

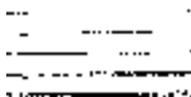
INSTITUT „FINANZEN UND STEUERN“ e.V.

Postfach 7269
53072 Bonn

IFSt-Schrift Nr. 461

**Systemgerechte Neuordnung der
Verlustverrechnung
– Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der
Mindestbesteuerung**

RA StB Dipl.-Volksw. Dr. Christian Dorenkamp LL.M. (NYU)



Bonn, im Juni 2010

Alle Rechte vorbehalten
Preis: 17,00 €
(darin enthalten 7 % USt = 1,11 €)
ISBN 3-89737-156-1
Internet: www.ifst.de

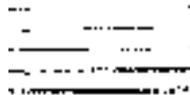
INSTITUT „FINANZEN UND STEUERN“ e.V.

Postfach 7269
53072 Bonn

IFSt-Schrift Nr. 461

**Systemgerechte Neuordnung der
Verlustverrechnung
– Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der
Mindestbesteuerung**

RA StB Dipl.-Volksw. Dr. Christian Dorenkamp LL.M. (NYU)
ist Leiter des Fachbereichs Steuerpolitik, Steuern USA, Exporte/Zölle der Deutschen Telekom.



Bonn, im Juni 2010

**Das Institut „Finanzen und Steuern“ überreicht Ihnen
die IFSt-Schrift Nr. 461:**

**Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung
– Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der Mindestbesteuerung**

Der Bestand der steuerlichen Verlustvorträge ist in den vergangenen Jahren kontinuierlich gestiegen, gipfelnd in einem geschätzten Bestand körperschaft- und gewerbesteuerlicher Verlustvorträge von je rund € 500 Mrd. Ende 2004. Zahlen dieser Größenordnung wirken aus fiskalischer Sicht bedrohlich; die Multiplikation mit Körperschaftsteuersatz und durchschnittlichem Gewerbesteuerarif von insgesamt rund 30% liegt nahe. Krisenbedingt rückt der derzeitige Bestand an Verlustverrechnungsbeschränkungen allerdings auch aus steuersystematischer, verfassungsrechtlicher und nicht zuletzt wirtschaftlicher Perspektive in den Fokus. Der Koalitionsvertrag stellt in Aussicht, die „Neustrukturierung der Regelungen zur Verlustverrechnung“ zu prüfen.

Wie lassen sich Haushaltserfordernissen geschuldete Vorgaben und notwendige Systemverbesserung zusammen führen? Einen Lösungsvorschlag unterbreitet die vorliegende Arbeit. Als wesentlichen Strukturfehler macht sie die Mindestbesteuerung aus. Sie verpflichtet – allein fiskalisch begründet – zu Steuerzahlungen, obgleich die negativen Einkünfte die positiven überwiegen. Dies widerspricht dem Nettoprinzip und benachteiligt innovative Geschäftsfelder und zyklische Branchen ebenso wie Existenzgründer und Unternehmenssanierungen.

Wenngleich die Verlustvorträge hoch sind, so zeigen die Steuerstatistiken auch, dass der tatsächliche Verlustabzug vergleichsweise niedrig ist; danach ergäben sich aus einer Abschaffung der Mindestbesteuerung Aufkommenseinbußen von max. € 2–2½ Mrd. Wegen der Haushaltslage wären die Gebietskörperschaften damit womöglich dennoch überfordert. Infolgedessen empfiehlt die IFSt-Schrift einen haushaltsverträglichen „Einstieg in den Ausstieg“ aus der Mindestbesteuerung, indem allein *neue* Verluste von ihr angenommen würden. Um Altverluste nicht dauerhaft schlechter zu behandeln, erscheint zusätzlich ein Abschmelzen der 40%-igen Mindestbesteuerung ratsam, z.B. über acht Jahre um 5%-Punkte p.a.

Mit vorzüglicher Hochachtung
INSTITUT „FINANZEN UND STEUERN“

Dipl.-Kfm. Hans-Jürgen Müller-Seils

INHALT

I. Einführung

II. Ökonomische und verfassungsrechtliche Grundlagen der Verlustverrechnung

1. Ökonomische Grundlagen der Verlustverrechnung
2. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Verlustverrechnung

III. Systematisierung wesentlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

1. Steuersystematisch begründbare Verlustverrechnungsbeschränkungen
 - a) Schedulenbesteuerung (Abgeltungssteuer, Tonnagebesteuerung)
 - b) Nichtsteuerbarkeit von Wertsteigerungen im Privatvermögen, Realisationsprinzip (§§ 20 Abs. 6 Satz 5; 23 Abs. 3 Sätze 9 f. EStG)
 - c) „Isolierung“ von Steuerstundungsgestaltungen (§§ 15a; 15b EStG etc.)
 - d) Übergang Verlustvortrag (§§ 8 Abs. 4 KStG; 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG)
 - e) Territoriale Verlustverrechnungsbeschränkungen (Organschaft, DBA)
2. Ausschließlich fiskalisch motivierte Verlustverrechnungsbeschränkungen
 - a) Verlustuntergang bei Anteilseignerwechsel (§ 8c KStG a.F.)
 - b) Verlustuntergang bei Umwandlungen (§ 12 Abs. 3 UmwStG)
 - c) Mindestbesteuerung (§§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG)

IV. Mindestbesteuerung – Haushaltsverträglicher Ausstieg

1. 40% Mindestbesteuerung (§§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG)
 - a) Steuersystematik der interperiodischen Verlustverrechnung
 - aa) Surrogat fehlender Negativität des Einkommensteuertarifs
 - bb) Gleichbehandlung volatiler Einkunftsquellen (u.a. Forschung, Hochtechnologie, Existenzgründungen und Sanierungsfälle)

- b) Fiskalische Aspekte
 - aa) Hohe Verlustvorträge Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer
 - bb) Geringe fiskalische Auswirkungen Verlustabzug
 - (1) Aufkommensschätzungen des Gesetzgebers
 - (2) Aufkommenswirkungen ausweislich Steuerstatistiken
- 2. Haushaltsverträgliche Alternativen zur Mindestbesteuerung
 - a) Ersatzloser Verzicht auf Mindestbesteuerung?
 - aa) Steuersystematisches Referenzmodell
 - bb) Mindereinnahmen wohl verkraftbar
 - b) Zeitliche Begrenzung Verlustvortrag
 - „Kappung“ nach 5, 7, 10 Jahren?
 - aa) Fehlende steuersystematische Rechtfertigung
 - bb) Fiskalische Unergiebigkeit
 - cc) Verfassungsrechtliche Zweifelhaftigkeit
 - c) Differenzierung zwischen „guten“ und „schlechten“ Altverlusten?
 - aa) Steuersystematische Rechtfertigung?
 - bb) Fehlende Administrierbarkeit
 - d) „Phasing Out“ – Mindestbesteuerung nur für Altverluste
 - aa) Steuersystematische Rechtfertigung – Übergangsrecht
 - bb) Fiskalische Auswirkungen – Abschirmung von Altverlusten
 - e) Abschmelzen Mindestbesteuerung um z.B. 5%-Punkte p.a.
 - aa) Steuersystematische Rechtfertigung – Gleichbehandlung
 - bb) Fiskalische Auswirkungen – Steuerbarkeit Mindereinnahmen
- 3. Zwischenfazit
 - Kombination aus „Phasing Out“ und Abschmelzen

V. Untergang Verlustvorträge bei Veräußerung und Umwandlung

- 1. Untergang Verlustvorträge bei Veräußerung (*change of control*)
 - a) Rechtsvergleichende Betrachtung (§ 382 *Internal Revenue Code*)
 - b) § 8c KStG einschließlich Stille Reserven-Regel

2. Untergang Verlustvorträge bei Umwandlung
 - a) Fehlende steuersystematische Rechtfertigung
 - b) Gemeinschaftsrechtliche Restrisiken eines „Verlustimports“?
 - c) Bereichsausnahme von der Mindestbesteuerung

VI. Zusammenfassung und Fazit

I. Einführung

Der Koalitionsvertrag vom 26.10.2009 propagiert als „Weg aus der Krise“, das „Unternehmenssteuerrecht weiter [zu] modernisieren und international wettbewerbsfähig [zu] machen“. Einer von drei „Ansatzpunkten für eine Prüfung“ sei die „Neustrukturierung der Regelungen zur Verlustverrechnung“.¹ Hiermit beschäftigt sich auch die vorliegende Schrift. Ihr Ziel ist es, umsetzbare und damit insbesondere haushaltsverträgliche Vorschläge für eine systemgerechte Neuordnung der Verrechnung von Verlusten in Deutschland zu unterbreiten.

Nach Darstellung der ökonomischen sowie verfassungsrechtlichen Grundlagen der Verlustverrechnung werden zunächst die gegenwärtigen Beschränkungen des Ausgleichs von positiven und negativen Einkünften dahingehend untersucht, ob eine steuersystematische Rechtfertigung erkennbar ist oder lediglich eine fiskalische Motivation. Mit der 40%-igen Mindestbesteuerung gem. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG wird sodann eine Beschränkung der Verlustverrechnung erörtert, die besonders wesentlich ist, ohne dass eine steuersystematische Rechtfertigung ersichtlich wäre.

Zwar widerlegt die Schrift anhand der einschlägigen Steuerstatistiken die Vorstellung, dass eine Mindestbesteuerung infolge der in der Tat sehr hohen Verlustvortragsbestände fiskalisch unerlässlich sei. So wird gezeigt, dass sich die Aufkommenswirkungen von §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG auf nicht mehr als 5% der Einnahmen aus der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer belaufen.

Wegen der auf absehbare Zeit wohl angespannten Haushaltslage werden anschließend neben (i) einem ersatzlosen Verzicht auf die Mindestbesteuerung aber dennoch auch (ii) eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags auf z.B. 5, 7 oder 10 Jahre, (iii) eine Differenzierung zwischen „guten“ und „schlechten“ Altverlusten sowie schließlich eine Übergangsregelung zur Abschaffung der Mindestbesteuerung erörtert, die entweder (iv) den Anwendungsbereich der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG auf Altverluste beschränkt („*Phasing Out*“) oder (v) die 40%-ige Verrechnungsbeschränkung über acht Jahre abschmilzt.

¹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP v. 26.10.2009 S. 10 f. Bereits die Koalitionsfraktionen der XVI. Legislaturperiode hatten die Bundesregierung gebeten, alle Verlustverrechnungsbeschränkungen zu prüfen und alternative Vorschläge für deren Neuordnung vorzulegen, vgl. BT-Drucks. 16/5491 S. 16.

Empfohlen wird eine Kombination von (iv) und (v), d.h. eine übergangsweise Fortgeltung der Mindestbesteuerung für Altverluste, deren Intensität allerdings im Zeitablauf abnimmt. Neuverluste könnten vollumfänglich und Altverluste in zunehmendem Maße mit positiven Einkünften verrechnet werden, d.h. zunächst mit z.B. 65% statt der gegenwärtigen 60%, dann 70% und 75% usw. Die negativen Anreizwirkungen der Mindestbesteuerung wären unmittelbar beseitigt, ohne dass die öffentlichen Haushalte überfordert scheinen oder Alt- und Neuverluste dauerhaft unterschiedlich behandelt würden.

Ein vierter Abschnitt erörtert das Schicksal, das Verlustvorträgen bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen wie z.B. Verschmelzung oder Veräußerung widerfährt („*change of control*“). Hier verfügte Deutschland mit § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG und § 8 Abs. 4 KStG vor SEStEG² sowie Unternehmenssteuerreformgesetz 2008³ über Regelungen, die sachgerecht waren und zu denen der Gesetzgeber folglich zurückkehren könnte, und zwar auch unter Berücksichtigung von Missbrauchs-⁴ und gemeinschaftsrechtlichen Aspekten⁵.

§ 8c KStG stellte hingegen bis 2009 eine weitere Beschränkung der Verlustverrechnung dar, die allein fiskalisch begründbar ist.⁶ Allerdings wurde die Nachfolgevorschrift von § 8 Abs. 4 KStG erst kürzlich ganz wesentlich

² Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften vom 07.12.2006 (SEStEG), BGBl. I 2006 S. 2782 (Gesetzesbegründung in BT-Drucks. 16/2710).

³ Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007 (UntStRefG 2008), BGBl. I S. 1912 (Gesetzesbegründung in BR-Drucks. 220/07).

⁴ Vgl. zu etwaigen Missbrauchsmöglichkeiten bei § 8 Abs. 4 KStG a.F. durch mittelbare Anteilsverwerbe, die womöglich differenzierter zu regeln wären, allerdings BFH-Urteil v. 20.08.2003 – I R 81/02, BStBl. II 2004 S. 616; *Schwedhelm*, GmbHHR 2008 S. 404 (406); *Lenz*, BB 2007 S. 587 (589 f.) – mittelbare Anteilsverwerbe sind kein Missbrauch. A.A. *Dötsch* in *Dötsch/Kost/Pung/Witt*, KStG, 67. Erg.-Lief. 2010, § 8c Rz. 3, wonach dem Gesetzgeber durch das vorstehend genannte Urteil des BFH nichts anderes übrig geblieben sei, als eine völlig neue Vorschrift zu schaffen, um Gestaltungsmöglichkeiten durch mittelbare Anteilsverwerbe einzudämmen.

⁵ Vgl. ausführlich unten Abschn. V.2. (insbesondere Würdigung des EuGH-Urteils v. 15.05.1997, C-250/95, Slg. 1997 S. I-2471 [*Futura*], wonach die Berücksichtigung von Auslandsverlusten vornehmliche Aufgabe des Quellenstaats ist.

⁶ Krit. z.B. Diskussion in *DStJG* 33 (2010) S. 381 ff. zu *Möhlenbrock*, *DStJG* 33 (2010) S. 339. Vgl. auch *Breuninger/Schade*, *Ubg* 2008 S. 261; *Tiedchen*, *FR* 2008 S. 201; *Gosch*, *BFH/PR* 2008 S. 148; *Suchanek*, *Ubg* 2009 S. 178; *Oenings*, *FR* 2009 S. 606; *Wittowski*, *DB* 2009 S. 49.

dadurch entschärft, dass Verlustvorträge nunmehr bis zur Höhe der stillen Reserven erhalten bleiben und auch gruppeninterne Anteilsveräußerungen nicht länger verlustvortragsfeindlich sind.⁷ Gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht daher nicht länger, was auch ein rechtsvergleichender Blick in die USA zeigt.

Mit der Abschaffung des § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG hat der SEStEG-Gesetzgeber – begründet mit gemeinschaftsrechtlichen Restrisiken, die jedenfalls vor dem Hintergrund der jüngeren, mitgliedstaatenfreundlicheren EuGH-Rechtsprechung⁸ wohl eher fern liegen – ein Reorganisationshindernis geschaffen, das die betriebswirtschaftliche Effizienz schmälert. Ein Absehen von der Mindestbesteuerung bei Verschmelzungen würde diese Problematik erheblich entschärfen, wäre doch ein sog. *refreshing*⁹ der Verlustvorträge ohne Steuerzahlungen möglich, d.h. könnten Verlustvorträge durch Hebung stiller Reserven in zukünftige Abschreibungen verwandelt werden.

Auch dieser Umstand rechtfertigt den Schwerpunkt dieser Untersuchung, nach Wegen eines haushaltsverträglichen Ausstiegs aus der Mindestbesteuerung mit dem Ziel zu suchen, die Verrechnung von Verlusten in Deutschland¹⁰ zumindest mittelfristig in systemgerechter Weise neu zu ordnen. Ein abschließendes Fazit empfiehlt im Sinne eines „Einstiegs in den Ausstieg“, die Mindestbesteuerung auf Altverluste zu beschränken und zudem ratierlich abzuschmelzen. Weitere Änderungen der Regelungen zur Verlustverrechnung erscheinen verzichtbar.

⁷ Vgl. § 8c Abs. 1 Sätze 5 u. 6 KStG i.d.F. des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes vom 22.12.2009, BGBl. I 2009 S. 3950.

⁸ Vgl. hierzu ausführlich unten Abschn. V.2. sowie Nachweise in Fn. 230 u. 231.

⁹ Eine Abschaffung der Mindestbesteuerung bzw. eine Bereichsausnahme für Reorganisationen nach dem UmwStG würde ein sog. *refreshing* der Verlustvorträge der übertragenden Körperschaft bis zur Höhe der stillen Reserven dergestalt erlauben, dass durch den Ansatz gemeiner Werte bzw. Zwischenwerte die Verlustvorträge des übertragenden Rechtsträgers in Abschreibungspotenzial des übernehmenden Rechtsträgers verwandelt werden könnten, und zwar – anders als gegenwärtig – ohne eine (40%-ige) Steuerzahlungspflicht zu begründen, vgl. unten Abschn. V.2. sowie z.B. *Möhlenbrock*, DStJG 33 (2010) S. 339 (379); *ders.*, Ubg 2010 S. 256 (258).

¹⁰ Aspekte einer perspektivisch anzustrebenden grenzüberschreitenden Verlustverrechnung erörtert diese Schrift nicht, vgl. hierzu z.B. *Esser*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Konzern, IFSt-Schrift Nr. 450, 2008.

II. Ökonomische und verfassungsrechtliche Grundlagen der Verlustverrechnung

1. Ökonomische Grundlagen der Verlustverrechnung

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sollen Steuern als staatliche Abgaben privatwirtschaftliche Entscheidungen nicht verzerren.¹¹ So handeln Wirtschaftssubjekte bei entscheidungsneutraler Besteuerung in einer Welt mit Steuern genauso wie in einer Welt ohne Steuern. Betriebswirtschaftliche Entscheidungsneutralität ist Voraussetzung gesamtwirtschaftlicher Allokationseffizienz¹², die eine bestmögliche Versorgung einer Volkswirtschaft mit Gütern und Dienstleistungen gewährleistet.

Von besonderer Bedeutung ist insoweit die Investitionsneutralität der Besteuerung.¹³ Hiernach dürfen Steuern die Rangfolge verschiedener Investitionsmöglichkeiten nicht verändern. Allein der Umstand, dass zwei Investitionsprojekte mit dem gleichen Gegenwartswert unterschiedlich stabile Zahlungs- bzw. Gewinnreihen aufweisen, darf nicht entscheidend sein. Um dies auch für Investitionsvorhaben zu gewährleisten, die vorübergehend defizitär sind (z.B. Anlaufverluste), ist aus steuertheoretischer Sicht – spiegelbildlich zur Gewinnbesteuerung – ein unmittelbar zahlungswirksamer Verlustausgleich durch den Fiskus im Sinne einer negativen Einkommensteuer erforderlich, alternativ ein Verlustvortrag, der verzinslich zu gewähren ist.¹⁴

Jedwede Beschränkungen der Verlustverrechnung diskriminieren risikobehaftete Investitionen gegenüber risikolosen Anlagemöglichkeiten, die sich durch einen vergleichsweise stetigen Investitionsrückfluss auszeichnen. Die Entwicklung neuer Produkte hingegen geht gemeinhin mit Ergebnisschwankungen einher, weshalb Beschränkungen der Verlustverrechnung nicht zuletzt Forschung und Entwicklung und damit Innovationen behindern.¹⁵ In Krisenzeiten

¹¹ Vgl. für viele *Schneider*, Investition, Finanzierung und Besteuerung, 1992, S. 97; *Elschen/Hüchtebrock*, Steuerneutralität in Finanzwissenschaft und Betriebswirtschaftslehre, Finanzarchiv 1983, S. 253.

