rechtskleid, sondern dem verlusttragenden Unternehmen« (BFH vom 15. 2. 1966, S. 291).

Dem Fortfall der Geschäftsgrundlagen steht nach Auffassung des BFH auch nicht entgegen, daß eventuell noch (originäre) immaterielle Werte, wie etwa die Firma oder Beziehungen zur Kundschaft, vorhanden sind, da diese Werte ihrer Art nach unsicher seien und ihnen die Bilanzierungsfähigkeit fehle, soweit sie nicht entgeltlich erworben wurden. Auch der Verbleib in der gleichen Branche begründet nicht den Fortbestand der wirtschaftlichen Identität (vgl. BFH vom 17. 5. 1966, BStBl. 1966 III S. 513/514).

Da somit schon die Voraussetzungen für den Verlustabzug nicht erfüllt seien, erübrige es sich, die Frage zu prüfen, ob auch Gestaltungsmissbrauch i. S. v. § 6 StAnpG vorliege (vgl. BFH vom 15. 2. 1966).

cc) Fortführung des sachlichen und persönlichen Substrates

1973 konkretisiert der BFH seine Rechtsprechung, als ein Fall zur Entscheidung ansteht, in dem 82 v. H. der Aktien einer AG von neuen Aktionären erworben werden, kurz bevor die Gesellschaft ihre bisherige Produktion und ihre Zahlungen wegen Illiquidität einstellt, gleichzeitig jedoch von den Neuaktionären Gesellschafterdarlehen zur Vermeidung von Konkursanträgen gewährt werden. Die AG besitzt zu dieser Zeit noch erhebliche stille Reserven (vgl. BFH vom 19. 12. 1973, BStBl. 1974 II S. 181).

Der BFH urteilt, daß die Umstellung eines Unternehmens durch neue Gesellschafter allein die Personenidentität nicht beseitige. Erst, wenn eine Kapitalgesellschaft ihre bisherigen Vermögenswerte im wesentlichen verloren habe und in dieser Situation neue Gesellschafter einträten und gleichzeitig der Gesellschaft neue Mittel zuführten und sie wirtschaftlich neu belebten, liege ein der Liquidation und Neugründung vergleichbarer Fall vor. Entscheidend sei, daß dabei

nur dann von zwei Personen gesprochen werden könne, die unter dem gleichen Rechtsmantel tätig werden, wenn das Unternehmen vor dem Zusammenbruch von dem Unternehmen nach der Wiederbelebung in seinem sachlichen und personalen Substrat verschieden ist (vgl. BFH vom 19. 12. 1973, S. 182).

Trotz Illiquidität sei im konkreten Fall die AG nicht abwicklungs- und löschungsreif, denn sie besitzt trotz hoher Verluste noch wesentliches Vermögen und hätte aus eigener Kraft weiterleben können (vgl. BFH vom 19. 12. 1973, BStBl. 1974 II S 181 f.). Zahlungsunfähigkeit und eine schlechte Vermögenslage seien nicht gleichbedeutend mit Vermögenslosigkeit. Außerdem dürfe der Verlustabzug in die Kaufpreisüberlegungen miteinbezogen werden. Daher sei der Verlustabzug zu gewähren (vgl. BFH vom 19. 12. 1973).

In dieser Konkretisierung der Rechtsprechung wird eine Lockerung der Voraussetzungen, unter denen der Verlustabzug zu versagen ist, gesehen (vgl. *Feddersen*, BB 1987 S. 1782/1784).

b) Die Wende in der Rechtsprechung – Die BFH-Entscheidungen vom 29. 10. 1986

Mit seinen Entscheidungen vom Oktober 1986 (BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 308 und 310) gibt der BFH seine bisherige Auffassung auf. Er vertritt nunmehr die Ansicht, daß die Personenidentität einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich so lange zu bejahen sei, wie ihre Zivilrechtsfähigkeit nicht erlösche, weil die Körperschaftsteuersubjektfähigkeit einer Kapitalgesellschaft an deren Zivilrechtsfähigkeit anknüpfe (vgl. BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 308/309; BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 310/312). In der zivilrechtlichen Rechtsprechung gibt es laut BFH zwei Auffassungen hinsichtlich des Erlöschens der Zivilrechtsfähigkeit einer Kapitalgesellschaft: einerseits bei bloßer Vermögenslosigkeit, andererseits bei Löschung im Handelsregister gemäß § 2 LösChG nach eingetretener Vermögenslosigkeit (vgl. BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 308/309; BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 310/312). Jedoch müsse entweder die Nichtigkeit der Kapitalgesellschaft rechtskräftig festgestellt oder die Amtslöschung im Handelsregister erfolgt sein, sonst sei steuerrechtlich von ihrem Fortbestand auszugehen.

In den zu entscheidenden Fällen sind bereits die Voraussetzungen für das zivilrechtliche Erlöschen der Kapitalgesellschaft nicht erfüllt. Da noch bilanzierungs- und bewertungsfähige Vermögensgegenstände vorhanden seien, könne Vermögenslosigkeit nicht angenommen werden, da Vermögenslosigkeit begrifflich nicht mit Überschuldung, Unterbilanz oder Unterkapitalisierung identisch sei. Voraussetzung der Vermögenslosigkeit ist vielmehr das Fehlen bilanzierungs- und bewertungsfähiger Vermögensgegenstände. Nur ein einziger bilanzierungs- und bewertungsfähiger Vermögensgegenstand schließt die Annahme der Vermögenslosigkeit aus, auch wenn die Schulden den Wert des Vermögens-

gegenstandes übersteigen. Solange die Kapitalgesellschaft aber zivilrechtlich fortbestünde, stehe ihr der geltend gemachte Verlustabzug zu, ohne daß es auf die wirtschaftliche Identität ankomme (vgl. BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 310/312).

Das Erfordernis der wirtschaftlichen Identität wurde mit der Begründung aufgegeben, daß ein entsprechendes Tatbestandsmerkmal weder dem Wortlaut noch dem Zweck des § 10d EStG entnommen werden könne und daß, abgesehen davon, der Begriff der wirtschaftlichen Identität in der vormaligen Rechtsprechung nicht näher konkretisiert worden sei (vgl. BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 308/309; BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 310/312).

Der BFH argumentiert, daß einkommensteuerverpflichtige Personen die aus einem Betrieb oder Mitunternehmeranteil erlittenen Verluste nach § 10d EStG durch Verrechnung mit anderen Einkunftsarten abziehen könnten, selbst wenn der Betrieb oder Mitunternehmeranteil verkauft oder aufgegeben worden sei; denn der Verlustabzug sei grundsätzlich nicht an das Fortbestehen einer bestimmten steuerpflichtigen Tätigkeit geknüpft, aus der der abzuziehende Verlust herrühre. Gleichermäßen müsse dies für Kapitalgesellschaften gelten. Somit seien Kapitalgesellschaften nicht daran gehindert, ein verlustreiches Engagement aufzugeben und sich einem einträglicheren Gesellschaftszweck zuzuwenden. Die Forderung nach wirtschaftlicher Identität sei insbesondere dann nicht gerechtfertigt, wenn das durch Neugesellschafter zugeführte Kapital u. a. dazu diene, die in der Vergangenheit erlittenen Verluste, deren Abzug nach § 10d EStG angestrebt wird, wirtschaftlich abzudecken. Darüber hinaus betont der BFH, daß in den zu entscheidenden Fällen zumindest Teile des Verlustabzugs durch Liquidierung stiller Reserven hätten ausgenutzt werden können (vgl. BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 308/309; BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 310/312).

