

**Auswirkungen der „Mantelkaufproblematik“  
auf Venture Capital Gestaltungen  
(RA/FStR Dr. Stephan Wachter)**

Für den Investor eines Biotech-Unternehmens stellt seine Finanzbeteiligung im Rahmen einer Entwicklungs- bzw. Wachstumsfinanzierung ein hohes Chancen-/Risiko-Verhältnis mit einem grundsätzlich relativ langen Investitionszeitraum dar. Soweit zu einem späteren Zeitpunkt der „turnaround“ geschafft wird, haben sowohl der Investor wie auch die Altgesellschafter steuerlich u. a. das Interesse, dass die bis dahin aufgelaufenen steuerlichen Verluste auch geltend gemacht werden können.

Dieser steuerlichen Geltendmachung von Verlustvorträgen kann jedoch bereits der Einstieg des Investors möglicherweise entgegen stehen, wenn die Voraussetzungen eines „Mantelkaufes“ gemäß § 8 Abs. 4 KStG vorliegen. Nach dieser Vorschrift verliert eine Kapitalgesellschaft ihren Verlustvortrag, wenn keine wirtschaftliche Identität mehr zwischen der Gesellschaft, die den Verlust erlitten hat, und der Gesellschaft, deren Verlust geltend gemacht wird, besteht.

Auch wenn die Zielsetzung dieser Vorschrift deutlich darauf ausgerichtet war, den Handel mit leeren „GmbH-Mänteln“ und vortragsfähigen Verlusten zu unterbinden, schießt die Vorschrift in der heutigen Fassung weit über ihr Ziel hinaus und kann gerade bei der Beteiligungsfinanzierung eines operativ tätigen Biotech-Unternehmens durch einen VC-Geber zu einem Wegfall der steuerlichen Verlustvorträge führen. Zudem stellt die seit 2004 geltende „Mindestbesteuerung“ bezüglich der Nutzung von Verlustvorträgen eine weitere Einschränkung für VC-Neuinvestitionen dar. Obwohl die „Mantelkaufregelung“ schon seit 1997 gilt und zwischenzeitlich ein umfangreiches BMF-Schreiben dazu ergangen ist, sind (bedauerlicherweise) weiterhin zahlreiche Fragen ungeklärt.

Nach dem Regelbeispiel in § 8 Abs. 4 KStG fehlt einer Gesellschaft die wirtschaftliche Identität, wenn – erstens – bezogen auf das gezeichnete Kapital mehr als die Hälfte der Geschäftsanteile übertragen werden und – zweitens – überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt wird und – drittens – der Geschäftsbetrieb mit diesem neuen Betriebsvermögen fortgeführt oder wieder aufgenommen wird.

Das erste Kriterium – Erwerb der Anteilsmehrheit – ist dabei noch relativ klar definiert. Entscheidend ist nach zivilrechtlicher Betrachtungsweise, ob unmittelbar die Mehrheit an der Gesellschaft durch Anteilsübertragung oder Kapitalerhöhung erworben wird. Nach neuerer höchstrichterlicher Rechtsprechung ist ein mittelbarer Anteilswechsel unschädlich, so dass gegebenenfalls durch anfängliche Zwischenschaltung einer weiteren Gesellschaft und Einstieg des Investors auf dieser Ebene bereits ein Mantelkauf ausscheiden könnte. Unbeachtlich ist, ob Erwerber ein neuer, oder ein bisher beteiligter Gesellschafter ist. Reine Stimmrechtserwerbe, schuldrechtliche Gestaltungen, wie z.B. Genussrechte, stille Beteiligungen können keinen relevanten Anteilswechsel statuieren. Beobachtungszeitraum ist nach (umstrittener) Auffassung der Finanzverwaltung ein Zeitraum von 5 Jahren.