¹² Vgl. *Homburg*, Allgemeine Steuerlehre, 5. Aufl. 2007, S. 239; *Wagner*, Gesellschaftsrechtlicher Nutzen einer betriebswirtschaftlichen Steuervermeidungslehre, Finanzarchiv 1986, S. 42.

¹³ Vgl. *Braunagel*, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, 2010, S. 52 f.

¹⁴ Vgl. *Schneider*, Investition (Fn. 11), S. 206 ff., 266 ff.

¹⁵ Vgl. *Schneider*, Investition (Fn. 11), S. 270.

belasten Verlustverrechnungsbeschränkungen zudem die Liquidität von Unternehmen, deren Insolvenzrisiko hierdurch steigt.¹⁶

Aus einzel- sowie gesamtwirtschaftlicher Sicht haben allgemeine Beschränkungen der Verlustverrechnung somit keine Existenzberechtigung. Zwar verlangen ökonomische Effizienzaspekte allein die uneingeschränkte Verrechnung wirtschaftlich „echter“ Verluste. Etwaige „unechte“ Verluste, die Lenkungszielen des Steuergesetzgebers geschuldet sind, wären aber „an der Quelle“ zu adressieren, d.h. sollten bereits durch eine entscheidungsneutrale Bemessungsgrundlage verhindert werden.¹⁷ Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen sind hingegen – weil undifferenziert – schon *per definitionem* ungeeignet, bestimmten Verlusten ihre steuerliche Anerkennung zu versagen – einmal ganz abgesehen von dem widersprüchlichen Verhalten eines Gesetzgebers, der zunächst mit dem Versprechen steuerlicher Vorteile zu einem bestimmten Verhalten motiviert, das steuerliche Verluste generiert, um sich anschließend nicht an sein steuerliches Versprechen gebunden zu fühlen.¹⁸

2. Verfassungsrechtliche Grundlagen der Verlustverrechnung

Wie sämtliche Vorschriften der Einkommensbesteuerung sind auch die Regelungen zur Verlustverrechnung verfassungsrechtlich zuvörderst am allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG zu messen, der das Gebot der Steuergerechtigkeit postuliert.¹⁹ Eine gerechte Austeilung der Steuerlasten verlangt hierbei nach allgemeiner Meinung eine Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.²⁰ Das Leistungsfähigkeitsprinzip ist die bereichsbezogene Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes im Hinblick auf die Einkommensbesteuerung.²¹ Zudem gilt es nach der Rechtsprechung des BVerfG, eine einmal getroffene Belastungsentscheidung des Gesetzgebers folgerichtig umzusetzen.²²

¹⁶ Vgl. *Grotherr*, BB 1999 S. 2393. Weitere „schwerwiegende systematische und ökonomische Bedenken“ hinsichtlich steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen zählt *Braunagel* auf, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 56

¹⁷ Vgl. z.B. *Eckhoff*, DStJG 28 (2005) S. 38 f.

¹⁸ Krit. hierzu m.w.N. auch *Braunagel*, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 55 („grenzt an rechtspolitischen Skandal“). Vgl. unten Abschn. IV.2.c).

¹⁹ Vgl. z.B. BVerfG-Urteil v. 22.06.1995 – 2 BvL 37/91, BVerfGE 93 S. 121 (135).

²⁰ Vgl. hierzu nur *Tipke*, *Steuerrechtsordnung*, Bd. I, 2. Aufl. 2000, S. 284 u. 485 m.w.N.

²¹ Vgl. für viele *Lang*, in *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 20. Aufl. 2010, § 4 Rz. 81 ff.

²² Vgl. jüngst BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., BFH/NV 2009 S. 338.

Ausprägung des Leistungsfähigkeitsprinzips ist das objektive Nettoprinzip, wonach die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer um Erwerbsaufwendungen zu mindern ist. Negative Einkünfte sind folglich mit positiven Einkünften zu saldieren (Verlustverrechnung). Ob das objektive Nettoprinzip an sich bereits verfassungsrechtlich verbürgt ist²³, konnte das BVerfG bislang offen lassen.²⁴ So handelt es sich bei der Abzugsfähigkeit von Betriebsausgaben und Werbungskosten jedenfalls um ein „identitätskonstituierendes Merkmal der Einkommensteuer“²⁵, das der Gesetzgeber in § 2 Abs. 2 EStG verankert hat und folglich auch ohnehin Bindungswirkung über das verfassungsrechtliche Gebot entfaltet, die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig umzusetzen.²⁶

Können Erwerbsaufwendungen nicht innerhalb einer Besteuerungsperiode mit Erwerbseinnahmen verrechnet werden, bedarf es eines interperiodischen Verlustausgleichs, d.h. eines Verlustvor- bzw -rücktrags. Anderenfalls würde dem objektiven Nettoprinzip nur deshalb nicht Rechnung getragen, weil der jeweilige Besteuerungsabschnitt mit z.B. einem Jahr gewählt wurde, obgleich es an einer sachgesetzlichen Notwendigkeit für genau diesen Zeitraum fehlt. Im Ergebnis kommt es aber nicht auf den vordergründig entscheidenden Streit zwischen Lebenseinkommen²⁷ oder Periodeneinkommen²⁸ als sachgerechtem Indikator steuerlicher Leistungsfähigkeit an. So müsste selbst eine rein peri-

²³ So z.B. *Tipke*, StRO I (Fn. 20), S. 764; *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht (Fn. 21), § 9 Rz. 55; *Weber-Grellet*, Steuern im modernen Verfassungsstaat, 2001, S. 176; *Birk*, StuW 2000 S. 328 (331); *Schön*, StuW 1995 S. 366 (368 f.); *Hey*, Beihefter zu DStR 34/2009 S. 109 (110); *Lehner*, DStR 2009 S. 185.

²⁴ Vgl. z.B. BVerfG-Beschluss v. 12.05.2009 – 2 BvL 1/00, BFH/NV 2009 S. 1382 (wörtlich zitiert in Fn. 31).

²⁵ *Isensee*, Sitzungsbericht N zum 57. Deutschen Juristentag, 1988, S. 46; *Englisch*, Beihefter zu DStR 34/2009 S. 92.

²⁶ Zur verfassungsrechtlichen Verankerung des objektiven Nettoprinzips und damit der Verlustberücksichtigung über die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG vgl. *Lehner*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Verlustberücksichtigung, in *Lehner* (Hrsg.), Verluste im nationalen und internationalen Steuerrecht, 2004, S. 1 (7).

²⁷ Zu dieser wohl herrschenden Meinung vgl. insbesondere *Tipke*, Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2. Aufl. 2003, S. 754; *Lang*, Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1988, S. 186 f.; *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht (Fn. 21), § 9 Rz. 44; *Wendt*, DStJG 28 (2005) S. 41 (68); *Holdorf*, BB 2001 S. 2085 (2088); *Karrenbrock*, DB 2004 S. 559 (560); *Berg/Schmich*, DStR 2002 S. 346 (347). Vgl. auch BFH-Urteil v. 18.10.2006 – IX R 28/05, BStBl. II 2007 S. 259 unter II.2.b)bb)bbb)(3), wonach keine Beanstandung anhand des objektiven Nettoprinzips vorzunehmen ist, solange der Totalgewinn zutreffend ermittelt wird.

odenbezogene Betrachtung eine überperiodische Verlustverrechnung erlauben, solange negative Einkünfte nicht zu einer sofortigen staatlichen Ausgleichszahlung im Sinne eines negativen Einkommensteuertarifs berechtigen.²⁹ Steigerungen der Leistungsfähigkeit, die durch positive Einkünfte vermittelt werden, periodenbezogen abzuschöpfen, Leistungsfähigkeitsminderungen in Form negativer Einkünfte staatlicherseits aber insgesamt zu ignorieren, d.h. nicht nur für einen Veranlagungszeitraum, wäre asymmetrisch und unschlüssig.³⁰

Im Ergebnis bedürfen damit sowohl inner- als auch überperiodische Beschränkungen der Verlustverrechnung aus Gleichbehandlungsgründen einer Rechtfertigung durch gewichtige Gründe, schränken Verlustausgleichs- und Verlustabzugslimitierungen doch gleichermaßen das objektive Nettoprinzip ein.³¹ Solche gewichtigen Gründe können neben einer Vereinfachungswirkung

²⁸ Vgl. insbesondere *Kirchhof*, z.B. in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, § 2 Rz. A136, A362; *ders.*, Beihefter 5 zu DStR 37/2003; *Schmehl*, Allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen mit Mindestbesteuerungseffekt – ein tragfähiges Konzept für das Einkommensteuerrecht?, 2004, S.20.

²⁹ Vgl. zu diesem steuersystematischen Aspekt ausführlich unten IV.1.a)

³⁰ *Lang/Englisch* weisen in ihrem Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung nach den §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG, 2004, <http://www.bdi-online.de>, auf den Seiten 27-31 der Langfassung ebenfalls nach – wenn auch mit anderer Begründung –, dass eine überperiodische Verlustverrechnung nur scheinbar entbehrlich ist, falls dem einkommensteuerlichen Periodizitätsprinzip ein materiell-rechtlicher Gehalt zuerkannt wird (so insbesondere *Kirchhof*, z.B. in *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, EStG, § 2 Rz. A136, A362). Zutreffend wird ausgeführt, dass zum einen *Kirchhof* selbst eine überperiodische und zeitlich unbegrenzte Verrechnung von positiven und negativen Einkünften fordert, die aus einer „Erwerbsquelle“ stammen, vgl. *Kirchhof*, Einkommensteuer Gesetzbuch, 2003, S. 179. Zum anderen sollen auch bei einem materiell-rechtlichen Gehalt des Periodizitätsprinzips grundgesetzliche Freiheitsrechte sowohl einer betragsmäßigen als auch typisierenden zeitlichen Beschränkung der Verrechnung „echter“ Verluste entgegenstehen, vgl. *Lehner*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Verlustberücksichtigung, in *Lehner* (Hrsg.), Verluste (Fn. 26), S. 1 (16); ebenso noch *Kirchhof*, Gutachten F zum 57. DJT, München 1988, F77. Diese Ausführungen sind geeignet, die obenstehenden Überlegungen zum Verlustvortrag als Surrogat einer fehlenden Negativität des Einkommensteuertarifs und damit unverzichtbares Element auch in einer rein periodenbezogenen Besteuerungswelt „hilfsgutachterlich“ zu stützen.

³¹ Dies gilt unabhängig davon, ob dem objektiven Nettoprinzip Verfassungsrang zukommt oder nicht: So führte der BVerfG-Beschluss v. 12.05.2009 – 2 BvL 1/00, BFH/NV 2009 S. 1382 jüngst unter Gl.-Pkt. B.I.1.c) aus: „Das Bundesverfassungsgericht hat bisher offen gelassen, ob das objektive Nettoprinzip, wie es in § 2 Abs. 2 EStG zum Ausdruck kommt, Verfassungsrang hat (zuletzt BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a. –, NJW 2009, 48 <51>); jedenfalls aber kann der Gesetzgeber dieses Prinzip beim Vorliegen gewichtiger Gründe durchbrechen und sich dabei generalisierender, typisierender und pauschalierender Regelungen bedienen.“

durch typisierende Regelungen die Verfolgung lenkungspolitischer Ziele zum Zwecke des Gemeinwohls sowie die gesetzgeberische Missbrauchsabwehr sein.³² Allein das fiskalpolitische Ziel einer Erhöhung des Steueraufkommens rechtfertigt eine Einschränkung der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit aber jedenfalls nicht.³³

Bei den Anforderungen an die Rechtfertigungsgründe kommt es hierbei wesentlich darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirkt.³⁴ Vorweggenommen sei, dass vor diesem Hintergrund ein finaler Untergang von Verlustvorträgen verfassungsrechtlich weitaus problematischer erscheint als eine Regelung, die die Nutzung von Verlustvorträgen „lediglich“ zeitlich streckt (permanenter vs. temporärer Effekt).³⁵ Selbst wenn man – entgegen überzeugungskräftiger Argumente im Schrifttum³⁶ – unterstellt, die Mindestbesteuerung sei verfassungsgemäß, lässt sich dies keineswegs ohne Weiteres auf eine „Kappungsregelung“ übertragen, nach der Verlustvorträge durch schlichten Zeitablauf von z.B. 5, 7 oder 10 Jahren untergehen würden.³⁷

³² Vgl. z.B. BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., BFH/NV 2009 S. 338; v. 24.01.1962 – 1 BvR 32/57, BStBl I 1962 S. 492.

³³ So ständige BVerfG-Rechtsprechung, z.B. BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., BFH/NV 2009 S. 338 sowie v. 29.05.1990 – 1 BvL 20/86 u.a., BVerfGE 82 S. 60 (89): „Der Finanzbedarf des Staates ist nicht geeignet, eine verfassungswidrige Steuer zu rechtfertigen. Auch wenn der Staat auf Einsparungsmaßnahmen angewiesen ist, muss er auf die gerechte Verteilung der Lasten achten.“ A.A. wohl *Altfelder*, DB 2001 S. 350 (352), womöglich aber auch nur im Hinblick auf „fiktive Verluste“ aus „offenen Steuerschlupflöchern“.

³⁴ Ständige BVerfG-Rechtsprechung, z.B. BVerfG-Beschluss v. 12.05.2009 – 2 BvL 1/00, BFH/NV 2009 S. 1382.

³⁵ Vgl. jüngst BVerfG-Beschluss v. 12.05.2009 – 2 BvL 1/00, BFH/NV 2009 S. 1382 Gl.-Pkt. 2.b)bb): „Jedenfalls betreffen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Rückstellung ausschließlich den maßgeblichen Zeitpunkt der einkommensteuerlichen Berücksichtigung eines gewinnmindernden Aufwands, also das Wann, nicht das Ob der Besteuerung. Der maßgebliche Zeitpunkt lässt sich aber nicht mit Hilfe des Maßstabs wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit oder des objektiven Nettoprinzips bestimmen.“

³⁶ Vgl. für viele *Lang/Englisch*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung (Fn. 30), S. 77 („Mindestbesteuerung verfassungswidrig unabhängig davon, ob Prüfung gleichheitsrechtlich oder freiheitsrechtlich akzentuiert wird“, „Verfassungswidrigkeit lässt sich klar aus einschlägigen Präjudizien des BVerfG und finanzgerichtlicher Rechtsprechung ableiten“). A.A. *Müller-Gatermann*, WPg 2004 S. 467 (468); *Altfelder*, DB 2001 S. 350.

³⁷ So wohl auch *Wendt*, DStJG 28 (2005) S. 41 (69): „Rechtfertigung fällt leichter (bei nicht endgültiger Beschneidung des Verlustvortrags, sondern nur abschnittsbezogener Begrenzung des Verlustabzugs), weil der Eingriff von geringerer Intensität ist“. Vgl. hierzu eingehend Abschn. IV.II.b).

So wirkt die Mindestbesteuerung gem. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG bei einem positivem Totalergebnis regelmäßig „nur“ temporär, während die Verlustvorträge bei einer zeitlichen Nutzungsbegrenzung bereits endgültig bzw. permanent verloren gehen, wenn lediglich innerhalb eines bestimmten Zeitraums kein positives Gesamtergebnis erzielt wird.³⁸

III. Systematisierung wesentlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

Die deutsche Steuerrechtsordnung zeichnet sich durch eine Vielzahl unterschiedlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen aus. Verlustregelungen finden sich nicht nur im EStG und KStG sowie GewStG, sondern auch im AStG, InvStG und UmwStG. Sie spiegeln damit die Komplexität des Steuerrechts wider. Häufig sind die Beschränkungen der Verlustverrechnung steuersystematisch geboten, z.B. um einer schedulenhaften Besteuerung durch Abgeltungssteuer bzw. Tonnagebesteuerung oder aber dem Realisationsprinzip bzw. grenzüberschreitenden Aspekten Rechnung zu tragen (unten Abschn. 1). Oft werden Verlustverrechnungsbeschränkungen auch mit der Eindämmung von Gestaltungen zur Steuerstundung begründet.

Mögen solche Regelungen im Grundsatz auch gerechtfertigt sein, bedeutet dies selbstverständlich nicht, dass sie in jeder Hinsicht steuersystematisch überzeugen könnten.

Abzugrenzen von solchen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Missbrauchsabwehr im weiteren Sinne sind aber Beschränkungen der Verlustverrechnung, denen erkennbar jede steuersystematische Rechtfertigung fehlt, d.h. die – wie die Mindestbesteuerung – ausschließlich fiskalischen Interessen geschuldet sind (unten Abschn. 2 sowie nachfolgend IV. und V.).

1. Steuersystematisch begründbare Verlustverrechnungsbeschränkungen

a) Schedulensteuerung (Abgeltungssteuer, Tonnagebesteuerung)

Unterliegen bestimmte Einkünfte einem besonderen Steuersatz (Schedulensteuerung) oder einer anderen Gewinnermittlung, geht dies üblicherweise mit einer Beschränkung der Verrechnung der Verluste aus diesen Einkunftsarten

³⁸ Vgl. zur verfassungsrechtlichen Prüfung einer „Verlustkappung“ unten Abschn. IV.2.b)cc).

einher. Klassisches Beispiel aus der angelsächsischen Besteuerungswelt sind geringere Steuersätze für Veräußerungsgewinne, die z.B. der Inflationsblindheit des Nominalwertprinzips oder dem Progressionseffekt bei einer Zusammenballung von Einkünften Rechnung tragen sollen. Sog. *preferential rates* für *capital gains* werden von einer Regelung flankiert, nach der Verluste aus Veräußerungsgeschäften lediglich mit entsprechenden Gewinnen verrechnet werden können, nicht aber mit regulär besteuerten Einkünften z.B. aus nicht-selbständiger Arbeit. Aus Symmetriegründen ist systematisch nachvollziehbar, dass Verluste aus Einkunftsquellen, die einem Steuersatz von z.B. nur 25% unterliegen, nicht positive Einkünfte mindern, auf die ein höherer Tarif Anwendung findet.³⁹

Verlustverrechnungsbeschränkungen, die aus einer schedulenhaften Besteuerung resultieren, sind insbesondere § 20 Abs. 6 EStG (Abgeltungssteuer) sowie § 5a Abs. 3 Satz 2 EStG (Tonnagebesteuerung).⁴⁰ Die Nichtberücksichtigung von Verlusten gem. § 5a EStG ist Folge der Subventionsgründen geschuldeten Ermittlung der Einkünfte aus der internationalen Seeschifffahrt, die mit einer herkömmlichen Einkommensbesteuerung nichts gemein hat, nämlich der pauschalen Gewinnermittlung nach der jeweiligen Tonnage.⁴¹

³⁹ Dies zeigt bereits die Überlegung, dass sich anderenfalls z.B. im Hinblick auf niedriger besteuerte *capital gains* zwei Steuerpflichtige die jeweiligen Gewinn- und Verlustbringer aus ihren Wertpapierbeständen gegenseitig verkaufen könnten. Ohne einen besonderen Verlustverrechnungskreis wäre der Fiskus in Höhe des Steuersatzunterschieds zwischen niedriger *capital gains tax* und regulärer Einkommensteuer an den nunmehr offen gelegten stillen Lasten beteiligt, und zwar obgleich betragsidentische stille Reserven nicht nur vorhanden waren, sondern auch realisiert wurden.