Seine frühere Rechtsprechung hält der BFH auch deshalb für überholt, weil der Verlustabzug gemäß § 10d EStG durch die ESt-Reform 1976 erheblich erweitert worden ist, »ohne daß der Gesetzgeber dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Identität irgendeine erkennbare Bedeutung beigemessen hat« (BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 310/312). Ebenso sei die seit KStG 1977 erforderliche Gliederung und Fortschreibung des verwendbaren Eigenkapitals einer Kapitalgesellschaft Ausdruck der Personenidentität. Es sei kein Grund dafür zu erkennen, weshalb in den Fällen des Mantelkaufs eine Kapitalgesellschaft nach §§ 30 ff. KStG 1977 als fortbestehend, jedoch nach § 8 Abs. 1 KStG 1977, § 10d EStG wie eine neu gegründete Kapitalgesellschaft zu behandeln sein solle.

Ferner nimmt der BFH zu der Frage Stellung, ob die Kapitalgesellschaft ihre zivilrechtliche Identität durch eine mißbräuchliche Gestaltung i. S. des § 6 StAnpG erhalten habe, und kommt zu dem Ergebnis, daß diese Norm zur Prüfung der zivilrechtlichen Identität der Kapitalgesellschaft unanwendbar sei, da das Steuerrecht, soweit es unmittelbar an das Zivilrecht anknüpfe, auch an

dessen Wertungen gebunden sei. »Auch die Tatsache, daß im Zivilrecht der Mantelkauf teilweise als Gesetzesumgehung angesehen wird, läßt keine weiteren Rückschlüsse auf die Anwendung des § 6 StAnpG zu. Zivilrechtlich wird die Umgehung der im Gläubigerinteresse erlassenen Gründungs- und Haftungsvorschriften beanstandet. Eine derartige Umgehung berührt weder die Besteuerung der Klägerin noch deren Recht auf Verlustabzug.« (BFH vom 29. 10. 1986, BStBl. 1987 II S. 308/310).

Im Schrifttum wird die Rechtsprechungsänderung begrüßt, da sie sich für die Beratung notleidender Kapitalgesellschaften als hilfreich erweise (vgl. *Feddersen*, BB 1987 S. 1782). Insbesondere die Suche nach kapitalkräftigen neuen Gesellschaftern, für die die Möglichkeit des Verlustabzuges wohl regelmäßig ein Anreiz ist, sich an einem in Schwierigkeiten geratenen Unternehmen zu beteiligen, wird erleichtert (vgl. *Feddersen*, a. a. O.). *Feddersen* warnt allerdings, daß es sich bei den Sachverhalten, die den BFH-Entscheidungen zugrunde liegen, um klassische Maßnahmen der Unternehmenssanierung handle und insofern der Verlustabzug zu Recht zugelassen wird. Der Schluß, daß der Handel mit Verlustmänteln auch unter Berücksichtigung des Gestaltungsmissbrauchs gemäß § 42 AO nunmehr liberalisiert sei, wäre seiner Ansicht nach unzulässig (vgl. *Feddersen*, S. 1786; a. A. *Autenrieth*, DStZ 1987 S. 203 f.).

Kudert/Saakel (BB 1988 S. 1229/1230) bezweifeln, ob nicht auch nach den Grundsätzen der älteren Rechtsprechung der Verlustabzug zugelassen worden wäre, da es sich bei den zugrundeliegenden Sachverhalten nicht um vermögenslose, also abwicklungs- und löschungsreife Gesellschaften gehandelt hätte. Dieser Einwand hat jedoch in der Diskussion wenig Beachtung gefunden.

Schulze zur Wiesche (GmbHR 1987 S. 238/240) interpretiert die beiden Urteile dahingehend, daß ein Gesellschafterwechsel weiterhin zur Versagung des Verlustabzuges führt, wenn die Kapitalgesellschaft zur Zeit des Gesellschafterwechsels gänzlich vermögenslos ist. Solange jedoch noch Aktivvermögen vorhanden sei, sei der Verlustabzug zu gewähren, auch wenn das Vermögen keine wesentliche Betriebsgrundlage mehr darstelle.

Ibrig (BB 1988 S. 1197/1199) kritisiert die Entscheidungen des BFH als verfehlt. Der Verlustabzug gemäß § 10d EStG sei Ausdruck des Leistungsfähigkeitsprinzips. Von einer individuellen Leistungsfähigkeit einer Körperschaft könne jedoch sinnvoll nur in Verbindung mit einem ihr zugeordneten, dem Verbandszweck gewidmeten Substrat, nämlich dem Unternehmen, gesprochen werden. Im Falle des Mantelkaufs fehle es jedoch regelmäßig an der Unternehmenskontinuität, die Voraussetzung für das die Körperschaft individualisierende Unternehmenssubstrat sei. Insofern verfehle die vom BFH befürwortete formale Subjektidentität den Zweckgehalt des § 10d EStG.

5. Die gesetzliche Regelung in § 8 Abs. 4 KStG

Auf die Wende in der Rechtsprechung zum Mantelkauf, die der BFH mit seinen Urteilen vom 29. 10. 1986 einläutet, indem er einzig und allein auf die rechtliche Identität der Kapitalgesellschaft abstellt, hat der Gesetzgeber im Steuerreformgesetz 1990 reagiert. In § 8 KStG wurde ein neuer Absatz 4 eingefügt und damit das Erfordernis der zivilrechtlichen und wirtschaftlichen Identität für die Gewähr des Verlustabzuges bei Kapitalgesellschaften gesetzlich verankert.

Nach der Gesetzesbegründung sollen Gesellschaftsmäntel mit einem Verlustvortrag nicht verkauft werden können, weil es Ziel des § 10d EStG sei, daß nur diejenige Rechtsperson den Verlustabzug geltend machen kann, die den Verlust auch wirtschaftlich erlitten hat. § 8 Abs. 4 KStG soll sicherstellen, daß körperschaftsteuerpflichtige juristische Personen steuerlich genauso behandelt werden wie einkommensteuerpflichtige natürliche Personen, und somit die Rechtslage wieder herstellen, wie sie vor der BFH-Rechtsprechungsänderung bestand. Verlustvorträge von Kapitalgesellschaften (Hauptanwendungsfall) sollen ebenso wie Verlustvorträge von Einzelunternehmern (vom Erbfall abgesehen) nicht übertragbar sein. Gleiches soll für den Verlustausgleich im Übertragungsjahr gelten (zu den Ausführungen in diesem Absatz vgl. Gesetzesentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP: Entwurf eines Steuerreformgesetzes 1990, BT-Drs. 11/2157 S. 171).

Gemäß § 54 Abs. 6 KStG ist der Verlustabzug beim Mantelkauf zu versagen, wenn die Rechtsgeschäfte, die zum Verlust der wirtschaftlichen Identität nach § 8 Abs. 4 KStG geführt haben, nach dem 23. Juni 1988 abgeschlossen worden sind (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, BStBl. 1990 I S. 252 Tz. 5).

Für die nach § 8 Abs. 4 KStG zum Verlust der wirtschaftlichen Identität führenden Rechtsgeschäfte, die vor dem 24. Juni 1988 abgeschlossen worden sind, ist nach Auffassung des BMF (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, BStBl. 1990 I S. 252 Tz. 5) der Verlustabzug ab dem Veranlagungszeitraum 1990 zu versagen. Nach Auffassung von *Strecke/Schwedhelm* (FR 1989 S. 153/158) ist dies ein Verstoß gegen das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot.

