

AN: Mandanten
VON: P+P Pöllath + Partners

TO: Clients
FROM: P+P Pöllath + Partners

DATUM: 31. Mai 2011
ZU: Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der deutschen „Change of Control“ Regelung des § 8c KStG – Beschluss des FG Hamburg zur Vorlage beim BVerfG

DATE: 31 May 2011
RE: Question regarding the constitutionality of the German change of control rule – Local tax court of Hamburg submits question to German Federal Constitutional Court

Das Finanzgericht (FG) Hamburg hat mit Beschluss vom 4.4.2011 (Az. 2 K 33/10, veröffentlicht am 25.5.2011) dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) die Prüfung des § 8c KStG hinsichtlich seiner Verfassungsmäßigkeit zur Entscheidung vorgelegt. Der 2. Senat des FG Hamburg ist der Auffassung, dass § 8c KStG gegen den im Grundgesetz verankerten Gleichheitsgrundsatz und das in ihm begründete Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verstößt. Danach müsse im Interesse der verfassungsrechtlich gebotenen steuerlichen Lastengleichheit darauf abgezielt werden, dass Steuerpflichtige bei gleicher Leistungsfähigkeit auch gleich hoch besteuert würden. § 8c KStG verstoße gegen das aus dem Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit abgeleitete objektive Nettoprinzip sowie gegen das Gebot der Folgerichtigkeit, so die Ausführungen des 2. Senats des FG Hamburg.

On 4 April 2011, the local tax court of Hamburg submitted to the German Federal Constitutional Court the question whether the German change of control rule of § 8c Corporation Tax Act (CTA) is compliant with the German constitution (2 K 33/10 published on 25 May 2011). The 2nd Chamber of the Hamburg local tax court holds the view that § 8c CTA is neither in line with the principle of equality as stipulated by the German constitution nor with the subsequently derived principle of economic capability. Accordingly, in the light of the constitutionally demanded equality of tax burden it must be ensured that taxpayers with an equal economic capability would be equally taxed. Thus, according to the 2nd Chamber of the Hamburg local tax court § 8c CTA violates the net principle as derived from the principle of economic capability as well as the principle of coherence.

I. Regelung des § 8c KStG im Überblick

§ 8c KStG wurde mit Wirkung zum 01.01.2008 eingefügt und löste die bisherige Mantelkaufregelung des § 8 Abs. 4 KStG a.F. ab. Ziel der Regelung war es, den Handel mit Verlusten durch Veräußerung der Anteile einer Kapitalgesellschaft zu verhindern. § 8c KStG beschränkt den Verlustausgleich sowie den Verlustabzug des § 10d EStG bei Körperschaften vollständig, wenn innerhalb von 5 Jahren mittelbar oder unmittelbar mehr als 50% des gezeichneten Kapitals, der Mitgliedschaftsrechte, der Beteiligungsrechte oder der Stimmrechte an einen einzigen Erwerber oder diesem nahe stehenden Personen übertragen werden oder ein vergleichbarer Sachverhalt (z.B. Stimmrechtsvereinbarungen, Einbringung) vorliegt. Werden mehr als 25% aber weniger als 50% der genannten Rechte übertragen, kommt es unter § 8c KStG zu partiellen Beschränkungen. Diese gelten nicht nur für körperschaftsteuerliche Verlustvorträge, sondern u.a. auch für gewerbesteuerliche Verlustvorträge (§ 10a Satz 10 GewStG) und den Zinsvortrag (§ 8a Abs. 1 Satz 3 KStG). Die weitreichende Anwendbarkeit von § 8c

I. Overview of the change of control rule

§ 8c CTA was introduced as of 1 January 2008 and replaced the former § 8(4) CTA. Intention of the newly introduced rule was the prevention of any trade referring to tax losses through the sale of shares in a corporation. § 8c CTA limits the offset of tax losses as well as the carry over of tax losses in case more than 50% of the nominal share capital, of the membership rights, of the ownership rights or of the voting rights in a company will be transferred indirectly or directly to one single acquirer or to persons related to the acquirer or a comparable event (e.g., agreements relating votes, contribution) arises. If more than 25% but less than 50% of the above mentioned rights will be transferred, § 8c CTA leads to a partial tax loss forfeiture. Such forfeiture does not only apply to corporate tax loss carry forwards but also to trade tax loss carry forwards (§ 10a 10th sentence Trade Tax Act) and the interest expense carry forward (§ 8a(1) 3rd sentence CTA). The broad application and the therewith embedded issues in practice resulted in several amendments of the change of control rule in the

KStG und die damit einhergehenden Probleme für die Praxis führten dazu, dass § 8c KStG in der Vergangenheit mehrfach ergänzt wurde, um unerwünschte Ergebnisse seiner Anwendung zu vermeiden. So wurde mit dem Wachstumsbeschleunigungsgesetz eine Konzernklausel und eine Verschonungsvorschrift bei stillen Reserven eingefügt, die im Zuge des Jahressteuergesetzes 2010 bereits modifiziert wurde.

II. Handlungsempfehlungen

Im Hinblick auf die zu erwartende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 8c KStG, sollten alle diesbezüglichen Bescheide offen gehalten werden. Steht der entsprechende Bescheid nicht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO), sollte innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des jeweiligen Bescheides Einspruch gegen den Bescheid eingelegt werden. Bei Unternehmenskäufen und -verkäufen ist eine entsprechende Vereinbarung zu empfehlen.

III. Weitere wichtige FG Entscheidungen

Sowohl das Hessische FG (Beschluss vom 7.10.2010, Az. 4 V 1489) als auch das FG Münster (Urteil vom 30.11.2010, Az. 9 K 1842/10K, Revision beim BFH anhängig unter Az. I R 14/11) hatten zuvor bereits für den Fall einer unterjährigen schädlichen Beteiligungsübertragung entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung entschieden, dass bis zum Übertragungsstichtag erwirtschaftete Gewinne mit bestehenden Verlustvorträgen verrechnet werden können. Auch diesbezüglich sollten die entsprechenden Bescheide offengehalten werden.

Für Fragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung

past, in order to avoid any unwanted results. As such an exemption for intra-group transfers as well as in case of existing built-in gains has been introduced by the Stimulus Act, whereby the latter has already been modified by the 2010 Annual Tax Bill.

II. Recommended Actions

In light of the pending case at the Federal Constitutional Court on the constitutionality of the German change of control rule, all related tax assessment notices shall be kept open. In case the respective assessment notice has not been issued under reservation as to verification (§ 164 General Tax Act), an appeal should be filed within one month after the announcement of the assessment notice. In case of M&A transactions (purchases / sales) it would be recommendable that the parties take this into account in the agreement.

III. Further important decisions by local tax courts

Both, the local tax court of Hesse (resolution of 7 October 2010, 9 K 1842/10K) as well as the local tax court of Münster (decision of 30 November 2010, I R 14/11) have ruled against the view of the German tax authorities that in case of a harmful share transfer occurring during a fiscal year profits derived until the effective date of the harmful share transfer may be offset against existing tax loss carry forwards. Therefore, the corresponding assessment notices should be kept open.

For further questions please do not hesitate to contact your partner or one of the attorneys-at-law partners listed below.

<u>Berlin</u>	<u>München</u>	<u>Frankfurt</u>
Dr. Thomas Töben +49 (30) 2 53 53 – 202	Dr. Michael Best +49 (89) 2 42 40 – 470	Dr. Pia Dorfmueller +49 (69) 2 47 047 – 24
	Alexander Pupeter +49 (89) 2 42 40 – 491	Sabine Demel +49 (69) 2 47 047 – 27