⁴⁰ Als Unterfall des besonderen Verlustverrechnungskreises, der aus dem Abgeltungssteuerregime folgt, lässt sich § 3 Abs. 4 InvStG begreifen. So wird ein Verlust auf Anlegerebene zwar erst realisiert, wenn der Investmentanteil veräußert wird. Auf Fondsebene können positive und negative Erträge aber bereits verrechnet werden, wenn sie „gleichartig“ im Sinne ihrer Besteuerung beim Investor sind. Somit können z.B. ausschüttungsgleiche Erträge, die vollständig steuerpflichtig sind, nicht mit steuerbegünstigten ausschüttungsgleichen Erträgen verrechnet werden, vgl. – auch zu den zwölf verschiedenen Kategorien des BMF-Schreibens v. 18.08.2009, BStBl I 2009 S. 931 – *Schnitger*, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), Verluste (Fn. 13), S. 173 ff.

⁴¹ Die steuerliche Förderung im Inland bereedeter Schiffe bezweckt eine wettbewerbsfähige Handelsflotte und die Beschäftigung möglichst vieler europäischer Seeleute, vgl. *EU-Kommission*, Leitlinien der Gemeinschaft für staatliche Beihilfen im Seeverkehr, Abl.EU 1997 Nr. C 205 S. 5 ff. sowie *Seeschifffahrtsanpassungsgesetz* v. 21.12.1998, BGBl I 1998 S. 4023.

§ 20 Abs. 6 Sätze 2-4 EStG verwehren die Verrechnung von negativen Einkünften aus Kapitalvermögen mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten. Hintergrund ist der besondere Steuersatz für Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 32d Abs. 1 Satz 1 EStG, der lediglich 25% statt bis zu 45% beträgt, § 32a Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG. Kehrseite einer begünstigten Schedulenbesteuerung z.B. von Zinseinkünften ist, dass entsprechende negative Einkünfte einen vergleichsweise niedrigen Steuervorteil generieren.

Hinzu kommt im Rahmen der Abgeltungssteuer, dass Verluste aus der Veräußerung von Aktien nicht mit anderen Einkünften aus Kapitalvermögen (z.B. Dividenden, Zinsen) verrechnet werden dürften, obgleich diese ebenfalls dem 25%-igen Steuersatz unterliegen, § 20 Abs. 6 Satz 5 i.V.m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG.⁴² Steuersystematische Rechtfertigung hierfür sind Unterschiede in der Einkunftermittlung, die bei Veräußerungsgeschäften – anders als bei der Vereinnahmung von laufenden Zahlungen – ein Handeln des Steuerpflichtigen voraussetzen, also in Abhängigkeit von der jeweiligen Wertentwicklung gestaltbar sind (Realisationsprinzips sowie Entstrickung von Privatvermögen), vgl. folgenden Abschnitt b).

b) Nichtsteuerbarkeit von Wertsteigerungen im Privatvermögen, Realisationsprinzip (§§ 20 Abs. 6 Satz 5; 23 Abs. 3 Satz 9 f. EStG)

Die Begrenzung der Verrechnungsmöglichkeit für Verluste aus Aktienverkäufen und anderen privaten Veräußerungsgeschäften auf Gewinne aus ebensolchen Transaktionen gem. §§ 20 Abs. 6 Satz 5; 23 Abs. 3 Satz 9 f. EStG folgt einem Konzept, das schon die Altfassung von § 23 EStG vorsah. Auch bis 2008, d.h. vor Einführung der Abgeltungssteuer, konnten Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften nicht mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten verrechnet werden, obgleich derselbe Einkommensteuertarif Anwendung fand. Mit einem schedularen Besteuerungssystem lässt sich diese Verlustverrechnungsbeschränkung demnach nicht rechtfertigen, weshalb sie im Schrifttum auf Kritik stößt.⁴³

⁴² § 20 Abs. 6 Satz 1 EStG enthält eine entsprechende Übergangsregelung für sog. Altverluste, die aus privaten Veräußerungsgeschäften im Sinne von § 23 EStG a.F. stammen, vgl. auch hierzu folgenden Abschnitt b).

⁴³ Vgl. z.B. *Wernsmann*, Beihefter zu DSStR 34/2009 S. 101 (104); *Loos*, DSStZ 2010 S. 78 sowie *Strahl/Fuhrmann*, FR 2003 S. 387 (390) zu § 23 EStG a.F.

Im Ergebnis ist diese Kritik allerdings unbegründet. So rechtfertigt sich die ausschließliche Verrechenbarkeit privater Veräußerungsverluste mit privaten Veräußerungsgewinnen zunächst aus dem Umstand, dass sich bis 2008 jegliches Privatvermögen durch Zeitablauf steuerlich entstrickte. Private Veräußerungsgeschäfte waren nur steuerbar, wenn sie im Falle von Wertpapieren innerhalb von einem Jahr bzw. bei Grundstücken in einem Zehnjahreszeitraum getätigt wurden, § 23 EStG a.F. Diese Folge des Einkünfte dualismus hätte bei unbeschränkter Verrechenbarkeit von privaten Veräußerungsverlusten mit anderen Einkunftsarten zur Folge gehabt, dass Wertpapiere oder Grundstücke mit negativer Wertentwicklung innerhalb der bis 1998 als Spekulationsfristen bezeichneten Zeiträume verkauft, Wertzuwächse aber erst nach Eintritt der steuerlichen Entstrickung realisiert worden wären. Die Asymmetrie in der steuerlichen Erfassung der Wertentwicklung im Privatvermögen rechtfertigt die Asymmetrie bei den Regelungen zur Verlustverrechnung, d.h. die Ausnahme von dem üblicherweise einkunftsartenübergreifend geltenden Nettoprinzip für Verluste aus privaten Veräußerungen.

Realisationsprinzip

Die Vorschrift des § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG, die lediglich die Verrechnung von Verlusten aus Aktienverkäufen mit Gewinnen aus solchen Geschäften erlaubt, kann diese Rechtfertigung allerdings nicht für sich beanspruchen. So unterliegt die Veräußerung von Wertpapieren, die nach 31.12.2008 angeschafft wurden, stets der Besteuerung (zum einheitlichen Steuersatz von 25%), eine steuerliche Entstrickung durch Zeitablauf tritt insoweit nicht länger ein.

Für die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG lässt sich jedoch das Realisationsprinzip als überzeugender Rechtfertigungsgrund anführen.⁴⁴ So erscheint es nicht sachwidrig, bei den Verlustverrechnungsregelungen danach zu differenzieren, ob der Eintritt steuerlicher Folgen vom Steuerpflichtigen autonom beeinflusst werden kann oder nicht. So sind nach dem Realisationsprinzip nur solche Wertentwicklungen steuerpflichtig, die durch Verkauf am Markt realisiert werden. Ohne Beschränkungen bei der einkünfteübergreifenden Verrechnung von Veräußerungsverlusten könnte der Steuerpflichtige den Barwert seiner Steuerlasten bei jeweils gleicher Reinvermögensposition dadurch minimieren, dass er Wertpapiere, die eine Wertminderung erfahren haben, verkauft und die Verluste hieraus z.B. mit positiven

⁴⁴ A.A. wohl *Stuhrmann*, in *Blümich*, EStG, 239. Erg.-Lief. 2010, § 20 Rz. 491; *Geurtz*, DStZ 2007 S. 56; *Wernsmann*, Beihefter zu DStR 34/2009 S. 101 (104).

Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit verrechnet, korrespondierende stille Reserven aber nicht realisiert und deren Besteuerung damit in die Zukunft verschiebt.⁴⁵

c) „Isolierung“ von Steuerstundungsgestaltungen (§§ 15a; 15b EStG etc.)

Einer Vielzahl unterschiedlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen liegt die Motivation des Gesetzgebers zugrunde, Steuerstundungen zu unterbinden, d.h. die Verschiebung steuerlicher Lasten in die Zukunft durch gegenwärtige Verlustzuweisungen. Das Transparenzprinzip⁴⁶ vereinfacht wegen der Sammel- und Haftungsbegrenzungsfunktion von Personengesellschaften die Zuweisung steuerlicher Verluste, die den Investor wegen entgegenstehender zivilrechtlicher Haftungsbestimmungen jedenfalls gegenwärtig nicht wirtschaftlich belasten.

Klassisches Beispiel ist die Zuweisung von Verlusten einer Kommanditgesellschaft an ihre beschränkt haftenden Gesellschafter, soweit die geleistete Einlage überschritten wird und die Kommanditisten infolgedessen zivilrechtlich nicht nach außen haften. Entsteht ein negatives Kapitalkonto bzw. wird die im Handelsregister eingetragene Haftsumme überstiegen, können die entsprechenden Verluste nur mit späteren Gewinnen aus derselben Beteiligung verrechnet werden, § 15a Abs. 2 EStG.⁴⁷ § 15a EStG mag zwar z.B. typisierungsbedingt mit zahlreichen Unzulänglichkeiten behaftet sein.⁴⁸ Die

⁴⁵ Dieser Rechtfertigung der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG kann auch nicht zwingend entgegengehalten werden, dass es sich im Betriebsvermögen ähnlich verhält. So ließe sich die obenstehende Argumentation zum einen auch auf die Gewinneinkunftsarten übertragen. Zum anderen dürfte davon auszugehen sein, dass Wertveränderungen im Betriebsvermögen eher Nebeneffekte der übrigen betrieblichen Tätigkeit sind, d.h. nur anlässlich des Einsatzes von Wirtschaftsgütern z.B. zur Produktion entstehen und damit vergleichsweise weit weniger bedeutsam sind als bei der privaten Vermögensverwaltung, die ja gerade auf (positive) Veränderungen im Vermögensbestand ausgerichtet ist. Schließlich gilt, dass insbesondere Aktien als wesentlicher Bestandteil des Privatvermögens fungibler sind als typisches Betriebsvermögen.

⁴⁶ Vgl. zur Ratio von § 15 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 EStG z.B. *Rätke*, in *Blümich*, EStG, 239. Erg.-Lief. 2010, § 15 Rz. 81 (Gleichstellung mit dem Einzelunternehmer).

⁴⁷ Die Mindestbesteuerung der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG findet auf diesen Verlust, der auf Ebene der Personengesellschaft mit deren künftigen Gewinnen verrechenbar ist, übrigens keine Anwendung, vgl. *Stuhrmann*, in *Blümich*, EStG, 239. Erg.-Lief. 2010, § 15a Rz. 74.

⁴⁸ Vgl. m.w.N. z.B. *Kempff/Hilbringhaus*, DB 1996 S. 12 ff.

Grundkonzeption dieser Vorschrift, wonach die steuerliche Geltendmachung von Verlusten eine wirtschaftliche Belastung im Sinne einer zivilrechtlichen Außenhaftung voraussetzt, erscheint vor dem Hintergrund des Leistungsfähigkeitsprinzips jedoch zumindest vertretbar⁴⁹, gerade weil das Transparenzprinzip die Ausnutzung einer gelegentlich lückenhaften Bemessungsgrundlage wegen einer gewissen Kapitalsammelfunktion womöglich erleichtert.⁵⁰

Weniger zivilrechtlich orientiert geht § 15b EStG bei der Abwehr von Verlustzuweisungsmodellen zu Werke. Bereits die Unbestimmtheit der verwendeten Terminologie – z.B. „modellhafte Gestaltung“ – lässt vermuten, dass der Gesetzgeber nicht zuletzt eine Abschreckung über unzureichende Rechtssicherheit bezweckte. Instrument ist wiederum eine Isolierung der negativen Einkünfte aus einer Einkunftsquelle, die nur mit künftigen positiven Einkünften gleicher Herkunft verrechnet werden dürfen. Hierbei wird eine Einkunftsquelle als Steuerstundungsmodell im Sinne von § 15b EStG qualifiziert, wenn das eingesetzte Eigenkapital bereits in der Anfangsphase durch steuerliche Verluste aufgezehrt wird. Zwar erscheint § 15b EStG u.a. wegen der Unbestimmtheit seiner Tatbestandsmerkmale und Pauschalität verfassungsrechtlich bedenklich.⁵¹ Ein gewisser Missbrauchsbezug ist der Vorschrift allerdings nicht abzuspüren, wird doch z.B. eine Inanspruchnahme von Lenkungsnormen wie §§ 7h; 7i EStG adressiert, die der Gesetzgeber als übermäßig erachtet.

Auch der seit 1971 bestehende gesonderte Verrechnungskreis für Verluste aus gewerblicher Tierzucht oder Tierhaltung, § 15 Abs. 4 Satz 1 u. 2 EStG, soll Verlustzuweisungs-gesellschaften entgegenwirken. Um traditionelle landwirtschaftliche Betriebe vor einem steuerlich verzerrten Wettbewerb zu schützen, können Verluste aus der Sofortabschreibung lebender Tiere als geringwertige Wirtschaftsgüter nur Gewinne aus der gewerblichen Tierzucht mindern, nicht aber Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft.⁵² Die Übertragung dieser Beschränkung auf Verluste aus gewerblichen Termingeschäften, § 15 Abs. 4 Satz 3-5 EStG, war hingegen der gesetzgeberischen Sorge geschuldet, dass

⁴⁹ So auch BFH-Urteil v. 14.10.2003 – VIII R 38/02, BStBl II 2004 S. 115.

⁵⁰ Dessen ungeachtet wurde § 15a EStG – allerdings in einer Welt ohne steuersystematisch gänzlich verfehlter Vorschriften wie § 8c KStG – als „Missgeburt des Steuerrechts“ bezeichnet, vgl. *Knobbe-Keuk*, NJW 1980 S. 2557.

⁵¹ Vgl. m.zahlr.w.N. *Siemers/Kuszevska-Rode*, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 108.

⁵² Vgl. *Wacker*, in *Schmidt*, EStG, 28. Aufl. 2009, § 15 Rz. 895 .

Verluste aus Termingeschäften in den gewerblichen Bereich verlagert werden könnten.⁵³ Auch für § 15 Abs. 4 EStG gilt wegen Missbrauchsnahe damit im Ergebnis, dass diese Vorschrift zwar nicht unbedingt geglückt scheint, ein Rechtfertigungsansatz aber zumindest erkennbar ist.

d) Übergang Verlustvortrag

(§§ 8 Abs. 4 KStG; 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG)

Mit § 8 Abs. 4 KStG und § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG verfügte das deutsche Steuerrecht noch vor wenigen Jahren über Vorschriften, die in insgesamt gelungener Weise missbräuchliche Gestaltungen im Bereich der wirtschaftlichen Identität von Kapitalgesellschaften begegneten. So trugen beide Regelungen dem Umstand Rechnung, dass eine Kapitalgesellschaft zwar grundsätzlich nach dem Trennungsprinzip, d.h. unabhängig von ihren Gesellschaftern besteuert wird, das Leistungsfähigkeitsprinzip aber gewisse Ausnahmen von diesem Grundsatz erfordert.

§ 8 Abs. 4 KStG a.F. unterband den Handel mit sog. „Verlustmänteln“. Ohne eine entsprechende Missbrauchsvermeidungsvorschrift hätten Anteile an Kapitalgesellschaften mit Verlustvorträgen erworben werden können, um diese mit Gewinnen aus anderen Einkunftsquellen zu verrechnen, die nur in die Verlustgesellschaft einzulegen gewesen wären. § 8 Abs. 4 KStG a.F. ordnete zur zielgerichteten Missbrauchsbekämpfung den Untergang der Verlustvorträge einer Kapitalgesellschaft an, deren wirtschaftliche Identität sich verändert hatte. Dies wurde in steuersystematisch vertretbarer Weise angenommen, wenn die Mehrheit der Anteilseigner wechselte (Gesellschafterkomponente „*change of control*“) und überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt wurde (Gesellschaftskomponente neue Einkunftsquelle).

Spiegelbildlich trug § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG dem Umstand Rechnung, dass trotz des Grundsatzes der Individualbesteuerung⁵⁴ nicht jeder Wechsel der Rechtspersönlichkeit aus Leistungsfähigkeitssicht einen Untergang von Verlustvorträgen rechtfertigt. So gingen bei der Verschmelzung einer Verlustgesellschaft die Verlustvorträge auf den übernehmenden Rechtsträger über, soweit der für die negativen Einkünfte ursächliche Geschäftsbetrieb fortgeführt wurde, d.h. sich lediglich das Rechtskleid der wirtschaftlichen Aktivität änderte. Gewiss waren einige Tatbestandsmerkmale sowohl von § 8 Abs. 4 KStG

⁵³ Vgl. *Stuhrmann*, in *Blümich*, EStG, 239. Erg.-Lief. 2010, § 15 Rz. 655.

⁵⁴ Vgl. Nachweis in Fn. 219.

a.F. („neues Betriebsvermögen“⁵⁵) als auch § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG („Fortführung in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang“⁵⁶) umstritten und daher mit Unsicherheiten für den Rechtsanwender verbunden. Dies dürfte bei einer zielgerichteten Vorschrift zur Missbrauchsbekämpfung aber nicht ganz zu vermeiden sein und ändert insbesondere nichts daran, dass die Grundkonzeption dieser mit dem SEStEG bzw. Unternehmensteuerreformgesetz 2008 abgeschafften Regelungen durchweg sachgerecht war. Der Gesetzgeber wäre also gut beraten, zum alten Rechtszustand zurückzukehren.⁵⁷

Exkurs: Vororganschaftliche Verluste

Die körperschaftsteuerliche Organschaft gem. §§ 14 ff. KStG, die entsprechend § 2 Abs. 2 Satz 2 GewStG auch gewerbsteuerlich gilt, rechnet das Einkommen der Organgesellschaft dem Organträger zu.⁵⁸ Dies gilt allerdings nicht für sog. vororganschaftliche Verluste. So verwehrt § 15 Satz 1 Nr. 1 KStG der Organgesellschaft einen Verlustabzug gemäß § 10d EStG mit der Folge, dass Verluste, die vor der Organschaft entstanden sind, „eingefroren“ werden.⁵⁹

⁵⁵ Vgl. z.B. *Dötsch*, DStZ 2003 S. 25; *Herlinghaus*, EFG 2006 S. 756; *Neu*, EFG 2008 S. 434.

⁵⁶ Vgl. *Dötsch*, DB 1999 Beilage Nr. 8 S. 1; zuletzt BFH-Urteil v. 25.08.2009 – I R 95/08, BFH NV 2009 S. 2088; aktuell anhängige Verfahren beim BFH z.B. I R 112/09; I R 26/09; I R 60/09.

⁵⁷ Vgl. unten Abschn. V.1. sowie V.2. Eine Sympathie für eine Rückkehr zur früheren Mantelkaufsregelung lässt – ebenso wie hinsichtlich einer Rückbesinnung auf § 8a KStG a.F. statt Zinsschranke – womöglich auch *Müller-Gatermann* erkennen (Ubg 2010 S. 153 (155, 158): „Ein neues Verlustverrechnungssystem könnte wie folgt aussehen: [...] Für die Behandlung von Mantelkäufen erfolgt eine Rückkehr zur Regelung des § 8 Abs. 4 KStG, die vor dem § 8c KStG gegolten hat.“

⁵⁸ Vgl. zu den Voraussetzungen, zu denen neben einer Mehrheitsbeteiligung ein Ergebnisabführungsvertrag zählt, z.B. *Neumann*, in *Gosch*, KStG, 2. Aufl. 2009, § 14 Rz. 44 ff. Die Finanzverwaltung legt immer strengere formale Maßstäbe an den Ergebnisabführungsvertrag an (vgl. z.B. OFD Rheinland und Münster v. 12.08.2009, Der Konzern 2010 S. 202; ausdrücklicher Verweis auf § 301 Abs. 2-4 erforderlich). Nicht zuletzt deshalb wird diese Organschaftsvoraussetzung, die zivilrechtlich aufwändig und auch international beispiellos ist, zunehmend kritisiert, vgl. z.B. *Herzig/Wagner*, DB 2005 S. 1 (5); *Krebühl*, DStR 2002 S. 1241 (1244).