II. Merkmale des typischen Mantelkaufs

1. Überblick

Der typische Fall des Mantelkaufs (Hauptanwendungsfall des § 8 Abs. 4 KStG) liegt vor, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Die Kapitalgesellschaft hat ihren Geschäftsbetrieb eingestellt.
- Es sind mehr als drei Viertel ihrer Anteile übertragen worden.
- Es ist überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt worden.

– Die Kapitalgesellschaft hat ihren Geschäftsbetrieb wieder aufgenommen.

Das wichtigste Kriterium ist dabei das der Betriebseinstellung. Nach zutreffender Ansicht von *Thiel* (GmbHHR 1990 S. 223/224) unterscheidet nur dieses Merkmal den schädlichen Mantelkauf von der förderungswürdigen Sanierung. Ebenso wie der Mantelkauf ist auch die echte Sanierung zumeist nicht nur mit der Zuführung erheblicher neuer Mittel, sondern auch mit dem Eintritt neuer Gesellschafter verbunden. Im konkreten Fall ist daher die Entscheidung, ob eine Sanierung oder ein Mantelkauf vorliegt, letztlich danach zu treffen, ob der Geschäftsbetrieb bereits eingestellt war oder nicht.

2. Einstellung des Geschäftsbetriebs

Wenn eine Verlustgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb nicht eingestellt hat, bei der Anteilsveräußerung also noch wirtschaftlich tätig ist, handelt es sich um einen typischen Fall der Sanierung, der nicht zur Verneinung der wirtschaftlichen Identität und somit zur Versagung des Verlustabzugs führen kann (vgl. *Singbartl/Dötsch/Hundt*, DB 1988 S. 1767/1769). Auslegungsschwierigkeiten bereitet die Frage, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit der Geschäftsbetrieb eines Unternehmens als eingestellt gilt. Bei der Auslegung des § 8 Abs. 4 KStG ist zu berücksichtigen, daß es nicht Zweck der Vorschrift ist, wünschenswerte Sanierungen zu behindern. Nur der Handel mit Verlustvorträgen soll unterbunden werden (vgl. BMF-Schreiben vom 4. 10. 1991, GmbHHR 1992 S. 64).

Die Einstellung des Geschäftsbetriebs einer Kapitalgesellschaft liegt nach Auffassung der Finanzverwaltung vor, »wenn sie im wirtschaftlichen Ergebnis aufgehört hat, werbend tätig zu sein« (BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, BStBl. 1990 I S. 252 Tz. 1.1). Was darunter zu verstehen ist, bleibt – außer in eindeutigen Fällen – unklar. Analog zum Ende der Gewerbesteuerpflicht könnte darunter verstanden werden, daß ein Unternehmen, das nur noch auf Lager produziert, das Vertriebspersonal aber wegen notorischer Erfolglosigkeit entlassen hat, nicht mehr werbend tätig ist (gl. *A. Kräußlein*, S. 141). Die Aufrechterhaltung von Vertriebsaktivitäten wäre danach unabdingbar. U. E. gehört auch noch die Abwicklung schwebender Absatzgeschäfte, z. B. die Fertigstellung eines Gebäudes, zur werbenden Tätigkeit. Beschränken sich die Aktivitäten dagegen nur noch auf den Einzug von Forderungen und die Begleichung von Verbindlichkeiten, liegt kein werbender Betrieb mehr vor (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990 Tz. 1.1). Die Eröffnung von Vergleichsverfahren oder Konkursen zwingt nicht zu der Annahme, der Betrieb sei eingestellt (vgl. BMF-Schreiben vom 4. 10. 1992, GmbHHR 1992 S. 64); denn eine Fortführung des Unternehmens ist auch in dieser Situation noch nicht ausgeschlossen. Andererseits kann eine Betriebseinstellung auch vorliegen, ohne daß Konkurs oder Vergleich angemeldet wurde bzw. hätte werden müssen. Wird die Gesellschaft lediglich auf einem anderen Gebiet tätig oder verpachtet sie ihren Geschäftsbe-

trieb im Ganzen, gilt der Geschäftsbetrieb nicht als eingestellt (vgl. BMF Schreiben vom 11. 6. 1990). Eindeutig keine Betriebseinstellung sind (vgl. BMF Schreiben vom 11. 6. 1990; BMF-Schreiben vom 4. 10. 1992):

- Betriebsumstellung
- Betriebsverpachtung
- nur vorübergehende Betriebsunterbrechung

Der BFH (Urteil vom 17. 10. 1991, DB 1992 S. 543) definiert den Begriff der Betriebsunterbrechung wie folgt:

»Eine Betriebsunterbrechung, die nicht als Betriebsaufgabe anzusehen ist . . . , liegt vor, wenn bei Einstellung der werbenden Tätigkeit die Absicht vorhanden und die Verwirklichung der Absicht nach den äußerlich erkennbaren Umständen wahrscheinlich ist, den Betrieb innerhalb eines überschaubaren Zeitraums in gleichartiger oder ähnlicher Weise wieder aufzunehmen, so daß der stillgelegte und der eröffnete Betrieb als identisch anzusehen sind.«

Ein besonderes Problem ist in der Frage zu sehen, ob der Begriff des Geschäftsbetriebs i. S. des § 8 Abs. 4 KStG die Vermögensverwaltung umfaßt. Nach Auffassung der Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, a. a. O.) gilt der Geschäftsbetrieb dann als eingestellt, wenn die »werbende« Tätigkeit endgültig auf Dauer aufgegeben ist. Unklar ist, ob eine schädliche Betriebseinstellung auch dann vorliegt, wenn zwar die aktive Geschäftstätigkeit beendet wird, die Gesellschaft aber nicht völlig untätig wird, sondern noch eine Vermögensverwaltung betreibt. Es fragt sich, ob der Begriff des Geschäftsbetriebs i. S. des § 8 Abs. 4 KStG die Vermögensverwaltung umfaßt. Keine schädliche Einstellung ist die Gesamtbetriebsverpachtung.

Nach Ansicht von *Dieterlen* (in *Lademann*, § 8 KStG Rz. 343) ist die Vermögensverwaltung in die Definition des Geschäftsbetriebs einzubeziehen, sofern sie »geschäftsmäßig« betrieben wird. Was unter »geschäftsmäßig« zu verstehen ist, bleibt unklar. In die gleiche Richtung geht auch die Interpretation von *Hörger/Kemper* (DStR 1990 S. 539). Da das BMF (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, a. a. O., Tz. 1.4.) ausdrücklich auf die Unschädlichkeit der Änderung des Geschäftsgebietes hinweist, ist wohl auch die Umstellung eines operativ tätigen Unternehmens in eine bloß vermögensverwaltende Gesellschaft unkritisch im Hinblick auf § 8 Abs. 4 KStG. Der Verlust hängt also nicht an dem Geschäftsgebiet, das den Verlustabzug verursacht hat. Wichtig ist nur, daß es sich um ein noch lebendes Unternehmen handelt (*Hörger/Kemper*, DStR 1990 S. 539/540).

Enger ist die Auffassung von *Freericks* in *Blümich*, § 8 KStG Rz. 215). War Vermögensverwaltung Teil des Gesellschaftszwecks und ist noch Restvermögen vorhanden, so kann die Fortsetzung der Vermögensverwaltung als Fortsetzung des Geschäftsbetriebs insgesamt betrachtet werden.

U. E. kommt es nicht darauf an, ob die Gesellschaft vor der Aufgabe ihrer werbenden Tätigkeit schon Vermögensverwaltung betrieben hat, wie der von der Finanzverwaltung anerkannte Fall der Gesamtbetriebsverpachtung zeigt. Auch wenn nicht der gesamte Betrieb, sondern nur der zurückbehaltene Grundbesitz an verschiedene Personen verpachtet wird, hat die Gesellschaft ihren Betrieb nicht ein-, sondern nur umgestellt. Verlustvorträge der Gesellschaft gehen in derartigen Fällen durch einen Gesellschafterwechsel nicht verloren.