Das zweite Kriterium - Zuführung neuen Betriebsvermögens – ist jedoch noch in vielen Bereichen ungeklärt. Unbefriedigend ist zudem, dass Rechtsprechung und Finanzverwaltung bisher keine einheitliche Auffassung vertreten. Feststeht zunächst, dass der Begriff des Betriebsvermögens nur auf die Aktivseite der Bilanz abstellt, während z.B. durch Forderungsverzichte bedingte Vermögenszuführungen grundsätzlich verlustunschädlich sind. Allerdings ist die in der Praxis zwischenzeitlich aufgetauchte Gestaltungsvariante, einen Forderungsverzicht mit Besserungsschein mit einem relevanten Anteilswechsel zu kombinieren, so dass die aufgelaufenen Verluste nicht in Form von Verlustvorträgen, sondern in Gestalt einer Besserungsabrede in spätere Gewinnzeiträume zur Verrechnung „transportiert“ werden, durch das Bundesfinanzministerium mit einem entsprechenden Erlass die Anerkennung versagt worden, indem diese Gestaltungen unter die Mantelkaufregelung subsumiert werden.

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist bei der Frage der überwiegenden Zuführung von Betriebsvermögens nunmehr nicht auf eine- nach der Finanzverwaltung allerdings geltende - bilanzielle Betrachtung, sondern auf eine gegenständliche Betrachtung abzustellen, was nach der Rechtsprechung im Ergebnis bedeutet, dass lediglich die Zugänge von Wirtschaftsgütern, nicht jedoch auch entsprechende Abgänge im Wege einer Saldobetrachtung mitzählen. Danach wäre auch ein reiner Aktivtausch von aktiven Wirtschaftsgütern verlustschädlich. Trotz fehlender Bilanzierungsfähigkeit ist von der Rechtsprechung neuerdings auch die Stellung von Sicherheiten zur Finanzierung von Aktivvermögen als ein der unmittelbaren Zuführung

von Aktivvermögen vergleichbarer Fall angenommen worden, als auch in einem Fall die Vertragsüberlassung an die betreffende Gesellschaft als verlustschädlich eingestuft wurde.

Nicht zweifelsfrei ist weiterhin, ob die in VC-Fällen regelmäßig anzutreffenden Cash-zuführungen als Zuführungen des Umlaufvermögens steuerschädlich sind. Auch wenn aktuell insoweit der Bundesfinanzhof die bloße Umschichtung von Finanzanlagen als auch die Schuldentilgung aus selbst erwirtschafteten cash-flow als unschädlich angesehen hat, lässt er explizit die Frage offen, ob die grundsätzlich geltende gegenständliche Betrachtungsweise auch für Zuführungen im Umlaufvermögen zur Anwendung bringen möchte. Da jedenfalls die Finanzverwaltung lediglich auf die Aktivseite abstellt, wird sie maßgebliche Veränderungen im Umlaufvermögen als schädlich erachten.

Zur Ermittlung der beiden Vergleichsgrößen „Betriebsvermögen vor Anteilswechsel“ und „zugeführtes Betriebsvermögen“ sind die steuerlichen Teilwerte, die grundsätzlich dem Verkehrswert entsprechen, anzusetzen. Ebenfalls sind nicht bilanzierte Wirtschaftsgüter, wie gerade im BioTech Bereich selbst geschaffene immaterielle Wirtschaftsgüter mit in die Vergleichsberechnung miteinzubeziehen.

Aufgrund der (noch) unsicheren Rechtslage, gerade bezüglich der im VC-Bereich maßgeblichen Barmittelzuführungen in das Umlaufvermögen der Gesellschaft, wird teilweise dazu geraten, möglichst die laufenden Kosten durch diese Zuführungen zu decken, während Investitionen durch eigene erwirtschaftete Mittel zu finanzieren sind.

Insgesamt kann aufgrund der unsicheren Rechtslage zur Frage der relevanten Betriebsvermögenszuführung nur empfohlen werden, jeden Einzelfall exakt zu untersuchen und die beabsichtigten Maßnahmen nötigenfalls vorab mit dem Finanzamt abzustimmen, um unliebsame Überraschungen hinsichtlich der Aberkennung des Verlustvortrages bei einer späteren Betriebsprüfung zu vermeiden.