⁵⁹ Vororganschaftliche Verluste treten z.B. dann auf, wenn die körperschaft- und gewerbsteuerlichen Verlustvträge der Organgesellschaft unterschiedlich hoch sind oder ein Ergebnisabführungsvertrag aus außersteuerlichen Gründen abgeschlossen wurde.

Sachgerechterweise sollten die Verlustvorträge einer Organgesellschaft das zu versteuernde Einkommen des Organträgers jedoch insoweit mindern, als dieses auf einer Einkommenszurechnung von der Organgesellschaft beruht.⁶⁰ Insbesondere würde eine Streichung von § 15 Satz 1 Nr. 1 KStG nicht zu einem organschaftsunabhängigen Verlusttransfer von einer Kapitalgesellschaft zu einer anderen führen. Es würden nur die Einkünfte jener Organgesellschaft gemindert, die die Verluste in der Vergangenheit erlitten hat.

e) Territoriale Verlustverrechnungsbeschränkungen (Organschaft, DBA)

Grundsätzlich verwirklicht das deutsche Einkommensteuerrecht das Welteinkommensprinzip.⁶¹ Unbeschränkt Steuerpflichtige unterliegen mit ihren in- und ausländischen Einkünften, die gleichermaßen die individuelle Leistungsfähigkeit bestimmen, der Besteuerung, § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG. Eine Doppelbesteuerung wird durch die in § 34c EStG bzw. § 26 KStG kodifizierte Anrechnungsmethode vermieden, wonach die ausländische Einkommen- bzw. Körperschaftsteuer auf die inländische Belastung der ausländischen Einkünfte anzurechnen ist. Sind die ausländischen Einkünfte hingegen negativ, können sie von der inländischen Bemessungsgrundlage abgezogen werden.⁶²

In der deutschen Besteuerungsrealität dominieren allerdings die Ausnahmen vom Welteinkommensprinzip, mit denen wiederum Verlustverrechnungsbeschränkungen bei grenzüberschreitenden Sachverhalten einhergehen. Zuvörderst ist hier die Freistellungsmethode zu nennen, die regelmäßig DBA-rechtlich für Unternehmensgewinne und damit ausländische Betriebsstätten vereinbart wird.⁶³ Der Ansässigkeitsstaat nimmt die ausländischen Einkünfte von der Besteuerung aus, die somit – abgesehen vom Progressionsvorbehalt⁶⁴ – lediglich im Quellenstaat besteuert werden.

⁶⁰ Eine entsprechende Regelung sieht die steuerliche Ergebnisverrechnung in einer „*consolidated group*“ in den USA vor. Bis zur Neufassung von § 10a Satz 3 GewStG durch das Gesetz zur Änderung des Gewerbesteuergesetzes und anderer Gesetze v. 23.12.2003, BGBl. I 2003 S. 2922 konnten auch vororganschaftliche gewerbesteuerliche Fehlbeträge vorrangig mit Gewerbeerträgen der Organgesellschaft verrechnet werden.

⁶¹ Vgl. Lang, in Tipke/Lang, *Steuerecht* (Fn. 21), § 2 Rz. 37 u. 9 Rz. 26; Schaumburg, *Leistungsfähigkeitsprinzip im internationalen Steuerrecht*, Festschrift Tipke, 1995, S. 128 ff.

⁶² Vgl. zu diesem Grundsatz auch Lüdicke/Braunagel, in Lüdicke/Kempff/Brink (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 130, die allerdings zutreffenderweise auf die Sonderfälle von Fremdwährungsverlusten (vgl. EuGH-Urteil v. 28.02.2008 – C-293/06 (*Deutsche Shell*), Slg. 2008 S. I-01129 sowie BFH-Urteil v. 16.02.1996 – I R 43/95, BStBl II 1997 S. 187) und Anrechnungshöchstbeträge im inländischen Verlustfall verweisen (Minderung inländischer Verlustvorträge durch Auslandsgewinne, ohne dass ausländische Steuern im Inland anrechenbar sind).

Der BFH bezieht die Freistellungsmethode auf positive wie auf negative Einkünfte, so dass Auslandsverluste nur im Quellenstaat berücksichtigt werden können (sog. Symmetriethese).⁶⁵ Auch wenn hiergegen z.B. mit dem Österreichischen Verwaltungsgerichtshof⁶⁶ der ausschließliche Zweck von DBAs, nämlich die Vermeidung einer Doppelbesteuerung, angeführt werden kann, dem eine inländische Berücksichtigung von Auslandsverlusten nicht entgegensteht⁶⁷, entbehrt die spiegelbildliche Behandlung durch den BFH schon wegen nationaler Steuersatzunterschiede nicht einer gewissen Logik.⁶⁸ Dies sollte jedenfalls gelten, solange die Nutzung der Verluste im Ausland nicht gänzlich ausgeschlossen ist.⁶⁹

⁶³ Vgl. Art. 7 OECD-MA. Gleiches gilt z.B. für Einkünfte aus unbeweglichem Vermögen, Art. 6 OECD-MA. Die Wirkungen des auf Drittstaaten beschränkten § 2a Abs. 3 EStG erscheinen hiergegen gering, vgl. *Mössner*, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 63 („nur kleiner Ausschnitt“).

⁶⁴ Der Progressionsvorbehalt des § 32b EStG berücksichtigt die freigestellten Auslandseinkünfte bei der Bestimmung des Steuersatzes, der auf die inländischen Einkünfte Anwendung findet. Auf den *negativen* Progressionsvorbehalt, der bei Auslandsverlusten tatbestandsmäßig ist, sei hier nicht näher eingegangen, auch wenn § 32b EStG im Einzelfall ebenso wirken kann wie ein Abzug von Auslandsverlusten von der Bemessungsgrundlage, nämlich bei negativen ausländischen Einkünften, die den positiven inländischen Einkünften betragsmäßig mindestens entsprechen und somit einen inländischen Steuersatz von 0% zur Folge haben. Um eine klassische Verlustverrechnungsregelung handelt es sich bei der auch als „Tarifvorbehalt“ bezeichneten Vorschrift des § 32b EStG, die von einem „besonderen Steuersatz“ spricht, trotz dieses Sonderfalls aber nicht.

⁶⁵ Vgl. z.B. BFH-Urteil v. 17.07.2008 – I R 84/04, BStBl II 2009, 630.

⁶⁶ Vgl. Erkenntnis v. 25.09.2001 – 99/14/0217, IStR 2001 S. 754.

⁶⁷ Krit. z.B. *Schaumburg*, *Internationales Steuerrecht*, 2. Aufl. 1998, Rz. 16.539; *Vogel*, in *Vogel/Lehner*, *DBA*, 5. Aufl. 2008, Art. 23 Rz. 48; *Wassermeyer*, in *Debatin/Wassermeyer*, *DBA*, Art. 23A, Rz. 57.

⁶⁸ So z.B. *Homburg*, *Steuerlehre* (Fn. 12), S. 264: „Wenn man das Territorialprinzip – unter dem ausländische Einkünfte als nicht vorhanden gelten – für ein leistungsfähigkeitskonformes Besteuerungsprinzip hält, dann müssen folgerichtig auch ausländische Verluste als nicht vorhanden gelten. Anderenfalls hätte man eine Lotterie, die den Wohnsitzstaat einseitig an ausländischen Verlusten beteiligt, nicht aber an ausländischen Gewinnen.“

⁶⁹ Vgl. zu diesem Kriterium, das eine Keimmalberücksichtigung von Verlusten ebenso verhindern soll wie eine doppelte Berücksichtigung, die ohne eine Nachversteuerungsregelung wie § 2 AIG a.F. drohen würde, EuGH-Urteil v. 13.12.2005 – C-446/03, IStR 2006 S. 19 (*Marks & Spencer*) sowie v. 15.05.2008 – C-414/06 (*Lidl Belgium*). Zur „Finalität“ von Auslandsverlusten – mit offenem Ergebnis – z.B. *Lüdicke/Braunagel*, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 181 f. („letztlich bleibt die weitere Rechtsentwicklung abzuwarten“).

Auch die Verrechnung von Verlusten über Legaleinheitsgrenzen im Rahmen der Organschaft beschränkt sich auf inländische Kapitalgesellschaften, § 14 KStG.⁷⁰ Bereits zivilrechtlich ist ein Ergebnisabführungsvertrag, der Voraussetzung der Verlustverrechnungsausnahme vom Trennungsprinzip im Körperschaftsteuerrecht ist, zu einer ausländischen Gesellschaft häufig nicht möglich.⁷¹ Zwar würde eine gemeinsame und konsolidierte körperschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage (GKKB) Gewinne und Verluste von Kapitalgesellschaften innerhalb der EU ausgleichen, die zu einer Unternehmensgruppe gehören.⁷² Auch kennt insbesondere Österreich bereits seit einigen Jahren ein entsprechendes Modell, das sich als legistisches Vorbild einer grenzüberschreitenden Ergebnisverrechnung von Kapitalgesellschaften auch für deutsche Besteuerungszwecke anbieten würde (Verlustabzug mit Nachversteuerung).⁷³

Allerdings lassen sich ebenso wie für die Symmetriethese im Rahmen der Freistellungsmethode⁷⁴ auch beachtliche steuersystematische Gründe für eine Beschränkung der Ergebnisübernahme durch den Organträger auf inländische Organgesellschaften anführen, z.B. gleiche Steuersätze und Bemessungsgrundlagen sowie einheitliche Steuerverwaltungen und nicht zuletzt personenidentische Steuergläubiger. Somit zählt die Binnenbezogenheit der deutschen Organschaft⁷⁵ – im Unterschied zu den nachfolgend erörterten Regelungen – ebenfalls nicht zu den Beschränkungen der Verlustverrechnung, denen jegliche steuersystematische Rechtfertigung fehlt.

2. Ausschließlich fiskalisch motivierte Verlustverrechnungsbeschränkungen

a) Verlustuntergang bei Anteilseignerwechsel (§ 8c KStG a.F.)

Gemäß § 8c Abs. 1 Sätze 1 und 2 KStG gehen bei einem Anteilseignerwechsel von mehr als 25% bzw. 50% die Verlustvorträge einer Kapitalgesellschaft

⁷⁰ Vgl. zur gemeinschaftsrechtlichen Problematik der Inlandsbezogenheit der Organschaft jüngst FG Niedersachsen, Urteil v. 11.02.2010 – 6 K 406/08, IStR 2010 S. 260 (Revision eingelegt, BFH-Az. I R 16/10).

⁷¹ Vgl. z.B. *Homburg*, IStR 2010 S. 246 (247).

⁷² Vgl. *Rautenstrauch/Mors*, Ubg 2008 S. 97; *Czakert*, IStR 2006 S. 561.

⁷³ Vgl. z.B. *Hirschler/Schindler*, IStR 2004 S. 505; *Mayr*, BB 2008 S. 1312 (1316). § 2 AIG a.F. hatte in der Vergangenheit eine ähnliche Regelung im deutschen Steuerrecht vorgesehen.

⁷⁴ Vgl. BFH v. 17.07.2008 (Fn. 65).

⁷⁵ Vgl. zu einer grenzüberschreitenden Organschaft hingegen *Esser*, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 450 (Fn. 10).

ratierlich oder zur Gänze unten und zwar unabhängig davon, ob die sog. wirtschaftliche Identität der Körperschaft auch im Übrigen berührt, z.B. also überwiegend neues Betriebsvermögen zugeführt wird⁷⁶. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollte hiermit eine „einfachere und zielgenauere Verlustabzugsbeschränkung“⁷⁷ geschaffen werden.

Aus steuersystematischer Sicht weit wesentlicher als der Vereinfachungszweck aber erscheint, dass Sinn und Zweck der sog. Mantelkaufvorschrift einen grundlegenden Wandel erfahren haben. Dadurch dass § 8c KStG i.d.F. des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 auf jedwede Tatbestandsmerkmale verzichtet, die sich auf die Verlustkapitalgesellschaft selbst und damit deren wirtschaftliche Identität beziehen, dient die Vorschrift nicht länger der Vermeidung eines missbräuchlichen Erwerbs fremder Verlustvorträge, sondern schlicht der „Verlustabzugsverhinderung“⁷⁸. Verhindert § 8c KStG aber nicht zielgerichtet Missbrauch, fehlt es an einer steuersystematischen Rechtfertigung dafür, dass der Verlustabzug und damit das objektive Nettoprinzip eingeschränkt sowie das „Trennungsprinzip als systemtragender Grundsatz des Körperschaftsteuerrechts einseitig außer Kraft gesetzt [wird], indem zwar einerseits daran festgehalten wird, dass Verluste der Körperschaft nur auf Unternehmensebene verrechnet werden können, andererseits aber im Fall des Beteiligungswechsels durch die Körperschaft auf die Anteilseignerebene hindurchgeschaut wird“⁷⁹.

Allerdings hat § 8c KStG Änderungen durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz erfahren. Während eine dieser Änderungen, nämlich die sog. Konzernklausel des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG n.F., aufgrund des Konzepts der Erwerberbezogenheit z.B. bei Verkürzungen der Beteiligungskette wohl be-

⁷⁶ So noch § 8 Abs. 4 KStG als Vorgängervorschrift von § 8c KStG.

⁷⁷ BR-Drucks. 220/07 S. 60. Krit. hierzu z.B. *Gosch*, BFH/PR 2009 S. 148: „Wie das [Tatbestandsmäßigkeit auch mittelbarer Anteilseignerwechsel] ‘administriert’ werden soll, steht in den Sternen und spricht der beabsichtigten vereinfachten Anwendung der Neuregelung Hohn.“

⁷⁸ *Gosch*, BFH/PR 2009 S. 148 (149), der weiterhin ausführt: „Denn mit einer Missbrauchsvermeidung hat die [in § 8c KStG] bestimmte allgemeine Verlustvernichtung nun wirklich nichts mehr zu tun. Das Ganze dient nur noch dem ‘Fiskalhunger’ und der sog. Gegenfinanzierung für anderweitige Steuererleichterungen. Es handelt sich gegenüber § 8 Abs. 4 KStG a.F. also um einen klaren Paradigmenwechsel des Normtelos. Und so gesehen fehlt es dann aber an der besagten normativen ‘Folgerichtigkeit’. Das ein tragfähiger Hebel, um die Unsäglichkeit des § 8c KStG zu bekämpfen!“

⁷⁹ *Hey*, in *Tipke/Lang*, *Steuerecht* (Fn. 21), § 11 Rz. 58 m.zahlr.w.N. in Fn. 130.

reits in die Altfassung des § 8c KStG hätte hineingelesen werden können⁸⁰, erscheint die „Stille Reserven-Regel“ des § 8c Abs. 1 Satz 6 f. KStG n.F. geeignet, der Vorschrift einen „neuen Gesetzeszweck [zu] verleihen“⁸¹. Zu verhindern, dass ein Verlustvortrag erst durch die Übertragung der Anteile an der Verlustgesellschaft einen wirtschaftlichen Wert erlangt⁸², lässt – wie vormals § 8 Abs. 4 KStG – einen Missbrauchsbezug erkennen. Der bislang steuersystematisch zwingende Handlungsbedarf im Hinblick auf § 8c KStG ist damit entfallen (ausführlich unten Abschn. V.1.).

b) Verlustuntergang bei Umwandlungen (§ 12 Abs. 3 UmwStG)

Seit dem SEStEG gehen körperschaftsteuerliche und gewerbsteuerliche Verlustvorträge des übertragenden Rechtsträgers bei Verschmelzungen sowie Spaltungen nicht länger auf den übernehmenden Rechtsträger über. Gesetzgeberische Motivation der Abschaffung der §§ 12 Abs. 3 Satz 2; 15 Abs. 4; 19 Abs. 2 UmwStG a.F. waren nicht etwa steuersystematische Überlegungen – wären die Verlustvorträge doch jeweils im körperschaftsteuerpflichtigen Bereich verblieben, d.h. ein steuerlicher Statuswechsel nicht eingetreten –, sondern ausschließlich fiskalische Aspekte. Mit der Streichung des Verlustübertrags bei inländischen Reorganisationen sollten jedwede gemeinschaftsrechtlichen Restrisiken im Hinblick auf grenzüberschreitende Verschmelzungen vermieden werden⁸³, auch wenn die Wahrscheinlichkeit eines „Imports ausländischer Verluste“ durch § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG wohl sehr gering war bzw. dies jedenfalls gegenwärtig vor dem Hintergrund der jüngeren EuGH-Rechtsprechung⁸⁴ sein dürfte, vgl. ausführlich unten Abschn. V.2.b).

⁸⁰ Anders aber BMF-Schreiben 04.07.2008, BStBl. I S. 736, Tz. 11 („keine Konzernbetrachtung“). In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass § 8c KStG – anders als § 8 Abs. 4 KStG a.F. – aufgrund des Erwerberkonzepts über eine implizite Börsenbereichsausnahme verfügt. So setzt ein schädlicher Beteiligungserwerb nahe stehende Personen oder eine Erwerbergruppe mit gleichgerichteten Interessen voraus, woran es bei einem Börsengang fehlen dürfte.

⁸¹ *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010 S. 73 (74).

⁸² So *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010 S. 73 (76) zur neuen – mantelkaufnahmen – Zielrichtung des § 8c KStG n.F. (Verhinderung der Übertragbarkeit eines Verlustvortrags als singulären Vermögenswert).

⁸³ Vgl. BMF-Pressemitteilung Nr. 89/2006 v. 12.07.2006. Vgl. z.B. auch *Wisniewski*, in *Haritz/Menner*, UmwStG, 3. Aufl. 2009, § 12 Rz. 101.

⁸⁴ Vgl. zu Nachweisen Fn. 230 u. 231. Die Entscheidungen vom 21.01.2010 und 25.02.2010 in den Rechtssachen *SGL* und *X Holding* deuten darauf hin, dass der EuGH der „Wahrung der Aufteilung der Besteuerungsgrundlagen zwischen den Mitgliedstaaten“ als „zwingendem Grund des Allgemeininteresses“ inzwischen ein hohes Gewicht zubilligt.