3. Übertragung von mehr als 75 v. H. der Anteile

a) Anteilsbegriff

Ist der Betrieb eingestellt, liegt ein typischer Mantelkauf vor, wenn mehr als 75 v. H. der Anteile übertragen werden. Werden weniger Anteile übertragen, schließt das nicht völlig aus, daß trotzdem ein Mantelkauf – wenn auch ein untypischer – vorliegt (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, a. a. O., Tz. 2). Unklar ist, ob es auf die Beteiligung am Nennkapital oder aber auf die Stimmrechte ankommt (vgl. *Hörger/Kemper*, DStR 1989 S. 15/16). Der Anteil an den Stimmrechten eines Gesellschafters kann von seinem Anteil am Nennkapital abweichen, wenn z. B. Vorzugsaktien begeben werden (§ 12 Abs. 1 Satz 2 AktG) oder wenn in der GmbH-Satzung das Stimmrecht anders als in § 47 Abs. 2 GmbHG geregelt ist (vgl. *Thiel*, GmbHHR 1990 S. 223/225). Fraglich ist ferner, ob Gesellschafterdarlehen, stille Beteiligungen und verdecktes Stammkapital bei der Berechnung der 75 v. H. Grenze zu berücksichtigen sind.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, a. a. O., Tz. 1.2) ist unter dem Anteil an einer Kapitalgesellschaft grundsätzlich der Anteil am Nennkapital zu verstehen. Verdecktes Nennkapital ist demzufolge nicht zu berücksichtigen, denn es gewährt weder vollwertige Gesellschaftsrechte noch einen Anteil am gezeichneten Kapital. Gleiches gilt für die Hingabe eines Gesellschafterdarlehens (vgl. *Schulze zur Wiesche*, GmbHHR 1988 S. 350/352; *Thiel*, GmbHHR 1990 S. 223/225; *Achenbach* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 KStG Rz. 107e; zweifelnd *Müller-Gatermann*, DStR 1991 S. 597/600).

Die Übertragung von mehr als 75 v. H. der Stimmrechte ohne entsprechende Anteilsübertragung führt grundsätzlich nicht zum Verlust der wirtschaftlichen Identität. Nur in Ausnahmefällen sollen Mehrstimmrechte schädlich sein können (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, a. a. O., Tz. 2). Wann diese Ausnahmefälle vorliegen, hat die Finanzverwaltung allerdings nicht erläutert. Dies wird in der Literatur kritisiert (vgl. *Hörger/Kemper*, DStR 1990 S. 539/542). *Müller-Gatermann* (S. 603) betrachtet den Ausnahmetatbestand nur dann als verwirklicht, wenn neben der Übertragung von mehr als 75 v. H. der Stimmrechte auch eine bis annähernd an die Schädlichkeitsgrenze heranreichende Übertragung der kapitalmäßigen Beteiligung erfolgt.

Nach Auffassung von *Thiel* müßte in jedem Fall auf die Stimmrechte abgestellt werden, da der Grundgedanke sei, daß die Vorteile des Verlustabzugs im wesentlichen nur von demjenigen genutzt werden können, der die Kapitalgesellschaft beherrscht. Das würde aber auch bedeuten, daß die Übertragung einer über 75%igen Beteiligung unschädlich ist, wenn die Stimmrechte beschnitten sind.

Eine 75%ige Gewinnbeteiligung ohne entsprechende Kapitalbeteiligung ist u. E. unschädlich. Anders wäre u. E. zu entscheiden, wenn über eine typisch stille Beteiligung eine mehr als 75%ige Beteiligung an Vermögen und Gewinn erreicht würde.

b) Zusammenrechnung von Anteilsübertragungen auf verschiedene Personen

Klar ist, daß es nicht darauf ankommt, ob die Anteile auf eine oder auf mehrere Personen übertragen werden. Fraglich ist nur, ob Anteilsübertragungen auf Altgesellschafter auf die 75 v. H.-Grenze anzurechnen sind.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990 Tz. 1.2) sind alle Anteilsübertragungen mitzuzählen. Maßgeblich ist, daß insgesamt mehr als 75 v. H. der Anteile hinzu erworben werden. Diese Auslegung steht im Einklang mit dem Wortlaut des § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG (vgl. *Hörger/Kemper*, DStR 1990 S. 539/540; ebenso *Thiel*, GmbHR 1990 S. 223/225).

c) Schädlichkeit unentgeltlicher Übertragung

Die Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990; zustimmend *Hörger/Kemper*, DStR 1989 S. 15/16; *Fichtelmann*, GmbHR 1990 S. 305/308; *Achenbach* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 KStG Rz. 107 f.; *Thiel*, GmbHR 1990 S. 223/225) ist der Auffassung, daß sowohl entgeltliche als auch unentgeltliche Übertragungen mit Ausnahme der Anteilsübertragung im Erbfall von § 8 Abs. 4 KStG erfaßt werden.

Diese Auslegung führt im Ergebnis dazu, daß sanierungswillige Empfänger einer Schenkung die Altverluste nicht nutzen können, während die Erben die Verlustvorträge mit späteren Gewinnen aus völlig anderen Aktivitäten verrechnen dürfen. Diese Ungleichbehandlung, deren Ursprung vermutlich in der Rechtsprechung zur Übertragbarkeit von einkommensteuerlichen Verlustvorträgen in Erbfällen liegt, ist abzulehnen (gl. *A. Streck/Schwedhelm*, FR 1989 S. 153/156). In beiden Fällen liegt kein steuerschädlicher typischer Mantelkauf vor. Denn weder durch Schenkung noch durch Erbfolge läßt sich ein mißbräuchlicher Handel mit Verlustvorträgen betreiben.

d) Etappenweise Anteilsübertragung

Weder das Gesetz noch die Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, BStBl. 1990 I S. 252) beschäftigen sich mit der Frage, ob mehrere Anteilsverkäufe an dieselbe Person, die zusammengenommen die 75 v. H.-Grenze überschreiten, aber mehrere Jahre auseinanderliegen, zusammengerechnet werden dürfen.

Nach überwiegender Ansicht (vgl. *Frotscher*, S. 134 f.; *Schulze zur Wiesche*, GmbHR 1988 S. 350/352; *Schmidt-Troje* in *Klein/Laube/Schöberle*, § 8 KStG Rz. 13b) geht der Verlustabzug nur verloren, wenn bis zur Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs mehr als 75% der Anteile übertragen werden, wobei es nicht darauf ankommt, wie viele rechtlich selbständige Übertragungsakte dafür erforderlich sind. Dagegen halten *Streck/Schwedhelm* (FR 1989 S. 153/156) nur die Übertragung von mehr als 75% der Anteile in einem Rechtsakt für schädlich. Die Zusammenrechnung wird also generell abgelehnt.

Nach Ansicht von *Fichtelmann* (NSt 1992 S. 1/13) können Anteilsverkäufe an dieselbe Person auch zusammengerechnet werden, wenn sie erst nach Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit erfolgen. Es kommt jedoch dadurch nicht zum rückwirkenden und vollständigen Wegfall der Verlustausgleichsmöglichkeit. Vielmehr gehen nur die im Jahr des Überschreitens der 75%-Grenze noch vorhandenen Restverluste verloren.