Besondere steuersystematische Brisanz erhält die Abschaffung von § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG durch den ein Jahr jüngeren § 8c KStG, der regelmäßig auch die umgekehrte Verschmelzungsrichtung (von der Gewinn- auf die Verlustkörperschaft) versperrt. Noch gravierender ist das Zusammenwirken des verschmelzungsbedingten Untergangs der Verlustvorträge mit der Mindestbesteuerung gemäß §§ 10d Abs. 2; 10a GewStG, die drei Jahre älter und Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen ist. So begründet die 40%-ige Mindeststeuer beim Ansatz gemeiner Werte oder Zwischenwerte eine Steuerzahlungspflicht, auch wenn der übertragende Rechtsträger über ausreichend Verlustvorträge verfügt. Schon weil die SEStEG-Gesetzesbegründung eine Verrechnung der Verlustvorträge auf diesem Wege in Aussicht stellte⁸⁵, bedarf es einer Bereichsausnahme von der Mindestbesteuerung für Übertragungsgewinne, vgl. unten Abschn. V.2.c).

c) Mindestbesteuerung (§§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG)

Dass die Verlustverrechnungsbeschränkungen der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG nicht steuersystematisch, sondern ausschließlich fiskalisch motiviert sind, bringt in „entlarvender Offenheit“⁸⁶ die Begründung des sog. Korb-II-Gesetzes⁸⁷ zum Ausdruck. So werden die Beweggründe für die ab 2004 geltende Besteuerung von 40% der positiven Einkünfte trotz ausreichend vorhandener Verlustvorträge wie folgt beschrieben:

„Der Grund für die Beschränkung ist in dem gewaltigen Verlustvortragspotenzial der Unternehmen zu sehen, das diese vor sich herschieben. Um das Steueraufkommen für die öffentlichen Haushalte kalkulierbarer zu machen, ist es geboten, den Verlustvortrag zu strecken. Nur so ist auf Dauer eine Verstetigung der Staatseinnahmen gewährleistet.“⁸⁸

Diese Motivation des Gesetzgebers, der „Gedanke der Begrenzung einer ‘unkontrollierten Verlustnutzung’“⁸⁹, war auch ursächlich für die Abschaffung

⁸⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/2710 S. 41 (wörtlich zitiert in Fn. 224).

⁸⁶ *Lang/Englisch*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung (Fn. 30), S. 26.

⁸⁷ Vgl. Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz v. 22.12.2003 („Korb-II-Gesetz“), BGBl. I. S. 2840.

⁸⁸ Entwurf Korb-II-Gesetz (Fn. 87) v. 08.09.2003, BT-Drucks. 15/1518 S. 13.

⁸⁹ *Möhlenbrock*, DSJG 33 (2010) S. 339 (344).

von § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG sowie die Einführung von § 8c KStG. Zudem erwächst die steuersystematische Unzulänglichkeit der gegenwärtigen Regelungen zum Verlustübergang bei Umwandlungen gerade auch aus dem Zusammenspiel mit der Mindestbesteuerung.⁹⁰ Deshalb wird nachfolgend zunächst versucht, Vorschläge für eine Neuordnung der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG zu entwickeln, die im Interesse ihrer Realisierbarkeit insbesondere nicht nur steuersystematisch befriedigend, sondern auch haushaltsverträglich sind.

IV. Mindestbesteuerung – Haushaltsverträglicher Ausstieg

1. 40% Mindestbesteuerung (§ 10d Abs. 2 EStG; § 10a GewStG)

Bis 1998 fehlte es an jedweden allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkungen, wenn von der Begrenzung des Verlustrücktrags auf ein Jahr sowie DM 1 Mio. abgesehen wird. Ein fünfjähriges Intermezzo des 2003 abgeschafften § 2 Abs. 3 EStG a.F.⁹ konfrontierte das deutsche Einkommensteuerrecht mit einer ersten Variante einer Steuerzahlungspflicht trotz überwiegend negativer Einkünfte. Seit 2004 können Verlustvorträge nur noch bis zu 60% des Gesamtbetrags der Einkünfte abgezogen werden, soweit diese € 1 Mio. übersteigen, § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG (Mindestbesteuerung). Hieraus folgt eine 40%-ige Mindestbesteuerung bei der Einkommen- und Körperschaftsteuer. § 10a Sätze 1 u. 2 GewStG sehen eine inhaltsgleiche Regelung für Gewerbesteuerzwecke vor.

Nachfolgend wird die veranlagungszeitraumübergreifende Verlustverrechnung, die § 10d EStG als Verlustabzug bezeichnet, zunächst steuersystematisch eingeordnet. Sodann werden anhand der jüngsten Steuerstatistiken die Aufkommenswirkungen der Mindestbesteuerung analysiert, die in der steuerpolitischen Diskussion über ein beachtliches Gewicht verfügen. Die Untersuchungen zeigen, dass die in der Tat sehr hohen Verlustvortragsbestände nur eine geringe fiskalische Bedeutung haben.⁹² Dennoch werden in einem nach-

⁹⁰ So z.B. jüngst der AdV-Aussetzungsbeschluss des FG Nürnberg v. 17.03.2010 – 1 V 1379/2009 (juris), wonach erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit einer Mindestbesteuerung, d.h. eines nicht vollumfänglichen Verlustabzugs im Veranlagungszeitraum 2007 bestehen sollen, wenn Verlustvorträge in 2008 gem. § 8c KStG bzw. § 12 Abs. 3 UmwStG untergegangen sind.

⁹¹ Vgl. hierzu *Stapperfend*, DStJG 24 (2001) S. 329 (331 ff.).

⁹² Vgl. zu ähnlichen Ergebnissen hinsichtlich der Körperschaftsteuerstatistiken 1986, 1989 und 1992 bereits *Grotherr*, BB 1998 S. 2337 (2339 f.).

folgenden zweiten Abschnitt auch Gegenfinanzierungs- und Übergangsregelungen erörtert, um der auf absehbare Zeit sehr angespannten Haushaltslage Rechnung zu tragen.

a) Steuersystematik der interperiodischen Verlustverrechnung

aa) Surrogat fehlender Negativität des Einkommensteuertarifs

Hintergrund der interperiodischen Verrechnung von positiven und negativen Einkünften ist, dass sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer einzigen Abrechnungsperiode nicht als sachgerechter Maßstab zur Austeilung steuerlicher Lasten heranziehen lässt. Wer in dem einen Jahr € 100.000 Gewinn erwirtschaftet, im Vorjahr aber einen Verlust von € 100.000 Verlust erlitten hat, verfügt nicht über die gleiche steuerliche Leistungsfähigkeit wie ein anderer Steuerpflichtiger, der während des Ein- oder Zweijahreszeitraum einen *Gesamtgewinn* von € 100.000 erzielt hat. Im erstgenannten Fall fehlt es wegen eines insgesamt gerade ausgeglichenen Ergebnisses an jedweder Leistungsfähigkeit, die sachgerechterweise besteuert werden könnte. Bereits dieses einfache Zweijahresbeispiel, das auch für einen Zeitraum von fünf oder zehn Jahren oder aber nur sechs Monaten gebildet werden könnte, zeigt, dass ein gänzlich in sich abgeschlossener, d.h. von den angrenzenden Perioden vollumfänglich unabhängiger Besteuerungszeitraum jedenfalls solange sachwidrig ist, wie negative Einkünfte keinen periodengleichen Zahlungsanspruch des Steuerpflichtigen gegenüber dem Fiskus im Sinne einer negativen Einkommensteuer begründen.

Konzeptionell sind zwei Wege denkbar, die unterschiedliche Verteilung von Gewinnen und Verlusten bzw. Einnahmen und Werbungskosten oder allgemeiner: Erwerbseinnahmen und Erwerbsaufwendungen auf verschiedene Besteuerungsabschnitte im Sinne einer Gesamtleistungsfähigkeit zu berücksichtigen. Zum einen kann – wie dies international wohl ausnahmslos der Fall ist – die steuerliche Lastenausteilung einen interperiodischen Ausgleich positiver und negativer Einkünfte vorsehen, d.h. einen Verlustrücktrag sowie Verlustvortrag.

Alternativ ist eine rein veranlagungszeitraumbezogene Einkommensbesteuerung denkbar, deren Tarif sich dann allerdings auch über den negativen Einkünftebereich erstrecken müsste. Eine steuerliche Lastenausteilung, die allein auf den jeweiligen Besteuerungsabschnitt ausgerichtet wäre, würde zwar keinen interperiodischen Verlustausgleich kennen, d.h. weder Verlustrück- noch Verlustvortrag. Ein negativer Einkünftealdo müsste in Gestalt einer „negativen“ Einkommensteuer jedoch einen Auszahlungsanspruch gegenüber dem

Fiskus begründen. Anderenfalls würden gerade Gewinneinkünfte, die nach dem Konzept einer periodengerechten Aufwands- und Ertragsaufteilung ermittelt werden, sachwidrig belastet. Es bestünde ein Wertungswiderspruch zwischen dem Konzept der periodengerechten Zerlegung von positiven und negativen Einkünften und einer Besteuerung, die den Gesamterfolg durch eine einseitige Beteiligung nur an positiven Periodeneinkünften außer Betracht ließe.

Die Vorstellung eines negativen Einkommensteuertarifs, d.h. einer spiegelbildlichen Fortsetzung von § 32a EStG bzw. § 23 Abs. 1 KStG über die Nulllinie hinweg, mag zunächst befremdlich wirken. Soweit ersichtlich, ist eine solche Fortsetzung der Tariffunktion in den negativen Bereich auch in keinem Land der Welt Bestandteil der Steuerrechtsordnung. Als Referenzsystem ist eine negative Einkommensteuer dennoch hilfreich, veranschaulicht sie doch die Schicksalsgemeinschaft zwischen Gemeinwesen und Steuerpflichtigen: Der Staat hat seinen Anteil am wirtschaftlichen Erfolg seiner Bürger bzw. der Privatwirtschaft. Dies muss aus Symmetriegründen auch für periodische Misserfolge gelten, jedenfalls solange im Ergebnis ein Gesamterfolg eintritt, d.h. die Erwerbseinnahmen die Erwerbsaufwendungen in der Totalperiode übersteigen und damit am Ende eine Zahlungsschuld des Steuerpflichtigen steht.

Da das Einkommensteuerrecht keinen Auszahlungsanspruch in Verlustperioden vorsieht, ist der interperiodische Verlustausgleich als steuersystematisches Surrogat für die fehlende Negativität des Einkommensteuertarifs zu begreifen. Technisch beschränkt der Verlustabzug die Teilhabe des Staates – haushaltsschonend – auf jene Teile der Privatwirtschaft, deren Ergebnis insgesamt positiv ist, d.h. Aktivitäten, die über die Gesamtperiode hinweg erfolgreich waren. Zwar wird im Ergebnis keine Einkommensteuer geschuldet, wenn einem Verlust von € 100.000 im Jahr 1 ein Gewinn von € 100.000 im Jahr 2 folgt (Verlustvortrag). Gleiches gewährleistet der Verlustrücktrag für den umgekehrten Fall. Wurde aber insgesamt ein Verlust erwirtschaftet, gewährt die interperiodische Verlustverrechnung anders als eine negative Einkommensteuer keinen Auszahlungsanspruch. Hinzu gesellt sich im Hinblick auf den Verlustvortrag, der in der Besteuerungswirklichkeit wohl ausnahmslos nur unverzinst gewährt wird, ein Barwertnachteil für den Steuerpflichtigen.⁹³ Während eine Steuererstattung im Verlustjahr verzinslich angelegt werden könnte, hängt der Steuerbarwert eines Verlustvortrags von dem Zeitpunkt der geringeren

⁹³ Vgl. Nachweis zum steuertheoretischen Gebot einer verzinslichen Gewährung des Verlustvortrags Fn. 14.

Steuerzahlung in einer späteren Periode ab. Dieser mag bei einer längeren Verlustphase weit in der Zukunft liegen, der Zinsnachteil also hoch sein.

Verlustrück- und -vortrag sind somit entgegen dem ersten Augenschein und wohl auch der herrschenden Lehre sowie Rechtsprechung⁹⁴ nicht etwa nur Ausdruck einer Besteuerung des Lebenseinkommens, welche den Grundsatz der Periodizität als rein technisch-budgetäres Besteuerungsprinzip begreift, das Verwaltungspraktikabilitäts- und Rechtssicherheitsaspekten geschuldet ist. Der Streit zwischen Lebenseinkommen⁹⁵ und Periodeneinkommen⁹⁶ als Leistungsfähigkeitsindikator wird hingegen erst im Hinblick auf die Besteuerungswürdigkeit von Kapitaleinkommen relevant, d.h. bei der Frage, ob es gerechtfertigt ist, die Verzinsung von Ersparnissen aus versteuertem Einkommen zu besteuern und damit den spendenden Steuerpflichtigen höher zu belasten als den Sofort-Konsumenten mit ursprünglich gleich hohen Einkünften z.B. aus nichtselbständiger Arbeit.⁹⁷ Vielmehr darf auch ein rein periodenbezogener Besteuerungsansatz (ohne negativen Einkommensteuertarif) nicht außer Acht lassen, dass gerade bei einer Einkunftsermittlung, die Erträge und Aufwendungen periodengerecht abzugrenzen sucht, der Verlust der einen Periode u.U. nur das Spiegelbild des Gewinns einer anderen Periode ist und für Besteuerungszwecke sachgerechterweise nicht ignoriert werden kann.

Dies illustriert das Beispiel der steuerneutralen Aktivierung von Investitionen in das bewegliche Sachanlagevermögen einerseits und deren steuerwirksame Abschreibung in den Folgeperioden andererseits. Die erwerbsbedingte Auszahlung für eine Maschine z.B. zur Güterproduktion berechtigt im Anschaffungsjahr wegen Reinvermögensneutralität – dem Liquiditätsabfluss aus der Kaufpreiszahlung steht ein wertgleicher Zuwachs im Sachanlagevermögen gegenüber – nicht zum Betriebsausgabenabzug, es liegt ein erfolgs- und damit steuerneutraler Aktivtausch vor. Die für Investitionszwecke verwendete Liqui-

⁹⁴ Vgl. z.B. *Hallerbach*, in *Herrmann/Heuer/Raupach*, § 10d EStG, 220. Erg.-Lief. 10/2005, Rz. 5 f. („Durchbrechung des Periodizitätsprinzips“). Vgl. auch BVerfG-Beschluss v. 22.07.1991 – BvR 313/88, DStR 1991 S. 1278 (1278 f.) zur fünfjährigen Verlustvortragbegrenzung, die § 10d Satz 4 EStG 1976 vorsah („Spannungsverhältnis zwischen Abschnittbesteuerung und abschnittsübergreifendem Nettoprinzip als Ausfluss des Leistungsfähigkeitsprinzips“). Vgl. auch BFH-Urteil v. 11.02.1998 – I R 81/97, BStBl. II 1998 S. 485 a.E.

⁹⁵ Vgl. Nachweise in Fn. 27.

⁹⁶ Vgl. Nachweise in Fn. 28.

⁹⁷ Vgl. ausführlich *Dorenkamp*, *Nachgelagerte Besteuerung von Einkommen*, 2004, S. 60 ff., 118 ff.

dität ist damit, soweit durch Gewinne gespeist, zu versteuern, § 6 Abs. 1 Nr. 1 EStG (Ansatz eines Wirtschaftsguts mit seinen Anschaffungs- oder Herstellungskosten).⁹⁸

Erst in den Folgejahren wird die investiv verwendete Auszahlung (Aktivtausch) über die planmäßige Abschreibung bzw. Absetzung für Abnutzung (AfA) aufwands- und steuerwirksam, § 7 Abs. 1 EStG. Entstehen aus diesen AfA-Raten in Ermangelung kompensierender Erträge nun aber Verluste in zukünftigen Veranlagungszeiträumen, können diese Periodenverluste nur bei einem *idealiter* gebotenen negativen Einkommensteuertarif unabhängig, d.h. rein periodenbezogen von der (steuerneutralen) Investition im Anschaffungsjahr gesehen werden.

Ohne negativen Einkommensteuertarif – und damit in der Besteuerungsrealität – bedarf damit auch die reinste Abschnittsbesteuerung eines periodenübergreifenden Verlustabzugs. Dies gilt jedenfalls solange Maschinen angeschafft oder sonstige auszahlungs- bzw. aufwandswirksame Maßnahmen getroffen werden (z.B. sozialverträgliche Gestaltung einer betriebswirtschaftlich erforderlichen Personalreduzierung), die sich – wie dies häufig der Fall sein dürfte – über mehrere Veranlagungszeiträume auswirken. Auch im Übrigen sollte üblicherweise wegen der Verbundenheit jeglichen wirtschaftlichen Handelns ein Veranlassungszusammenhang der negativen Einkünfte der einen mit den positiven Einkünften einer anderen Periode vorliegen, falls ein solcher für erforderlich gehalten werden sollte.⁹⁹ Aus dem Leistungsfähigkeitsprinzip ist ein solcher Veranlassungszusammenhang nicht ableitbar, verlangt eine gleichmäßige Austeilung der Steuerlasten doch die Berücksichtigung eines Gesamtbildes (synthetische Einkommensteuer) statt einer schedulenhaften Besteuerung einzelner Einkunftsquellen.

Die interperiodische Verlustverrechnung ist steuersystematisch indes auch unverzichtbar, wenn sie nicht – wie vorliegend – als Surrogat einer Negativität des Einkommensteuertarifs begriffen wird. So ist der Verlustabzug der ab-

⁹⁸ Gleiches gilt wegen § 4 Abs. 3 Satz 3 u. 4 EStG für den gewerblichen Einnahmenüberschussermittler.

⁹⁹ Krit. insoweit z.B. *Möhlenbrock*, DStJG 33 (2010) S. 339 (354), der zutreffenderweise darauf verweist, dass eine „Bindung des Verlustabzugs an die ihn verursachende Einkunftsquelle“ schon deshalb nicht existieren kann, weil Verlustvorträge erst nach der Ermittlung des Gesamtbetrags der Einkünfte abgezogen werden, der Gesamtbetrag der Einkünfte gemäß § 2 Abs. 3 EStG aber bereits nicht mehr nach Einkunftsquellen oder Einkunftsarten unterscheidet.

¹⁰⁰ So die herkömmliche Auffassung, vgl. z.B. *Lang*, in *Tipke/Lang*, *Steuerecht* (Fn. 21), § 9 Rz. 62; *Wendt*, DStJG 28 (2005) S. 41 (47 f.).

schnittsübergreifenden Besteuerung des Lebenseinkommens immanent¹⁰⁰, das wiederum nach herrschender Meinung¹⁰¹ als „geeignetster“ Leistungsfähigkeitsindikator gelten dürfte. Zudem anerkennen auch die Befürworter einer materiellen Abschnittsbesteuerung die Erforderlichkeit einer interperiodischen Verlustverrechnung.¹⁰² Diese wird von der Mindestbesteuerung beschränkt, indem §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG einen Ressourcentransfer an den Fiskus anordnen, obgleich bei überperiodischer Betrachtung die negativen Einkünfte die positiven überwiegen.

bb) Gleichbehandlung volatiler Einkunftsquellen (u.a. Forschung, Hochtechnologie, Existenzgründungen und Sanierungsfälle)

Eine Beschränkung der überperiodischen Verlustverrechnung betrifft Steuerpflichtige nicht, die ihr Vermögen weitestgehend risikolos anlegen. Bundesschatzbriefe oder Mietwohnungen vermitteln regelmäßig nicht besonders hohe, aber stetige Einkünfte. Volatile Einkunftsquellen werden durch die Versagung eines unbeschränkten Verlustabzugs dagegen steuerlich höher belastet, und zwar entweder in Form eines Liquiditäts- und Zinsnachteils, der den Barwert der Steuerbelastung ansteigen lässt, oder sogar in Gestalt einer endgültigen steuerlichen Nichtanerkennung von Erwerbsaufwendungen, z.B. infolge von Insolvenz, Liquidation oder in Ermangelung ausreichend hoher positiver Einkünfte. So setzt eine Mindestbesteuerung von z.B. 40% Gewinne voraus, die die akkumulierten Verluste um den Faktor 1,67 übersteigen.¹⁰³

Steuersystematisch ist nicht ersichtlich, warum Steuerpflichtige mit volatilen Einkünften höher belastet werden sollten als Steuerpflichtige, die über stetige Einkunftsquellen verfügen.¹⁰⁴ Gleichheitsrechtlich bedenklich erscheint auch, dass einige Steuerpflichtige tendenziell eher von der Mindestbesteuerung betroffen sein dürften als andere. So weist die Gewinnsituation in bestimmten Branchen regelmäßig eine höhere Volatilität auf als in anderen Industriezweigen. Zyklische Ergebnisverläufe haben *Lang/Englisch* insbesondere in der

¹⁰¹ Vgl. Nachweise in Fn. 27.

¹⁰² Vgl. z.B. *Kirchhof*, Beihefter zu DStR 5/2003 S. 1 (12) sowie Erläuterungen in Fn. 30.

¹⁰³ Um einen Verlustvortrag von z.B. € 1 Mrd. unter der Bedingung einer 40%-igen Mindestbesteuerung vollumfänglich nutzen zu können, sind positive Einkünfte in Höhe von € 1,67 Mrd. erforderlich. Bei z.B. „nur“ € 1,5 Mrd. positiver Einkünfte würde € 0,1 Mrd. Verlustvortrag verfallen, da gem. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG nur € 0,9 Mrd. (= 60% * € 1,5 Mrd.) abgezogen werden könnten.

¹⁰⁴ Vgl. Abschn. II.1. zum ökonomischen Besteuerungspostulat der Entscheidungsneutralität gerade auch hinsichtlich von Investitionsprojekten mit unterschiedlich stabilen Zahlungsreihen. Vgl. auch Nachweise in Fn. 11.

Bauwirtschaft, im Technologiebereich sowie im Anlagen- und Schiffsbau ausgemacht. Strukturell benachteiligt erscheinen auch Unternehmen mit hoher Kapitalintensität und langfristiger Fertigung sowie Projektgesellschaften und Arbeitsgemeinschaften.¹⁰⁵

Steuereffizienztheoretisch und gesamtwirtschaftlich von besonderer Bedeutung dürften die negativen Auswirkungen einer Beschränkung der interperiodischen Verlustverrechnung auf innovative Hochtechnologieinvestitionen, Forschung und Entwicklung sowie Unternehmensgründungen und Sanierungsfälle sein. So verspricht ein Engagement im hochtechnologischen Bereich nicht nur hohe Gewinne, sondern geht auch mit beträchtlichen Risiken einher.¹⁰⁶ Aufwendungen für Forschung und Entwicklung, gemeinhin als besonders förderungswürdig anerkannt¹⁰⁷, berechtigen zum sofortigen Abzug als Betriebsausgaben, weshalb Anlaufverluste entstehen. Gleiches gilt für die Gründung von Unternehmen, mancher Betriebsaufbau dürfte wegen der Einplanung von Steuerzahlungen trotz ausreichend vorhandener (Anlauf-) Verlustvorträge unterbleiben.¹⁰⁸ Schließlich wirkt sich der steuerliche Eigenkapital- und Liquiditätsverzehr an der Gewinnschwelle in Sanierungsfällen negativ aus. Um nicht die „Wiedergenesung von Unternehmen, die per Saldo noch keine Gewinne erwirtschaftet haben, schon im Keim durch Liquiditätsentzug [zu ersticken]“, fordert *Töben* im Hinblick auf die aktuelle Wirtschaftskrise eine „uneingeschränkte Verrechnung aller ‘Neu’-Verluste mit künftigen Gewinnen“¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Vgl. *Lang/Englisch*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung (Fn. 30), S. 60-72. Vgl. auch *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht (Fn. 21), § 9 Rz. 66 sowie zur Zyklizität von Branchen *Grotherr*, BB 1998 S. 2337 (2343 ff.).

¹⁰⁶ *Schön*, DStJG 28 (2005) S. 84 befürchtet insoweit, dass „wir den Steuerpflichtigen in die Bundesanleihe treiben, wenn wir ihm sagen, Deinen hohen Gewinn, daran werden wir partizipieren, aber den möglichen Verlust trägst Du mal lieber selbst“. Ähnlich *Herzig/Wagner*, DStR 2003 S. 225 (232) zur Mindestbesteuerung: „Der Gesetzgeber scheint indes fest entschlossen, exakt diejenigen Steuersubjekte zu bestrafen, die (noch) die Bereitschaft zur Übernahme unternehmerischen Risikos zeigen.“ Vgl. auch Nachweise in Fn. 193.

¹⁰⁷ Vgl. BDI u.a., Memorandum für eine steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung, 26.04.2010. Vgl. auch Koalitionsvertrag (Fn. 1), S. 15 („Wir streben eine steuerliche Förderung von Forschung und Entwicklung an, die zusätzliche Forschungsimpulse insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen auslöst.“)

¹⁰⁸ Vgl. *Lang/Englisch*, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung (Fn. 30), S. 72 ff.

¹⁰⁹ Hierbei möchte *Töben* Neuverluste „soweit möglich“ als solche „seit Beginn der Finanzmarktcrise ab 2008“ verstanden wissen, vgl. *Töben*, FR 2010 S. 249 (257). Vgl. Nachweise zu entsprechenden Forderungen in Fn. 199.

b) Fiskalische Aspekte

Der Gesetzgeber hat – im Lichte der obenstehenden Ausführungen konsequenterweise – erst gar nicht versucht, die Mindestbesteuerung steuersystematisch zu rechtfertigen.¹¹⁰ So ist die Begründung rein steueraufkommensbezogen („gewaltiges Verlustvortragspotenzial“, „Steueraufkommen kalkulierbarer machen“, „Verstetigung der Staatseinnahmen“¹¹¹). Ungeachtet großer Zweifel daran, ob eine bessere Kalkulierbarkeit des Steueraufkommens eine Beschränkung des objektiven Nettoprinzips und damit des Leistungsfähigkeitsgrundsatzes überhaupt rechtfertigen kann¹¹², untersuchen die beiden nachfolgenden Abschnitte, wie hoch die Mindereinnahmen eines uneingeschränkten Verlustabzugs tatsächlich sind.

Hierbei lässt der außergewöhnlich hohe Bestand an Körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichen Verlustvorträgen auf den ersten Blick eine hohe fiskalische Bedeutung der Mindestbesteuerung vermuten (folgender Abschn. aa)). Eine Analyse der einschlägigen Steuerstatistiken zeigt aber, dass die Aufkommenseffekte von §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG vergleichsweise gering sind, nämlich mit maximal € 2–2½ Mrd. weniger als 5% der Einnahmen aus der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer betragen (Abschn. bb)).

aa) Hohe Verlustvorträge Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer

Die Körperschaftsteuerstatistik weist für Ende 2004 akkumulierte Verlustvorträge von € 473 Mrd. aus.¹¹³ Die gewerbsteuerlichen Verlustvorträge beliefen sich zu diesem Zeitpunkt auf € 569 Mrd.¹¹⁴ Die einkommensteuerlichen

¹¹⁰ Vgl. auch *Töben*, FR 2010 S. 249 (250), der ebenfalls allein eine „rein fiskalpolitische“ Motivation der Mindestbesteuerung erkennen kann.

¹¹¹ Entwurf Entwurf Korb-II-Gesetz (Fn. 87) v. 08.09.2003, BT-Drucks. 15/1518 S. 13.

¹¹² Krit. insoweit (im Zusammenhang mit der gewerbsteuerlichen Hinzurechnung von Finanzierungsaufwand gem. § 8 Nr. 1 GewStG) z.B. *Hey*, BB 2008 S. 1303 (1307); *dies.*, StuW 2002 S. 314 (320). A.A. wohl BFH-Beschluss v. 27.01.2008 – VIII B 179/05, BFH/NV 2006 S. 1150 („bei summarischer Prüfung“ und lediglich mit Hinweis auf die Begründung eines Gesetzentwurfs, der im Ergebnis nicht verabschiedet wurde [BT-Drucks. 15/1517]).

¹¹³ Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Finanzen und Steuern, Körperschaftsteuerstatistik 2004, Fachserie 14 Reihe 7.2, Addition der Verlustvorträge von Gewinn- und Verlustfällen gem. Tabelle 1.1a und 1.2a.

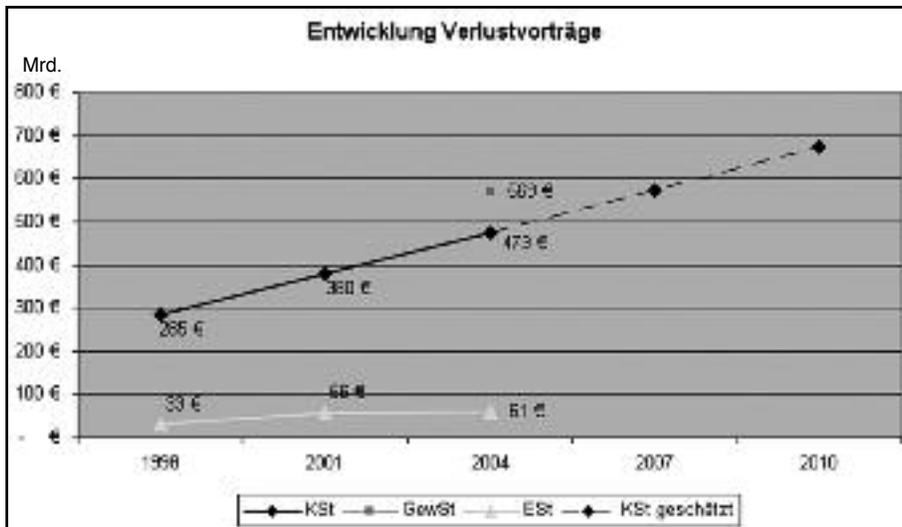
¹¹⁴ Vgl. Bericht über ein Referat des für Steuerschätzungen im BMF zuständigen Ministerialrats *Volker Lietmeyer*, <http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/gigantische-verluste-koennten-steuereinnahmen-drastisch-schmaelern-411624/2>.

Verlustvorträge sind mit rund € 60 Mrd.¹¹⁵ vergleichsweise gering, weisen aber immer noch eine beachtliche Größenordnung auf.

Wie auch die rechterseits abgebildete Graphik illustriert, ist der Bestand der Verlustvorträge in der Vergangenheit kontinuierlich gestiegen. So weist die Körperschaftsteuerstatistik 1998 „nur“ Verlustvorträge von (umgerechnet) € 285 Mrd. aus, 2001 waren es bereits € 380 Mrd., 2004 wieder knapp € 100 Mrd. mehr. Sollte sich diese Entwicklung, die alle drei Jahre zu einem Anstieg der Verlustvorträge um rund € 100 Mrd. geführt hat, bis in die Gegenwart fortgesetzt haben, wäre der Bestand körperschaftsteuerlicher Verlustvorträge bis 2007 auf rund € 570 Mrd. angestiegen. Zum Ende des Veranlagungszeitraums 2010 wären knapp € 670 Mrd. zu verzeichnen. Für die Entwicklung der gewerbesteuerlichen Verlustvorträge seit der letzten Statistik für den Erhebungszeitraum 2004 sollte ähnliches gelten. Diese Extrapolation berücksichtigt allerdings nicht den vermutlich vergleichsweise hohen Verbrauch von Verlustvorträgen in den Boomjahren bis 2008. Gleiches gilt jedoch für den wohl ebenfalls außergewöhnlichen Aufbau von Verlustvorträgen im Krisenjahr 2009, in dem das deutsche Bruttoinlandsprodukt um in der Nachkriegsgeschichte einmalige 5% schrumpfte. Vor diesem Hintergrund dürfte es nicht abwegig sein, für Ende 2010 von einem Bestand körperschaftsteuerlicher und gewerbesteuerlicher Verlustvorträge in Höhe von je rund € 700 Mrd. auszugehen.

Zahlen dieser Größenordnung wirken aus fiskalischer Sicht zunächst sehr bedrohlich; die Multiplikation mit dem Körperschaftsteuersatz und durchschnittlichen Gewerbesteuerertrag von insgesamt rund 30% liegt nahe. So ergäbe sich rein mathematisch ein Steuereinnahmen-Minderungspotenzial von rund € 200 Mrd. Dies entspricht einem Vielfachen des Jahresaufkommens aus diesen beiden Steuerarten¹¹⁶ bzw. zwei Dritteln des Bundeshaushalts 2010¹¹⁷.

¹¹⁵ Ende 2001 betrug der Bestand der einkommensteuerlichen Verlustvorträge ausweislich der Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage € 56,9 Mrd., BT-Drs. 16/3942 S. 5. Ausweislich des Berichts über ein Referat des für Steuerschätzungen im BMF zuständigen Ministerialrats *Volker Lietmeyer* ist dieser Bestand bis 2004 auf € 60,9 Mrd. angewachsen, vgl. <http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/gigantische-verluste-koentnen-steuereinnahmen-drastisch-schmaelern-411624/2/>. Die Einkommensteuerstatistik gibt insoweit keinen Aufschluss, sie enthält „lediglich“ den Verlustabzug gem. § 10d EStG, d.h. die jährlich genutzten Verlustvorträge, die rund € 7 Mrd. betragen, nämlich € 7,0 Mrd. in 2001, € 7,4 Mrd. in 2002, € 6,7 Mrd. in 2003 und € 7,0 Mrd. in 2004, vgl. *Statistisches Bundesamt*, Finanzen und Steuern, Einkommensteuerstatistik 2004, Fachserie 14 Reihe 7.1.1, S. 4.



Gewiss reduziert sich dieser Bestand der Verlustvorträge in einem nicht unerheblichen Maße, wenn der öffentliche Sektor aus der Statistik ausgegrenzt wird.¹¹⁸ Steuerersparnisse bedeuten hier nicht nur staatliche Mindereinnahmen, sondern – im Sinne eines Nullsummenspiels – auch spiegelbildliche Ausgabenminderungen der öffentlichen Hand. Dem Vernehmen nach entfallen 7,3% der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge auf Betriebe gewerblicher Art von Körperschaften des öffentlichen Rechts.¹¹⁹ Auch wenn die Verlustvorträge von öffentlichen Banken einschließlich Sparkassen in diesem Anteil

¹¹⁶ In den konjunkturellen Hochphase des Jahres 2007 betrug das kassenmäßige Aufkommen aus der Gewerbesteuer und Körperschaftsteuer rund € 40 Mrd. bzw. € 23 Mrd. und damit insgesamt € 63 Mrd., vgl. *Rat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2009/10, Statistischer Anhang V.B. Tabelle 21. Im Krisenjahr 2009 beliefen sich die Einnahmen laut Auskunft des Statistischen Bundesamts lediglich auf € 36 Mrd., nämlich € 29 Mrd. Gewerbesteuer und € 7 Mrd. Körperschaftsteuer. 2008 wurde ein kassenmäßiges Gewerbe- und Körperschaftsteueraufkommen von € 41 Mrd. und € 16 Mrd. vereinnahmt, insgesamt € 57 Mrd.

¹¹⁷ Vgl. Pressemitteilung des Bundesrats BR 49/2010 zum Beschluss des Bundesrats BR-Drucks. 144/10, wonach sich der Bundeshaushalt 2010 auf € 319,5 Mrd. belief.

¹¹⁸ So vermutet *Grotherr*, BB 1998 S. 2337 (2339) im Hinblick auf die Körperschaftsteuerstatistik 1989, dass „vor allem Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts in erheblichem Umfang zu den bestehenden Verlustvorträgen beigetragen haben“.

¹¹⁹ BMF und/oder Statistisches Bundesamt verfügen insoweit wohl über Informationen, deren Detaillierungsgrad über die Angaben der Körperschaftsteuerstatistik hinausgeht.

ebenso wenig enthalten sind wie der öffentliche Wohnungsbau oder Verkehrsbetriebe, die in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft organisiert sind, dürfte der überwiegende Teil der Verlustvorträge auf den Privatsektor entfallen.

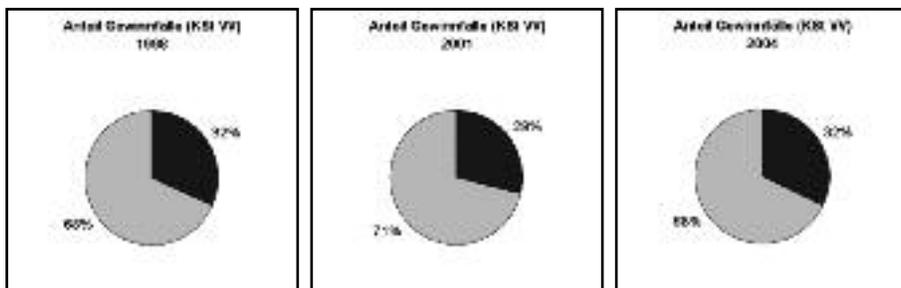
Eine wirklich bedeutende Reduzierung etwaiger Haushaltsrisiken aus den vorhandenen Verlustvortragsbeständen legt aber ein anderer Zusammenhang nahe, den die Körperschaftsteuerstatistik 2004 ausweist. So entfallen € 320 Mrd. der insgesamt € 473 Mrd. Verlustvorträge auf Steuerpflichtige, die 2004 einen negativen Gesamtbetrag der Einkünfte ausgewiesen haben (sog. Verlustfälle).¹²⁰ Für Gewinnfälle, d.h. Steuerpflichtige, die ihre Verlustvorträge auch steueraufkommenswirksam zur Minderung ihres positiven Gesamtbetrags der Einkünfte nutzen konnten, verbleiben damit nur € 153 Mrd. bzw. 32% der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge. Sollte es sich bei den Verlustfällen des Veranlagungszeitraums 2004, der konjunkturell mit einem Wachstum des Bruttoinlandsprodukts von 1,2% vergleichsweise durchschnittlich war, weitestgehend um dauerdefizitäre Betriebe oder z.B. Kapitalgesellschaften handeln, die eigentlich bereits insolvent sind, über die nur etwa in Ermangelung von Masse aber noch kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde, würde im Hinblick auf rund zwei Drittel der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge faktisch kein Aufkommensrisiko bestehen.¹²¹

Für einen hohen Anteil von Dauerverlustbetrieben spricht zunächst der Umstand, dass die Verlustvorträge zwischen 1992 und 2004 und damit konjunkturzyklusübergreifend um rund € 30 Mrd. pro Jahr gestiegen sind. Zudem lässt sich für eine hohe Zahl dauerdefizitärer Körperschaftsteuerpflichtiger die Konstanz anführen, mit der sich die Verlustvorträge in den diversen Körperschaftsteuerstatistiken auf Gewinn- und Verlustfälle verteilen. Wie auch das nachfolgende Schaubild illustriert, betrug der Anteil der Gewinnfälle an den Verlustvorträgen in den Körpersteuerstatistikjahren 1998, 2001 und 2004 durchschnittlich 31%, nämlich 32% in 2004, 29% in 2001 und 32% in 1998.¹²²

¹²⁰ Vgl. *Statistisches Bundesamt*, Finanzen und Steuern, Körperschaftsteuerstatistik 2004, Fachserie 14 Reihe 7.2, Verlustvorträge von Gewinn- bzw. Verlustfällen gemäß Tabellen 1.1a und 1.2a.

¹²¹ So setzt eine Steuermindering durch Verlustvorträge voraus, dass ein positiver Gesamtbetrag der Einkünfte erzielt wird, d.h. ohne Verlustvorträge Steuern geschuldet würden. Dies ist weder bei dauerdefizitären Betrieben z.B. der öffentlichen Hand noch bei Gesellschaften ohne jedwede wirtschaftliche Aktivitäten der Fall.