Nach u. E. zutreffender Ansicht von *Hörger/Kemper* (DStR 1990 S. 539/540) können mehrere Anteilsübertragungen, die sich über einen längeren Zeitraum erstreckten, nur dann zusammengerechnet werden, wenn diese auf einem einheitlichen Geschäft beruhen. Voraussetzung ist dabei, daß bereits von Anfang an die wesentlichen Bedingungen der weiteren Übertragungsakte für Käufer und Verkäufer zwingend festgelegt worden sind, wobei eine bloße einseitige Kauf- bzw. Verkaufsoption nicht ausreicht (vgl. *Hörger/Kemper*). Dagegen können wechselseitige Kauf- und Verkaufsoptionen jedoch zur (sofortigen) Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums führen, wenn eine hohe Wahrscheinlichkeit für die Ausübung der Optionen spricht, womit steuerlich ein Gesamtverkauf vorläge.

4. Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen

Klar ist, daß kein (typischer) Mantelkauf vorliegt, wenn eine Sanierung ohne Zurverfügungstellung neuen Kapitals allein durch die Fachkenntnisse und/oder persönlichen Beziehungen des Erwerbers gelingt. Bedarf die Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs dagegen der Zuführung bilanzierungsfähiger Wirtschaftsgüter, kommt es entscheidend auf das Verhältnis von altem und neu zugeführtem Betriebsvermögen an. Übersteigt der Wert des zugeführten Vermögens das übernommene Altvermögen, liegt ein schädlicher Mantelkauf vor. In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Fragen:

- Ist der Begriff Betriebsvermögen im Sinne von »Summe der Aktiva« oder im Sinne von »Reinvermögen« zu verstehen?
- Sind auch originäre immaterielle Wirtschaftsgüter, die unter das Aktivierungsverbot des § 5 Abs. 2 EStG fallen, zu berücksichtigen?
- Erfolgt die Bewertung zum Buchwert, Teilwert (= Einkaufspreis bei Wiederbeschaffung) oder zum gemeinen Wert (= Verkaufspreis an normalen Kundenkreis)?
- Gelten für Alt- und Neuvermögen die gleichen Grundsätze insbesondere bei der Bewertung?
- Genügt eine Differenz von 1 DM oder muß der Unterschied »erheblich« sein?

Die Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990 Tz. 1.3) versteht unter Betriebsvermögen das Aktivvermögen ohne Schulden. Anderenfalls würde eine Darlehensgewährung nicht als Zuführung neuen Betriebsvermögens erscheinen. Wertmaßstab sowohl für das vorhandene als auch für das neu zugeführte Betriebsvermögen ist der Teilwert. Auf die Buchwerte des Altvermögens bzw. den vom Teilwert abweichenden Einlagewert (§ 6 Abs. 1 Nr. 5a EStG) der neu zugeführten Wirtschaftsgüter kommt es nicht an. Insofern wird das alte und neue Betriebsvermögen nach den gleichen Grundsätzen behandelt. Aufgrund von Bewertungsunsicherheiten wird man eine erhebliche Wertdifferenz (z. B. 10 v. H.) verlangen müssen.

Eine Ungleichbehandlung ist nach Meinung der Finanzverwaltung bei den originären immateriellen Wirtschaftsgütern geboten. Soweit sie von der GmbH selbst geschaffen wurden, fallen sie unter das Aktivierungsverbot nach § 5 Abs. 2 EStG und dürfen beim Altvermögen nicht angerechnet werden. Beim neu zugeführten Vermögen müssen dagegen auch originäre immaterielle Wirtschaftsgüter berücksichtigt werden, wenn sie im Wege der verdeckten Einlage übertragen werden. Nach der Rechtsprechung haben die Einlagevorschriften nämlich Vorrang vor § 5 Abs. 2 EStG. Unentgeltlich eingeräumte Nutzungsrechte sind zwar einlagefähig, dürfen aber nicht mit dem Teilwert (vgl. BFH vom 26. 10. 1987, BStBl. 1988 II S. 348/353) und wohl auch nicht mit den vom Überlassenden getragenen Aufwendungen (sog. Drittaufwand, vgl. Vorlagebeschluß zum Großen Senat vom 9. 7. 1992, DStR 1992 S. 1579) angesetzt werden. Unentgeltliche Nutzungsüberlassungen führen daher nicht zu einer (potentiell) schädlichen Vermögenszufuhr.

Die Nichtberücksichtigung nachweislich werthaltiger originärer immaterieller Wirtschaftsgüter beim Altvermögen ist u. E. (gl. A. Hörger/Kemper, DStR 1990 S. 539/541; Müller-Gatermann, DStR 1991 S. 597/601) abzulehnen, weil dadurch wünschenswerte Sanierungen zu Unrecht als schädliche Mantelkäufe erscheinen. In der Praxis kann und muß das Problem durch Sale-and-lease-back vermieden werden. Die Gesellschaft verkauft ihre werthaltigen originären immateriellen Wirtschaftsgüter an den künftigen Mantelerwerber und mietet sie von diesem anschließend zurück. Der Veräußerungserfolg ist aufgrund der Ver-

lustverrechnung steuerfrei gestellt. Das bilanzielle Vermögen erhöht sich und hat positive Auswirkungen auf das Verhältnis von vorhandenem zu steuerunschädlich zuführbarem neuen Betriebsvermögen.

5. Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs

Nimmt eine Kapitalgesellschaft nach der Anteilsübertragung ihren Geschäftsbetrieb wieder auf, so führt dies gemäß § 8 Abs. 4 KStG zum Verlust der wirtschaftlichen Identität. Der Gesetzeswortlaut ist mißverständlich. Fraglich ist, ob durch Wiederaufnahme eines artgleichen Geschäftsbetriebs die Steuer-schädlichkeit vermieden werden kann.

Nach Auffassung von Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990 Tz. 1.4) und Schrifttum (vgl. *Hörger/Kemper*, DStR 1989 S. 15/18; *Singbartl/Dötsch/Hundt*, DB 1988 S. 1767/1769; *Frotscher*, S. 135) ist es für die Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG unerheblich, ob die Verlustgesellschaft ihren bisherigen Geschäftsbetrieb fortsetzt oder einen ganz anderen oder ähnlichen Geschäftsbetrieb aufnimmt.

III. Andere Anwendungsfälle des § 8 Abs. 4 KStG

1. Ausdehnung auf andere Körperschaften

Der Erlaß des BMF hat klargestellt, daß der Ausschluß des Verlustabzugs nach § 8 Abs. 4 KStG nicht nur für Kapitalgesellschaften, sondern darüber hinaus auch für andere Körperschaften gilt. Den Beschränkungen des § 8 Abs. 4 KStG unterliegen somit z. B. auch Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, nichtrechtsfähige Vereine, Stiftungen und Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (vgl. *Müller-Gatermann*, DStR 1991 S. 597/601 f.; *Thiel*, GmbHR 1990 S. 223/227). In diesen Fällen bezieht sich die Übertragung von mehr als 75 v. H. der Anteile auf die beteiligungs- oder mitgliedschaftlichen Rechte (BMF vom 11. 6. 1990 Tz. 2).

2. Expansion des Abzugsverbots über den Fall des »typischen« Mantelkaufs hinaus

Der in § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG normierte Standardfall stellt keine abschließende Regelung, sondern nur den »Hauptanwendungsfall« des steuerschädlichen Mantelkaufs dar, wie sich aus dem Begriff »insbesondere« ergibt. Auch andere Gestaltungen können den Ausschluß des Verlustabzugs zur Folge haben, näm-

lich dann, wenn sie dem Hauptanwendungsfall wirtschaftlich entsprechen (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990 Tz. 2).

a) Veränderung der typischen Geschehensfolge

§ 8 Abs. 4 Satz 2 KStG (Hauptanwendungsfall) sieht einen steuerschädlichen Mantelkauf als gegeben an, wenn mehr als drei Viertel der Anteile an einer Kapitalgesellschaft übertragen werden und die Gesellschaft danach ihren Geschäftsbetrieb mit überwiegend neuem Betriebsvermögen wieder aufnimmt.