¹²² Vgl. Körperschaftsteuerstatistiken 1998, 2001 und 2004 (Fn. 113), Tabelle 1a und 2a. 2001 beliefen sich die Verlustvorträge der Gewinnfälle auf € 109 Mrd. von insgesamt € 379 Mrd., 1998 auf € 90 Mrd. von € 285 Mrd.



Anteil der Gewinnfälle an den Verlustvorträgen in den Körperschaftsteuerstatistikjahren 1998, 2001 und 2004

Entsprechendes, d.h. eine ungefähre Eindrittel-Zweidrittel-Aufteilung auf Gewinn- und Verlustfälle dürfte auch für die gewerbsteuerlichen Verlustvorträge gelten. Zwar fehlt es insoweit an einer expliziten Aufschlüsselung in den Gewerbesteuerstatistiken. Auch hier spricht der kontinuierliche Anstieg der Verlustvorträge über die letzten zwei Jahrzehnte allerdings für einen hohen Anteil an dauerdefizitären Betrieben oder Gesellschaften, die im Beobachtungszeitraum inaktiv gewesen sind. Zudem ist nicht ersichtlich, warum die gewerbsteuerliche Aufteilung der Verlustvorträge auf Gewinn- und Verlustfälle wesentlich von der körperschaftsteuerlichen abweichen sollte. Auch gut zwei Drittel der akkumulierten gewerbsteuerlichen Fehlbeträge sollten somit kein fiskalisches Risiko darstellen.

Allerdings gilt auch, dass der verbleibende Betrag an Verlustvorträgen, d.h. das auf Gewinnfälle entfallende Steuerminderungspotenzial, mit € 153 Mrd. bei der Körperschaftsteuer sowie vermutlich rund € 181 Mrd.¹²³ bei der Gewerbesteuer noch immer im dreistelligen Mrd.-Bereich liegt und damit eine beträchtliche Größenordnung aufweist. Das theoretische Steuerausfallpotenzial hieraus betrug Ende 2004 je rund € 25 Mrd.¹²⁴ und bewegt sich damit in einem Bereich, der an ein Jahresaufkommen dieser beiden Steuerarten heranreicht¹²⁵.

¹²³ Diese Zahl unterstellt, dass der Anteil der dauerdefizitären Betriebe an den Verlustvortragsbeständen bei Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer gleich hoch ist, nämlich wie aus der Körperschaftsteuerstatistik 2004 abgeleitet 32%.

¹²⁴ Die Multiplikation der € 153 Mrd. körperschaftsteuerlicher Verlustvorträge, die auf Gewinnfälle entfallen, mit 15% zuzüglich Solidaritätszuschlag ergeben € 23,9 Mrd. Aus dem vermutlichen gewerbsteuerlichen Äquivalent sowie einem Durchschnittssteuersatz von z.B. 14% folgen weitere € 25,3 Mrd. Minderaufkommenspotenzial.

¹²⁵ Vgl. zum jährlichen Körperschaft- und Gewerbesteueraufkommen Fn. 116.

Der nachfolgende Abschnitt zeigt jedoch, dass die Steuermindereinnahmen, die ausweislich der einschlägigen Steuerstatistiken tatsächlich aus einer Abschaffung der Mindestbesteuerung zu erwarten sein sollten, in keinem Verhältnis zu den sehr hohen Verlustvortragsbeständen stehen, sondern stattdessen in einem fiskalisch durchaus vertretbaren Bereich liegen sollten.

bb) Geringe fiskalische Auswirkungen Verlustabzug

Aus fiskalischer Sicht kommt es letztlich nicht auf die Höhe der akkumulierten Verlustvorträge an, sondern auf den Verlustabzug bzw. die hieraus resultierenden Aufkommenseinbußen. Dessen ungeachtet fließen die Verlustvorträge wegen ihrer jährlichen Feststellung in die Körperschaftsteuerstatistik ein. Insbesondere soweit Sonderfälle wie dauerdefizitäre oder inaktive Kapitalgesellschaften einen nennenswerten Anteil der Verlustvorträge auf sich vereinen – dass dies der Fall zu sein scheint, hat der vorangehende Abschnitt aa) gezeigt –, eignet sich die schlichte Höhe der Verlustvortragsbestände nicht einmal als Hilfsgröße zur Ableitung ihrer fiskalischen Bedeutung. Dies gilt insbesondere, weil die Steuerstatistiken auch aussagekräftige Daten zum Ausmaß des jährlichen *Verlustabzugs* enthalten, der allein fiskalisch relevant ist.

Die Aufkommenswirkungen der Begrenzung des Verlustabzugs durch die Mindestbesteuerung werden im Folgenden anhand zweier Quellen aufgezeigt. Zunächst wird das Finanztableau der Gesetzesbegründungen zu §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG aus 2003 analysiert. Diese Schätzungen scheinen die Aufkommenswirkungen der Mindestbesteuerung aber deutlich zu unterzeichnen, wiesen sie doch für 2008 einen Betrag von insgesamt nur € 810 Mio. aus. Deshalb wird ergänzend auf die Steuerstatistiken zurückgegriffen, die als Vollerfassung – „sämtliche Veranlagungen [zur Körperschaftsteuer] sind Gegenstand der Statistik“¹²⁶ – nicht nur die Höhe der Verlustvorträge in dem jeweiligen Veranlagungszeitraum aufzeigen, sondern auch den Verbrauch dieser Verlustvorträge.

(1) Aufkommenschätzungen des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber schätzte die Mehreinnahmen aus der einkommen- und körperschaftsteuerlichen Mindestbesteuerung für 2004 auf insgesamt € 460 Mio., wobei hier sogar noch eine – die Aufkommenserwartungen erhöhende – 50%ige statt 40%ige Mindestbesteuerung sowie ein Freibetrag von lediglich

¹²⁶ Vgl. Körperschaftsteuerstatistik 2004 (Fn. 113), S. 3 (Gl.-Pkt. 1.6). Stichprobenbedingte Fehlerquellen sind somit ausgeschlossen.

€ 100.000 statt € 1 Mio. unterstellt wurden.¹²⁷ 2005 sollte das zusätzliche Steueraufkommen aus §§ 10d Abs. 2 EStG auf € 920 Mio. ansteigen, um bis 2008 auf € 250 Mio. zu sinken. Zusätzlich ging der Gesetzgeber von gewerbesteuerlichen Mehreinnahmen in 2004 in Höhe von € 370 Mio. aus, die sich bis 2008 auf € 85 Mio. reduzieren sollten.¹²⁸ Würden die Aufkommensschätzungen für 2008 nach 2010 fortgeschrieben, und zwar sogar ohne Berücksichtigung der bis 2008 zu verzeichnenden Degressivität sowie der Reduzierung des Körperschaftsteuersatzes von 25% auf 15%, wären für 2010 wie für 2008 Mehreinnahmen aus §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG von insgesamt € 810 Mio. zu erwarten.

In gewisser Weise ungewöhnlich für Steueraufkommensschätzungen erscheint der degressive Verlauf der Steuermehreinnahmen aus §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG. Hintergrund ist vermutlich die Erwartung der Aufkommensschätzer, dass den Mehreinnahmen der Mindestbesteuerung in den ersten Jahren wegen der aufkommenswirksamen Streckung des Verbrauchs der Verlustvorträge Mindereinnahmen in nachfolgenden Jahren gegenüberstehen. Unternehmen, die ohne §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG bereits im Jahr 3 oder 4 nach einer konjunkturellen Krise verlustvortragsfrei wären, sind mit Mindestbesteuerung erst zu einem späteren Zeitpunkt des Konjunkturaufschwungs wieder in einer vollen Steuerzahlerposition.

Mehreinnahmen aus der Mindestbesteuerung von unter € 1 Mrd. jährlich in den Veranlagungszeiträumen 2008 ff. muten trotz grundsätzlicher Plausibilität der vorstehenden Aufkommenszusammenhänge gering an. Infolgedessen werden nachfolgend die Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuerstatistiken analysiert. Die jüngste Veröffentlichung datiert von April 2009 und beleuchtet mit 2004 jenen Veranlagungszeitraum, in dem die gegenwärtige Mindestbesteuerung erstmals Anwendung fand.

(2) Aufkommenswirkungen ausweislich Steuerstatistiken

Die Körperschaftsteuerstatistiken geben nicht nur Aufschluss über den Bestand an Verlustvorträgen, der häufig Eingang in die steuerpolitische Diskussion findet, um Beschränkungen der Verlustverrechnung mit haushalterischen Gesichtspunkten zu rechtfertigen. Dargestellt wird auch der allein aufkommensrelevante Verlustabzug (Gliederungsabschnitt 1.1a), für 2004 sogar mit

¹²⁷ Vgl. Entwurf Korb-II-Gesetz (Fn. 87), BT-Drucks. 15/1518 S. 11.

¹²⁸ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gewerbesteuergesetzes und anderer Gesetze, BT-Drucks. 15/1517 S. 15.

einer Aufschlüsselung der beiden Tatbestandselemente der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG (voller Verlustabzug bis € 1 Mio., darüber hinaus nur bis zu 60% der positiven Einkünfte).

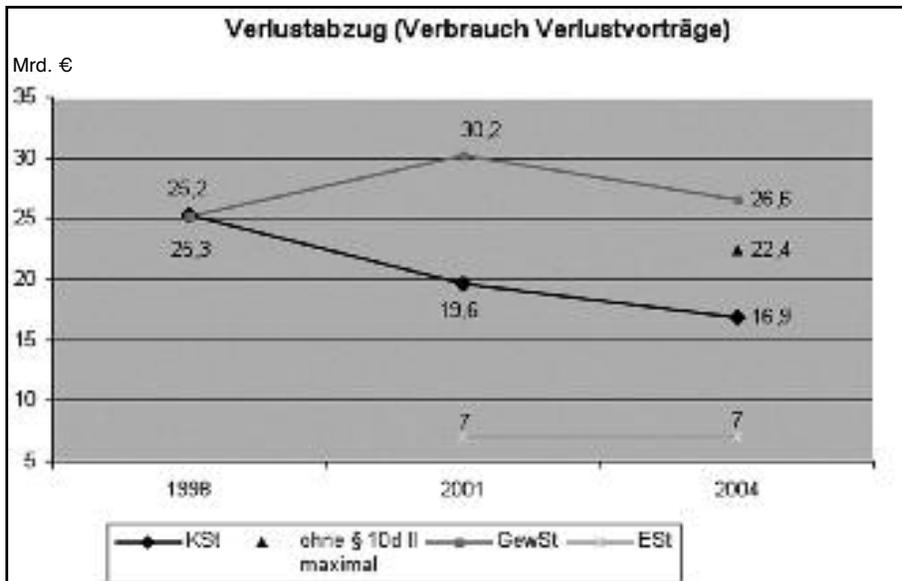
Hiernach betrug die Summe der abgezogenen körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge in 2004 € 16,9 Mrd. Beim aktuellen Körperschaftsteuersatz von 15% zuzüglich 5,5% Solidaritätszuschlag folgt hieraus eine Minderung des Steueraufkommens von knapp € 2,7 Mrd. Für Zwecke der fiskalischen Auswirkungen der Mindestbesteuerung ist allerdings zu berücksichtigen, dass mit € 8,7 bzw. 51% gut die Hälfte des Verlustabzugs 2004 von der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 10d Abs. 2 EStG unberührt war. So entfiel dieser Betrag bzw. Anteil auf den Verlustabzug von bis zu € 1 Mio., der auch in den Veranlagungszeiträumen 2004 ff. vollumfänglich möglich war („Mittelstandskomponente“).

Der tatsächliche Aufkommenseffekt aus der körperschaftsteuerlichen Mindestbesteuerung lässt sich demnach mit maximal¹²⁹ zwei Dritteln des Betrags ansetzen ($40\% = 2/3 * 60\%$), der aus dem Verlustabzug in Höhe von 60% des € 1 Mio. übersteigenden Gesamtbetrags der Einkünfte folgt. Dies gilt, weil eine Abschaffung der Mindestbesteuerung lediglich weitere 40% der laufenden Bemessungsgrundlage von Unternehmen mit Verlustvorträgen der Besteuerung entziehen würde, 60% können ja bereits im Rahmen der Mindestbesteuerung verrechnet werden. Bei Übernahme des 60%-igen Verlustabzugs in 2004 in Höhe von € 8,25 Mrd. in gegenwärtige Veranlagungszeiträume resultiert hieraus bei einem Körperschaftsteuersatz von 15% zuzüglich Solidaritätszuschlag ein maximaler Aufkommenseffekt aus der Mindestbesteuerung von € 0,87 Mrd.¹³⁰ Auch dieser Betrag erscheint – wie die 2003er Aufkommensschätzung des Gesetzgebers – deutlich niedriger, als Verlustvorträge von € 473 Mrd. vermuten lassen würden.

Auch das BMF nimmt dem Vernehmen nach eine ähnliche Größenordnung des Aufkommenseffekts aus der körperschaftsteuerlichen Mindestbesteuerung an.

¹²⁹ Bei einigen Steuerpflichtigen reichen die Verlustvorträge möglicherweise nicht aus, um jene 40% des Gesamtbetrags der Einkünfte abzudecken, die nach dessen 60%iger Minderung durch Verlustvorträge verbleiben. In diesen – nachfolgend vernachlässigten – Fällen wären die Steuermindereinnahmen infolge einer Abschaffung der Mindestbesteuerung entsprechend geringer. Bei der 2/3-Berechnung handelt sich also um ein „worst case“-Szenario aus Sicht des Fiskus.

¹³⁰ Die Multiplikation der € 8,25 Mrd. mit dem Zweidrittelfaktor ergibt ein zusätzliches Verlustabzugsvolumen von € 5,5 Mrd., woraus bei einem Steuersatz von 15,825% Steuermindereinnahmen von € 870 Mio. resultieren.



So wird dieser mit € 600 Mio. sogar noch um € 270 Mio. niedriger eingeschätzt als vorstehend hergeleitet.¹³¹

Gewerbsteuerlich wurden in 2004 € 26,6 Mrd. Verlustvorträge mit einem positiven Gewerbeertrag verrechnet. Geht man auch hier von einer hälftigen Aufteilung auf die „Mittelstandskomponente“ einerseits, d.h. die unbegrenzte Gewerbefehlbetragskürzung bis zu € 1 Mio., und die 60%-Regelung des § 10a Satz 2 GewStG andererseits aus, ergibt sich bei einem durchschnittlichen Hebesatz von 400% (Tarif 14%) ein Mehraufkommen von € 1,24 Mrd.¹³² Wie bei der Körperschaftsteuer geht das Bundesfinanzministerium auch bei der Gewerbesteuer dem Vernehmen nach von noch niedrigeren Aufkommenswirkungen der Mindestbesteuerung aus, nämlich rund € 800 Mio. jährlich.¹³³

¹³¹ Grund hierfür könnte sein, dass es sich bei den € 870 Mio. um einen Maximalbetrag handelt. So wurde unterstellt, dass auch jeder Steuerpflichtige, der sich in der Mindestbesteuerung befindet, über ausreichend hohe Verlustvorträge verfügt, um auch die verbleibenden 40% vollumfänglich aufzufüllen, vgl. auch Fn. 129.

¹³² $€ 26,6 \text{ Mrd.} \cdot 50\% \text{ Anteil } 60\text{-Verrechnung} \cdot 2/3 \text{ } 40\text{-}60\text{-Verhältnis} \cdot 14\% \text{ GewSt} = € 1,24 \text{ Mrd.}$

¹³³ Vgl. hierzu die Erläuterungen in Fn. 129 und 131. Eine weitere Erklärung für die deutlich niedrigeren Aufkommenserwartungen des BMF wären zusätzliche Erkenntnisse zu dem Anteil der gewerbsteuerlichen Verlustnutzung, der auf die die Mindestbesteuerung entfällt und der Gewerbesteuerstatistik nicht zu entnehmen ist (und folglich vorliegend entsprechend dem körperschaftsteuerlichen Anteil von ungefähr der Hälfte angenommen wurde, obgleich eine größere Zahl kleinerer und mittlerer Unternehmen wegen der € 1 Mio.-Grenze eher für einen geringeren Anteil spricht).

Bei einer unveränderten Fortschreibung der 2004er Bemessungsgrundlagenverhältnisse in die Gegenwart würde die Körperschaft- und gewerbsteuerliche Mindestbesteuerung derzeit also ausweislich der Steuerstatistiken mit maximal € 2,1 Mrd. zum Gesamtaufkommen dieser beiden Steuerarten beitragen. Der Anteil belief sich damit auf 3,3% der 2007er Einnahmen aus Körperschaft- und Gewerbesteuer und 3,7% der entsprechenden 2008er Zahlen. Selbst in 2009, das sich durch einen beispiellosen Rückgang nicht nur der Körperschaftsteuer, sondern auch der Gewerbesteuer ausgezeichnet hat, hat die Mindestbesteuerung nur mit maximal 5,8% zu den Einnahmen aus Körperschaft- und Gewerbesteuer beigetragen.¹³⁴ Diese Beträge und Relationen stehen in einem nur sehr geringen Verhältnis zu den € 500 Mrd., € 600 Mrd. oder € 700 Mrd. Verlustvorträgen¹³⁵, die regelmäßig als fiskalisches Drohpotenzial einer uneingeschränkten Verlustverrechnung angeführt werden.¹³⁶

Zu den Körperschaft- und gewerbsteuerlichen Aufkommensverlusten würden sich bei einer Abkehr von § 10d Abs. 2 EStG zudem Mindereinnahmen bei der

¹³⁴ Vgl. Fn. 116 zum Körperschaft- und Gewerbesteueraufkommen in den jeweiligen Jahren (€ 63, € 57, € 36 Mrd.).

¹³⁵ Vgl. z.B. *Möhlenbrock*, Ubg 2010 S. 256 (257, Fn. 16): „Dem Vernehmen nach soll es sich mittlerweile um ca. 500 bis 600 Mrd. € handeln.“

¹³⁶ Abschließend sei zur Bestätigung der vorstehenden Aufkommensüberlegungen bemerkt, dass die 2004er Zahlen auch vor dem Hintergrund der beiden vorangehenden Körperschaft- und Gewerbesteuerstatistiken plausibel sind. So belief sich der Körperschaftsteuerliche Verlustabzug in 1998 und 2001 auf rund € 25 Mrd. bzw. € 20 Mrd. Die rund € 17 Mrd. aus 2004 fügen sich zwanglos in diese Reihe ein, wenn die € 5,5 Mrd. ($= 2/3 * € 8,25$ Mrd.) hinzuaddiert werden, um die der Verlustvortragsverbrauch ohne Mindestbesteuerung höher gewesen wäre. Gleiches gilt für die Gewerbesteuer, bei der den knapp € 27 Mrd. Verlustabzug in 2004 € 25 Mrd. in 1998 und € 30 Mrd. in 2001 gegenüberstanden. Zudem lässt sich der Körperschaftsteuerliche Verbrauch der Verlustvorträge in 2004 in Höhe von insgesamt € 16,9 Mrd., der zu € 8,25 Mrd. auf die 60%-ige Minderung gem. § 10d Abs. 2 EStG entfiel, auch mit den akkumulierten Gesamtbeträgen der positiven und negativen Einkünfte sowie der veranlagten Körperschaftsteuer in Einklang bringen. So weist die statistische Vollerfassung der 2004er Veranlagungen einen Gesamtbetrag der Einkünfte der Gewinnfälle, die allein steuerzahlungs- und verlustvortragsabzugsrelevant sind, in Höhe von € 106 Mrd. aus. Nach Abzug von € 17 Mrd. Verlustvorträgen sowie € 0,7 Mrd. Verlustrücktrag aus 2005 verbleibt ein zu versteuerndes Einkommen (zvE) von rund € 88 Mrd. Dieses zvE mündet bei einem 25%-igen Körperschaftsteuersatz in eine festgesetzte Körperschaftsteuer von rund € 22 Mrd., vgl. hierzu Körperschaftsteuerstatistik 2004 (Fn. 113), Tabelle 1.1., S. 25. Der Unterschied zu den kassenmäßigen Körperschaftsteuereinnahmen, die in 2004 rund € 13 Mrd. betragen, und der veranlagten Körperschaftsteuer 2004 erklärt sich z.B. aus Erstattungen von Körperschaftsteuervorauszahlungen für 2003 sowie ausländischer Quellensteuern, die zur Anrechnung und damit im Verlustfall zur Erstattung berechtigten und dementsprechend das kassenmäßige Körperschaftsteueraufkommen mindern.