Für einen potentiellen Mantelerwerber dürfte es nicht schwierig sein, diese Tatbestandsmerkmale in anderer zeitlicher Reihenfolge zu verwirklichen (beispielsweise Übertragung der Anteile erst nach der Wiederaufnahme des Geschäftsbetriebs), um damit die Rechtsfolge des § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG zu umgehen. Nach Ansicht der Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990 Tz. 2) ist jedoch hierin ein dem Hauptanwendungsfall wirtschaftlich entsprechender Sachverhalt zu sehen, der den Verlustabzug ausschließt.

b) Maßnahmen, die im Ergebnis zu einer Anteilsveränderung von mehr als 75 v. H. führen

aa) Gewährung neuer Anteile

Die Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990 Tz. 2) ist der Auffassung, daß eine Kapitalerhöhung, durch die die neu eintretenden Gesellschafter eine Beteiligung von mehr als 75 v. H. erlangen, einer Anteilsübertragung gleichzusetzen ist. Ein solcher Vorgang führt, wenn die weiteren Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 Satz 2 KStG erfüllt sind, zum Verlust der wirtschaftlichen Identität (so schon *Singbartl/Dötsch/Hundt*, DB 1988 S. 1767/1769). Anknüpfungspunkt ist also nicht das formale Kriterium »Übertragung der Anteile«, sondern das des »Machtwechsels«. Im Schrifttum (vgl. *Dieterlen in Lademann*, § 8 KStG, Rz. 333; *Streck/Schwedhelm*, FR 1989 S. 153/156; *Widmann/Mayer*, § 15 UmwStG, Tz. 6226.3) wird die Auffassung teilweise abgelehnt.

Nach Ansicht der Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990 Tz. 2) sind auch bloße Verschiebungen im bisherigen Gesellschafterkreis schädlich, sofern die Verschiebung mehr als 75 v. H. beträgt (vgl. *Hörger/Kemper*, DStR 1990 S. 539/541). Dagegen bleibt die wirtschaftliche Identität einer Verlustgesellschaft erhalten, solange sich im Rahmen der Kapitalerhöhung an den bisherigen Beteiligungsquoten der Altgesellschafter nichts ändert bzw. die Erhöhung höchstens 75 v. H. beträgt. Derartige Vorgänge führen nicht zu einem Wechsel des persönlichen Substrats und sind insoweit für die wirtschaftliche Identität der Gesellschaft unschädlich (vgl. *Hörger/Kemper*, DStR 1989 S. 15/20; *Müller-Gattermann*, DStR 1991 S. 597/602; BFH vom 15. 2. 1966, BStBl. 1966 III S. 289/290).

Erwirbt ein Neugesellschafter im Wege einer kombinierten Kapitalherab- und -heraufsetzung mehr als 75 v. H. der Anteile an der Verlust-Mantelgesellschaft, führt dies ebenfalls zum Verlust der wirtschaftlichen Identität (vgl. *Schulze zur Wiesche*, GmbHR 1988 S. 350/352; *Dieterlen* in *Lademann*, § 8 KStG Rz. 334).

bb) Verschmelzungen

Unter Verschmelzung oder Fusion versteht das Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche und rechtliche Vereinigung der Vermögen mehrerer Kapitalgesellschaften ohne Abwicklung, d. h. im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (vgl. *Kübler*, S. 348; *Meyer-Scharenberg*, S. 322; *Hueck*, S. 290). Bei der Verschmelzung geht (mindestens) eine Kapitalgesellschaft unter, deren Mitglieder in Anteilen der übernehmenden Gesellschaft entschädigt werden (vgl. *Kübler*, S. 348; *Hueck*, S. 290).

Die Rechtsgrundlagen der Vereinigung durch Gesamtrechtsnachfolge finden sich im Aktiengesetz sowie dem »Gesetz über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Verschmelzung von Gesellschaften mit beschränkter Haftung«:

von auf	AG	GmbH	KGaA
AG	§§ 339-353 AktG	§ 33 KapErhG	§ 354 AktG
GmbH	§ 355 AktG	§§ 19-32 KapErhG	§ 356 AktG
KGaA	§ 354 AktG	§ 34 KapErhG	§ 354 AktG

Das Gesellschaftsrecht unterscheidet zwischen Verschmelzung durch Neubildung und Verschmelzung durch Aufnahme. Bei der in der Praxis nur selten vorkommenden Verschmelzung durch Neubildung wird das Vermögen einer oder mehrerer Kapitalgesellschaften auf eine im Umwandlungszeitpunkt neu entstehende Kapitalgesellschaft übertragen. Diese Gestaltungsform hat im Zusammenhang mit einem Verlustabzug keine Bedeutung, da die sich vereinigenden Gesellschaften untergehen und an deren Stelle die neue Rechtsperson tritt, so daß Verlustvorträge in jedem Fall verlorengehen.

Erfolgt die Vermögensübertragung auf eine bestehende Gesellschaft gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, was der Regelfall sein dürfte, spricht man von einer Verschmelzung durch Aufnahme. In diesem Fall bleibt die zivilrechtliche Identität der übernehmenden Gesellschaft bestehen. Steuerrechtlich kommt es dabei auf die Verschmelzungsrichtung an. Das Vermögen der erfolgreichen Gesellschaft muß auf die Verlust-Gesellschaft übergehen. Verlustvorträge können bei einer Verschmelzung nämlich nicht auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden (vgl. BFH vom 8. 4. 1964, BStBl. 1964 III S. 306; FG-Düsseldorf vom 13. 4. 1989, EFG 1989 S. 413). Wird eine Gewinn-Gesellschaft auf ein Verlustunternehmen zum Zwecke der Steuerersparnis verschmolzen, bleibt die Gesellschaft mit dem Verlustabzug zwar zivilrechtlich identisch, allerdings stellt sich dann die Frage, ob auch wirtschaftliche Identität i. S. des § 8 Abs. 4 KStG besteht.

Im Falle der Verschmelzung durch Aufnahme können die Neugesellschafter im Gegenzug für die Übertragung ihrer (Gewinn-)Gesellschaft entweder bestehende Anteile der aufnehmenden Gesellschaft von den Altgesellschaftern oder neue, im Wege einer Kapitalerhöhung geschaffene Anteile erhalten (vgl. *Fichtelmann*, GmbHR 1990 S. 305/307). In der Regel ist eine Kapitalerhöhung notwendig, da den Gesellschaftern der übertragenden Gesellschaft nur auf diese Weise Geschäftsanteile an der übernehmenden Gesellschaft zur Verfügung gestellt werden können. Zu beachten ist, daß die Kapitalerhöhung der übernehmenden Gesellschaft u. U. ausgeschlossen sein kann (vgl. *Fichtelmann*, GmbHR 1990 S. 305/308).

Bei einer Verschmelzung durch Aufnahme ergeben sich je nach Fallkonstellation unterschiedliche Problemstellungen:

– Verschmelzung unter Beteiligung Dritter

○ In Verschmelzungsfällen, in denen mittels Kapitalerhöhung bei der aufnehmenden Gesellschaft neue Anteile an die neu hinzutretenden Gesellschafter gegeben werden, findet keine Übertragung i. S. eines Rechtsträgerwechsels statt. Die Anteile werden vielmehr originär durch die Neugesellschafter erworben (vgl. *Fichtelmann*, GmbHR 1990 S. 305/308 f.). Liegt aufgrund des Ersterwerbs der neuen Anteile keine Übertragung vor, kann der Verlustabzug nicht versagt werden (vgl. *Dieterlen* in *Lademann*, § 8 KStG Rz. 335; *Streck/Schwedhelm*, FR 1989 S. 153/156). Die Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, BStBl. 1990 I S. 252 Tz. 2) beurteilt diesen Sachverhalt anders. Ihrer Ansicht nach steht der Ersterwerb von Geschäftsanteilen aus der Kapitalerhöhung der Übertragung von Geschäftsanteilen gleich (gl. A. *Fichtelmann*, NSt 1992 S. 1/16; *Achenbach* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 KStG Rz. 107g).

– Verschmelzung ohne Beteiligung Dritter

○ Verschmelzung Tochter- auf Muttergesellschaft

Bei einer Verschmelzung auf den Alleingeschafter müssen keine neuen Anteile ausgegeben werden. Fraglich ist daher, ob hier ein Übertragungsakt stattfindet, den man einer Anteilsübertragung gleichsetzen könnte.

Eine Subsumtion dieses Sachverhalts unter § 8 Abs. 4 KStG erscheint nicht möglich. Bei einer Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft (Verlustgesellschaft) darf das Kapital der Muttergesellschaft gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 KapErhG bzw. § 344 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht erhöht werden (vgl. *Dieterlen* in *Lademann*, § 8 KStG Rz. 336).

Die Beteiligungsverhältnisse an der übernehmenden Gesellschaft verändern sich nicht, es findet somit keine Anteilsübertragung statt. Der Verlustabzug ist also möglich (vgl. *Dieterlen* in *Lademann*, § 8 KStG Rz. 336; *Achenbach* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 KStG Rz. 107h; *Hörger Kempfer*, DStR 1989

S. 15 f.; *Thiel*, GmbHR 1990 S. 223/226 Fn. 32); *Widmann/Mayer*, § 15 UmwStG, Tz. 6226.3).

○ Verschmelzung Mutter- auf Tochtergesellschaft (down-stream-merger)

Ist die übertragende Gesellschaft (Gewinnsgesellschaft) an der aufnehmenden Verlustgesellschaft beteiligt, so halten die bisherigen Gesellschafter der untergehenden Gewinnsgesellschaft eine mittelbare Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft. Fraglich ist nun, ob in der »Entschädigung« für diese mittelbare Beteiligung eine Anteilsübertragung i. S. des § 8 Abs. 4 KStG zu sehen ist, denn die Anteile der übertragenden Gesellschaft an der aufnehmenden Gesellschaft werden zu eigenen Anteilen der aufnehmenden Unternehmung. Die Finanzverwaltung hat sich hierzu nicht geäußert. Nach Ansicht von *Fichtelmann* (GmbHR 1990 S. 305/309) liegt für die bisherigen Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft in dem Umfang, in dem diese mit Anteilen an der übernehmenden Gesellschaft abgefunden werden, ein Anteilserwerb vor. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um eigene Anteile handelt oder um Anteile aus einer Kapitalerhöhung, die aus Anlaß der Verschmelzung vorgenommen wurde. Maßgeblich ist einzig und allein, welche Anteile die Gesellschafter der übertragenden Unternehmung tatsächlich von der aufnehmenden Gesellschaft erhalten haben (vgl. *Fichtelmann*, NSt 1992 S. 1/21). Halten die bisherigen Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft nach der Verschmelzung mehr als 75 v. H. der Kapitalanteile der aufnehmenden Gesellschaft, liegt insoweit ein Erwerb i. S. des § 8 Abs. 4 KStG vor, der Verlustabzug ist zu versagen (kritisch hierzu *Hörger Kemper*, DStR 1990 S. 539/542).

○ Verschmelzung von Schwestergesellschaften

Fraglich ist, ob Fälle, in denen zwar mehr als drei Viertel der Anteile übertragen werden, es aber weder zu einem Wechsel der Gesellschafter noch zu einer Verschiebung der Beteiligungsquoten kommt, unter § 8 Abs. 4 KStG fallen. Nach Ansicht der Finanzverwaltung (vgl. BMF-Schreiben vom 11. 6. 1990, BStBl. 1990 I S. 252 Tz. 2) ist einem Gesellschafterwechsel durch Übertragung von mehr als 75 v. H. der Anteile eine Verschmelzung, an der lediglich bisher beteiligte Gesellschafter teilnehmen, nur dann gleichzusetzen, wenn diese nach den vorgenannten Maßnahmen um über 75 Prozentpunkte höher am Nennkapital beteiligt sind als vorher. Die Verschmelzung zweier Schwesterkapitalgesellschaften ist dann unschädlich (gl. A. *Hörger/Kemper*, DStR 1990 S. 539/540; a. A. *Achenbach* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 KStG Rz. 107h). Auf die Tatsache, daß neue Anteile an der Verlustgesellschaft von mehr als 75 v. H. ihres alten Nennkapitals übertragen werden, kommt es also nicht an (gl. A. *Lange* in *Gail/Goutier/Grützner*, § 8 KStG Rz. 41/13; a. A. *Achenbach* in *Dötsch/Eversberg/Jost/Witt*, § 8 KStG Rz. 107h).

IV. Mantelkauf im Ausland

Die Recherchen zum ausländischen Steuerrecht haben sich als außerordentlich schwierig erwiesen. Ohne die Hilfe von RA Peter Alsted, Kopenhagen, RA Dr. Siegfried Mayr, Mailand, RA E. W. Mehring, Amsterdam, Stefan Mundorf, Madrid, RA W. Tillmanns, Düsseldorf, RA Johannes Viegner, Paris, Generaldirektor für Steuerangelegenheiten im niederländischen Finanzministerium D. E. Witteveen und Dr. Phillip Graf Wrangel, wären die nachfolgenden Ausführungen nicht möglich gewesen.

1. Niederlande

Eine dem deutschen § 8 Abs. 4 KStG entsprechende Regelung findet sich in § 20 Abs. 5 des niederländischen Körperschaftsteuerrechts («Wet op de vennootschapsbelasting 1969»). Danach dürfen Verluste einer Körperschaft, die ihre Geschäftstätigkeit ganz oder nahezu ganz – d. h. zu mehr als 90 v. H. – eingestellt hat, nicht mit Gewinnen nachfolgender Jahre ausgeglichen werden. Eine Ausnahme gilt, wenn die Anteilseigner natürliche Personen sind und die nach der Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit neu eingetretenen Gesellschafter zu höchstens 30 v. H. am Gewinn beteiligt sind.

2. Italien

Im italienischen Steuerrecht fehlt eine dem Hauptanwendungsfall des § 8 Abs. 4 KStG vergleichbare Bestimmung, die die Behandlung des Verlustabzugs bei grundlegendem Gesellschafterwechsel und anschließender »Revitalisierung« der Gesellschaft regelt. Jedoch kann bei Mantelkäufen unter Umständen § 10 des Gesetzes Nr. 408 vom 2. 9. 1990 greifen. Danach kann die Finanzverwaltung solchen Gestaltungen die steuerliche Anerkennung versagen, die ohne triftigen wirtschaftlichen Grund oder auf betrügerische Weise ausschließlich zum Zwecke der Steuerersparnis durchgeführt werden. Allerdings sind seitens der Finanzverwaltung hierfür eindeutige Nachweise zu erbringen, was im Einzelfall schwierig sein wird.

Konkret normiert ist dagegen die Einschränkung der Verlustvortragsmöglichkeiten bei Fusionen (vgl. §. 123 des italienischen EStG-Dekrets vom 22. 12. 1986, Nr. 917). Bei Fusionen können die Verlustvorträge aller an der Fusion beteiligten Gesellschaften (einschließlich der aufnehmenden Gesellschaft) von der neuen Gesellschaft unter zwei Voraussetzungen zum Abzug gebracht werden:

- (1) Umsatz- und Personalaufwand in der Steuerperiode vor dem Fusionsbeschluß müssen mehr als 40 v. H. der durchschnittlichen Umsätze und

Personalaufwendungen der beiden vorhergehenden Steuerperioden betragen. Die Voraussetzungen sind für jede Gesellschaft gesondert zu prüfen.

- (2) Die Verlustübernahme ist auf das Eigenkapital gemäß letzter Schlußbilanz beschränkt bzw. auf das Eigenkapital laut Fusionsbilanz, sofern dieses niedriger ist. Innerhalb von 24 Monaten vor dem Verschmelzungstichtag geleistete Einlagen sind abzuziehen.

Die Berechnung des zulässigen Höchstbetrages ist dabei für jede einzelne an der Fusion beteiligte Gesellschaft gesondert vorzunehmen.

Eine zusätzliche Restriktion greift, wenn die aufnehmende Gesellschaft bereits an der untergehenden beteiligt ist und ihre Beteiligung schon vor der Fusion abgewertet hat. In solchen Fällen sind die Verlustvorträge der untergehenden Unternehmung um die Teilwertabschreibung zu kürzen.

3. Dänemark

Auch die Dänen versuchen mit Hilfe gesetzlicher Normen den Handel mit Verlustgesellschaften zu verhindern. Dabei stützt sich das dänische Steuerrecht auf § 15 Ligningsloven (Einkommensteuergesetz). Grundsätzlich gewährt § 15 Abs. 1 LL die Möglichkeit, Verluste für fünf Jahre vorzutragen. Seine Schranken findet dieses Recht jedoch in den Absätzen 5 bis 8 des § 15 LL. Hat ein grundlegender Gesellschafterwechsel stattgefunden, so dürfen Altverluste nur mit sogenannten »guten« Unternehmenseinkünften verrechnet werden, d. h. mit Gewinnen aus aktiver Tätigkeit. Die Verrechnung mit passiven Einkünften (Zinsen, Kursgewinnen, usw.) ist nicht möglich (§ 15 Abs. 5 und 6 LL). Diese Begrenzung greift jedoch nur, wenn am Ende des Verlustverrechnungsjahres mehr als 50 v. H. des Stamm-/Grundkapitals von anderen Gesellschaftern gehalten wird als zu Beginn des Wirtschaftsjahres, in dem die Verluste entstanden sind. In Absatz 7 des § 15 LL sind allerdings drei Ausnahmen geregelt, bei deren Vorliegen eine Verlustverrechnung auch bei grundlegendem Gesellschafterwechsel ohne Einschränkung möglich ist:

- a) Es handelt sich um eine börsennotierte Gesellschaft.
- b) Der grundlegende Gesellschafterwechsel vollzieht sich im Rahmen der Erbfolge.
- c) Das betroffene Unternehmen ist auf dem Finanzierungssektor tätig (Banken, Versicherungen).

Die o. g. Begrenzung des Verlustvortrages wurde erstmals für den Veranlagungszeitraum 1988 angewandt (vgl. zu diesem Abschnitt ausführlich Cirkuläre Nr. 136 vom 7. 11. 1988).

4. Frankreich

Der Begriff des Mantelkaufs ist im französischen Steuerrecht nicht bekannt. Eine dem § 8 Abs. 4 KStG vergleichbare Regelung fehlt.

Grundsätzlich wird der steuerliche Verlust eines Geschäftsjahres als Aufwand des folgenden Geschäftsjahres behandelt. Reicht der Gewinn dieses Jahres nicht aus, so besteht gemäß Art. 209 Abs. 1 des französischen Steuergesetzbuches (Code Général Impôts, CGI) die Möglichkeit, den Verlust auf die fünf dem Verlustjahr folgenden Jahre vorzutragen.

Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung des Verlustvortrags ist die Unternehmensidentität (Art. 221 Abs. 5 CGI). Der Gedanke der Unternehmensidentität bezieht sich dabei im französischen Steuerrecht ausschließlich auf den Gesellschaftszweck und die Gesellschaftstätigkeit, nicht aber auf die Zusammensetzung des Kreises der Anteilseigner. Die Änderung des Gesellschaftszweckes oder der Gesellschaftstätigkeit (*changement d'objet ou d'activité*) wird gemäß Art. 221 Abs. 5 CGI als Betriebsaufgabe gewertet und hat zur Folge, daß bisherige Verluste nicht vorgetragen werden können. Im Falle einer Fusion können Verluste der untergegangenen Gesellschaft von der übernehmenden Gesellschaft nicht berücksichtigt werden. Aus den parlamentarischen Debatten betreffend den Artikel 221 CGI ergibt sich, daß die französische Regierung vermeiden wollte, daß sich Mantelkaufgeschäfte – im deutschen Sinne – entwickeln.

5. Großbritannien

Grundsätzlich ist in Großbritannien sowohl ein einjähriger Verlustrücktrag als auch ein zeitlich unbegrenzter Verlustvortrag möglich (vgl. Price Waterhouse, Corporate Taxes – A Worldwide Summary, S. 543).

Gemäß § 768 des britischen Steuergesetzes (Tax Act, T. A.) wird der Verlustabzug jedoch versagt, wenn

- a) ein Gesellschafterwechsel stattfindet und es innerhalb eines Zeitraumes von drei Jahren zu einer wesentlichen Änderung des Geschäftsbetriebs oder der Geschäftstätigkeit (*major change in the nature or conduct of trade*) kommt. Ein steuerschädlicher Gesellschafterwechsel liegt gemäß § 769 T. A. dann vor, wenn eines der folgenden Tatbestandsmerkmale erfüllt ist:
 - Eine einzelne Person erwirbt mehr als 50 v. H. des Nennkapitals.
 - Zwei oder mehr Personen erwerben zusammengenommen mehr als 50 v. H. des Nennkapitals, wobei jeder einzelne einen Anteil von mindestens 5 v. H. kauft. Erwirbt einer der Unternehmenskäufer einen Anteil von weniger als 5 v. H., so ist der Tatbestand des steuerschädlichen Gesell-

schafterwechsels dann erfüllt, wenn dieser bereits Gesellschafter ist und seine Neu- und Altanteile zusammengerechnet mehr als 5 v. H. des Nennkapitals betragen.

Eine wesentliche Änderung des Geschäftsbetriebs oder der Geschäftstätigkeit liegt insbesondere vor, wenn das Unternehmen andere Waren oder Dienstleistungen anbietet, einen veränderten Kundenstamm betreut oder in anderen Märkten als bisher aktiv ist;

oder

- b) der Umfang der ausgeübten Geschäftstätigkeit gering oder unbedeutend wird und es vor einer Erholung zu einem Gesellschafterwechsel kommt.

6. Spanien

In Spanien sind Verluste grundsätzlich fünf Jahre vortragfähig. Nach der gegenwärtigen Rechtslage bleiben Verlustvorträge dem Rechtsträger erhalten, sie sind somit übertragbar. Daß die Gesellschaft keinen Geschäftsbetrieb mehr unterhält, steht der Möglichkeit zum Verlustabzug nicht entgegen. Allerdings werden in Spanien derzeit Überlegungen angestellt, diese Rechtslage zu ändern.