Einkommensteuer gesellen, deren Größenordnung allerdings eher gering sein sollte. So belaufen sich nicht nur die gesamten einkommensteuerlichen Verlustvorträge lediglich auf ungefähr ein Zehntel der körperschaftsteuerlichen und gewerbesteuerlichen Verlustvorträge. Auch der jährliche Verlustabzug fällt mit rund € 7 Mrd. um ca. zwei Drittel geringer aus.¹³⁷ Hinzu kommt, dass wegen der vergleichsweise geringen Anzahl von „Einkommensmillionären“ und der € 1 Mio.-Grenze, bis zu der § 10d Abs. 2 EStG einen vollständigen Verlustausgleich erlaubt, der Anteil des Verlustabzugs, der von der Mindestbesteuerung betroffen ist, voraussichtlich deutlich unter den 50% liegt, die die Körperschaftsteuerstatistik für Kapitalgesellschaften ausweist.

Unterstellt man hier z.B. einen Anteil von – vermutlich weit zu hoch gegriffenen – 20%, ergibt sich ein maximaler Aufkommenseffekt von € 0,4 Mrd.¹³⁸ Aus knapp € 1,4 Mrd. Verlustabzug gem. § 10d Abs. 2 EStG oberhalb von € 1 Mio. folgen maximal knapp € 1 Mrd. einkommensteuerliche Verlustvorträge, die wegen der Mindestbesteuerung nicht abgezogen werden konnten. In Anbetracht des 45%-igen Spitzensatzes der Einkommensteuer würde eine Abschaffung von § 10d Abs. 2 EStG Mindereinnahmen von rund € 420 Mio. verursachen.¹³⁹

Zwar erscheint eine einkommensteuerliche Aufkommenswirkung der Mindestbesteuerung in Höhe von € 0,4 Mrd. auch vor dem Hintergrund des Umstands plausibel, dass das BMF dem Vernehmen nach von einem Gewerbesteuererfolg von € 800 Mio. ausgeht, der die Körperschaftsteuerwirkung der Mindestbesteuerung von € 600 Mio. um ein Drittel übersteigt – dieses Verhältnis entspricht ungefähr auch den Maximalbeträgen, die vorstehend aus den Körperschaft- und Gewerbesteuerstatistiken abgeleitet wurden, nämlich € 0,87 und € 1,24 Mrd. So deutet das zusätzliche Aufkommensdrittel der Gewerbesteuer (€ 800 Mio. statt € 600 Mio.) auf eine Bemessungsgrundlage der einkommensteuerlichen Mindestbesteuerung hin, die ungefähr ein Drittel ihres körperschaftsteuerlichen Pendantes beträgt. Da der Spitzensatz der Einkommensteuer mit 45% nach Abzug der 14%-igen Gewerbesteueranrechnung rund doppelt so hoch ist wie die der Körperschaftsteuertarif, leiten sich aus den

¹³⁷ Vgl. Nachweise jeweils in Fn. 115.

¹³⁸ 20% Mindestbesteuerungsanteil Verlustabzug ESt * € 7 Mrd. * 40%/60% Mindestbesteuerungsfaktor * 45% Einkommensteuerspitzensatz = € 420 Mio.

¹³⁹ Sollte sich der Mindestbesteuerungsanteil des einkommensteuerlichen Verlustabzugs nur auf 10% belaufen, betrüge die Aufkommenswirkung von § 10d Abs. 2 EStG einkommensteuerlich sogar lediglich € 210 Mio.

Aufkommensschätzungen des BMF einkommensteuerliche Mehreinnahmen aus § 10d Abs. 2 EStG von € 400 Mio. ab.¹⁴⁰

Einkommensteuerliche Mehreinnahmen von € 0,4 Mrd. erscheinen allerdings deutlich zu hoch angesichts der gesetzgeberischen Schätzungen, die der Einführung der Mindestbesteuerung zugrunde lagen. So wurde der einkommensteuerliche Effekt von § 10d Abs. 2 EStG für die Jahre 2004 bis 2008 auf nur je rund 20% der Körperschaftsteuerlichen Wirkung geschätzt.¹⁴¹ Aus der BMF-Schätzung des heutigen Körperschaftsteuereffekts von € 600 Mio. würden damit nur einkommensteuerliche Mindereinnahmen von € 120 Mio. folgen. Auch die Ableitung aus dem Maximalbetrag der Körperschaftsteuerstatistik 2004 in Höhe von € 0,87 Mrd. ergäbe eine Einbuße bei der Einkommensteuer von lediglich € 175 Mio.¹⁴²

Obleich keine Gründe für eine Veränderung des Verhältnisses von einkommen- und Körperschaftsteuerlicher Mindestbesteuerung seit 2004 ersichtlich sind, die entsprechenden Relationen aus der 2003er Gesetzesbegründung also weiterhin belastbar scheinen, wird im Folgenden aus Vorsichtsgründen von einkommensteuerlichen Mindereinnahmen von € 0,4 Mrd. ausgegangen. Aufgrund dieser erheblichen Abweichung von € 0,3 Mrd., die sich zu der Ableitung aus den Körperschaftsteuerschätzungen des BMF ergibt, bzw. € 0,2 Mrd., die im Vergleich zu der Berechnung aus den Maximalbeträgen gemäß Körperschaftsteuerstatistik besteht, erscheint ein weiterer Sicherheitspuffer verzichtbar. So betragen bereits die einkommensteuerlichen Unterschiedsbeträge

10-15% der gesamten Aufkommenswirkungen, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

Nach den Aufkommensüberlegungen des BMF hätte eine Streichung der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG im Ergebnis Mindereinnahmen von insgesamt rund € 1,8 Mrd. zur Folge, nämlich € 600 Mio. Körperschaftsteuer,

¹⁴⁰ $\text{€ 600 Mio. KSt.-Mindeststeuer (vgl. Fn. 131) } * \frac{1}{3} \text{ ESt/KSt } * ([45\% \text{ ESt} - 14\% \text{ GewSt}] / 15\% \text{ KSt}) = \text{€ 400 Mio.}$

¹⁴¹ Vgl. Entwurf Korb-II-Gesetz (Fn. 87), BT-Drucks. 15/1518 S. 11. Einkommensteuerlichen Mehreinnahmen von € 75, 145, 120, 75 sowie 35 Mio. sollte eine Erhöhung des Körperschaftsteueraufkommens von € 360, 725, 650, 420 und 200 Mio. gegenüberstehen.

¹⁴² Dies würde ungefähr einem – vielleicht plausibleren – Anteil des 60%-igen Verlustabzugs gem. § 10d Abs. 2 EStG von nur 10% am gesamten einkommensteuerlichen Verlustabzug entsprechen, vgl. Fn. 139.

€ 800 Mio. Gewerbesteuer und – sehr konservativ geschätzt – € 400 Mio. Einkommensteuer.¹⁴³ Die Maximalbeträge, die sich aus einer Auswertung der einschlägigen Steuerstatistiken ergeben, belaufen sich auf insgesamt € 2,5 Mrd., nämlich € 870 Mio. Körperschaftsteuer, € 1.240 Mio. Gewerbesteuer und € 420 Mio. Einkommensteuer. Bei konservativer Betrachtung ist somit von einem maximalen Aufkommen aus der Mindestbesteuerung von € 1,8-2,5 Mrd. bzw. € 2–2½ Mrd. auszugehen. Ein weiterer Sicherheitsabschlag dürfte in Anbetracht der Annahme eines einkommensteuerlichen Aufkommens von € 0,4 Mrd. erlässlich sein, würde sich dieser Betrag bei einer (plausiblen) Fortführung des Verhältnisses von einkommen- und körperschaftsteuerlichen Mehreinnahmen aus der 2003er Schätzung des Gesetzgebers doch nur auf € 120-175 Mio. belaufen.

Kein Stetigkeitsgewinn im Konjunkturverlauf

Entgegen der Gesetzesbegründung zur Mindestbesteuerung¹⁴⁴ können die Mehreinnahmen hieraus übrigens nicht für sich in Anspruch nehmen, die Stetigkeit der Staatseinnahmen zu gewährleisten. Hierzu ist nicht nur der Anteil des Aufkommens aus der Mindestbesteuerung mit üblicherweise weniger als 5% an den gesamten Einnahmen aus der Körperschaft- und Gewerbesteuer zu niedrig. Vielmehr wirkt sich die Mindestbesteuerung gerade in konjunkturellen Krisenzeiten, in denen die Stetigkeit der staatlichen Einnahmen (im Sinne möglichst geringer krisenbedingter Mindereinnahmen) besonders wichtig sein dürfte, bereits konzeptionell nicht stabilisierend aus. So dürfte in schlechten Jahren der Anteil der Steuerpflichtigen steigen, die sich in einer Verlustsituation befinden. Bei negativen laufenden Ergebnissen aber zeitigt die Mindestbesteuerung keinen Aufkommenseffekt. So setzen Steuer Mehreinnahmen aus einer Beschränkung der Nutzbarkeit von Verlustvorträgen positive laufende Einkünfte voraus, werden doch anderenfalls ohnehin keine Steuern geschuldet.

2. Haushaltsverträgliche Alternativen zur Mindestbesteuerung

Seit Einführung der Mindestbesteuerung befindet sich die Verlustverrechnung in Deutschland in einem systematisch unbefriedigenden Zustand. Dies bestreiten auch die Befürworter von §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG in Finanzverwaltung sowie Finanz- und Kommunalpolitik nicht, werden doch

¹⁴³ Allein die einkommensteuerlichen Mindereinnahmen wurden vom BMF in Ermangelung der Vorabzuleitung entsprechender Berechnungen nicht bestätigt.

¹⁴⁴ Vgl. Entwurf Korb-II-Gesetz (Fn. 87), BT-Drucks. 15/1518 S. 13 („nur so [mit § 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG] auf Dauer Verstetigung der Staatseinnahmen gewährleistet“).

ausschließlich fiskalische Gründe für die Mindestbesteuerung angeführt.¹⁴⁵ Referenzmodell einer steuersystematisch überzeugenden Neuordnung der Verlustverrechnung in Deutschland ist die Abschaffung der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG, da allein hierdurch das objektive Nettoprinzip in uneingeschränkter Weise verwirklicht wird. Fraglich ist jedoch, ob ein ersatzloser Verzicht auf die Mindestbesteuerung fiskalisch verkraftbar ist. Angesichts der vergleichsweise geringen Aufkommenswirkung von §§ 10d Abs. 2; 10a GewStG dürfte diese Frage zwar eigentlich zu bejahen sein, letztlich ist dies aber eine haushaltspolitische Einschätzung. Die Verneinung der Haushaltsverträglichkeit ist Grundlage der alternativen Überlegungen in den nachfolgenden Abschnitten b), c), d) und e).

Hierbei handelt es sich zunächst um die zeitliche Begrenzung der Vortragsfähigkeit von Verlustvorträgen z.B. auf 5, 7, 10 oder auch 15 Jahre, vgl. Abschnitt b). Ein „Abschneiden“ von Verlusten durch Zeitablauf scheint sich gerade bei Angehörigen der Finanzverwaltung einer gewissen Sympathie zu erfreuen.¹⁴⁶ Eine zeitliche Verlustvortragsbegrenzung entbehrt im Ergebnis aber nicht nur einer steuersystematischen Schlüssigkeit. Sie dürfte auch den Anforderungen des Grundgesetzes nicht genügen, droht doch ein endgültiger Untergang von Verlustvorträgen mit der Folge, dass unstrittige Erwerbsaufwendungen im Ergebnis steuerlich nicht geltend gemacht werden können.

Darüber hinaus wäre eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags auch fiskalisch unergiebig. So wären die Aufkommenseinbußen, die in den ersten Jahren mit diesem Ersatz der Mindestbesteuerung einhergingen, ebenso hoch wie die Mindereinnahmen eines ersatzlosen Verzichts auf §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG. Die Mehreinnahmen aus der „Verlustkappung“ würden sich nämlich erst nach z.B. sieben Jahren einstellen. Infolgedessen läge eine Fortführung der Mindestbesteuerung jedenfalls für den Übergangszeitraum haushalterisch nahe. In der Folge könnten Verlustvorträge, die zu „verfristen“ drohen, nicht in zukünftige Abschreibungen verwandelt werden, da eine Realisierung stiller Reserven zwecks „refreshing“ der Verlustvorträge eine (40%-ige) Steuerzahlungspflicht begründen würde.

Abschnitt c) erörtert einen – im Ergebnis steuersystematisch und gleichheitsrechtlich ebenfalls unbefriedigenden – Ansatz, der im Hinblick auf Altverluste zwischen „guten“, d.h. wirklich wirtschaftlich erlittenen Verlusten und

¹⁴⁵ Vgl. Nachweise in Fn. 144.

¹⁴⁶ Vgl. Nachweise in Fn. 156.

„schlechten“, d.h. „rein künstlichen“ bzw. „artifizialen“ negativen Einkünften unterscheiden würde. Letztlich dürfte eine solche Differenzierung bereits an administrativen Gründen scheitern, bezöge sie sich doch auf Veranlagungszeiträume, für die die Aufbewahrungsfristen häufig schon abgelaufen sind.

Die Abschnitte d) und e) behandeln hingegen Modifikationen der Verlustverrechnungsregelungen, die auch bei äußerst angespannter Haushaltslage als realistische steuerpolitische Optionen in Betracht kommen sollten. So wird zunächst eine Beschränkung der gegenwärtigen Mindestbesteuerung auf Altverluste erörtert, d.h. solche negativen Einkünfte, die bis 2010 entstanden sind – oder womöglich auch bis einem früheren Zeitpunkt, z.B. der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens oder der Finanzkrise 2008/09. Gänzlich ohne Steuerermindereinnahmen im Reformjahr, in dem noch keine Neuverluste zum vollumfänglichen Abzug zur Verfügung stünden, und weitgehend haushaltsschonend auch in den Folgeperioden – gerade wenn 2011 erwartungsgemäß ein Aufschwungjahr ohne allzu hohe Verluste werden sollte – würde Deutschland langsam, aber kontinuierlich aus der Mindestbesteuerung herauswachsen („*Phasing Out*“). Altverluste aber blieben ebenso „mindestbesteuerungsverhaftet“, wie dies derzeit der Fall ist.

Als alternativer „Einstieg in den Ausstieg“ aus der Mindestbesteuerung, der ebenfalls haushaltsverträglich sein sollte, erscheint ein ratierliches Abschmelzen über z.B. vier oder acht Jahre ratsam. In 5%- oder 10%-Punkte-Schritten würde die Mindestbesteuerung zunächst auf das österreichische Niveau von 25% abgesenkt und gehörte in absehbarer Zukunft vollumfänglich der Vergangenheit an.

Ein Zwischenfazit in Abschnitt 3 spricht sich unter der Bedingung, dass eine sofortige Abschaffung der Mindestbesteuerung trotz der mit maximal € 2–2½ Mrd.¹⁴⁷ eher geringen Mindereinnahmen als fiskalisch nicht verkräftbar erachtet wird, für eine Kombination von *Phasing Out* und Abschmelzen der Mindestbesteuerung aus. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG würden auf Altverluste beschränkt und ihre Intensität zudem ratierlich reduziert, z.B. um 5 %-Punkte p.a. Die öffentlichen Haushalte sollten durch eine solche doppelte Übergangsregelung mit Mindereinnahmen von anfangs allenfalls € 0,3 Mrd.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Vgl. oben Abschn. IV.1.b)bb).

¹⁴⁸ Im ersten Jahr wirkt sich die Beschränkung der Mindestbesteuerung auf Altverluste, d.h. ihre Abschaffung für Neuverluste, fiskalisch überhaupt nicht aus, vgl. unten Abschn. d)bb). Bei einem ratierlichen Abschmelzen in Höhe von 5%-Punkten p.a. betragen die Mindereinnahmen im ersten Jahr 12,5% der gesamten Aufkommenswirkung der Mindestbesteuerung, die sich auf max. € 2–2½ Mrd. belaufen sollten, also rund € 280 Mio (vgl. unten Abschn. e)bb).

nicht übermäßig beansprucht werden. Die negativen Anreizwirkungen der Mindestbesteuerung wären hingegen unverzüglich behoben und auch Altverluste zumindest mittelfristig in systemgerechter Weise behandelt.

a) Ersatzloser Verzicht auf die Mindestbesteuerung?

aa) Steuersystematisches Referenzmodell

Unstreitig ist, dass eine betragsmäßige Begrenzung der überperiodischen Verlustverrechnung in Form einer Mindestbesteuerung steuersystematisch verfehlt ist. Soweit ersichtlich, ist das Referenzmodell einer im Allgemeinen unbeschränkten Verrechenbarkeit von Gewinnen der Periode 2 mit Verlusten der Periode 1 auch in jeder Steuerrechtsordnung weltweit außer der deutschen, österreichischen und polnischen¹⁴⁹ verwirklicht.

Steuersystematische Grundlage der Verrechenbarkeit laufender Gewinne mit Verlusten der Vergangenheit ist zusammengefasst, dass eine bestuerungswürdige Gesamtleistungsfähigkeit fehlt. Wer in Periode 1 einen Verlust von 100 erleidet und in Periode 2 einen Gewinn von 100 erzielt, dem sollten in Ermangelung eines Reinvermögenszugangs keine steuerlichen Lasten zugeteilt werden. Genau dies geschieht gem. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG aber. Wegen der nur 60%-igen Minderung der positiven Einkünfte aus Periode 2 durch negative Einkünfte der Periode 1 unterliegt in Periode 2 eine Bemessungsgrundlage von 40 der Besteuerung. Ob sich dieser steuerliche Nachteil in zukünftigen Perioden ausgleicht, ist jedenfalls für den Zinsnachteil aus der Mindestbesteuerung zu verneinen und hängt im Übrigen von der – naturgemäß unsicheren – Ergebnissituation in der Zukunft und deren Volatilität ab. Eine

¹⁴⁹ Anders als Deutschland und Österreich begrenzt Polen nicht die positiven Einkünfte, die mit Verlustvorträgen verrechnet werden können, sondern verfährt umgekehrt. In einem Veranlagungszeitraum können also nur 50% des gesamten Verlustvortrags verbraucht werden; bei einem ausreichend hohen Verlustvortrag ist demnach durchaus – anders als in Deutschland oder Österreich – auch bei laufenden positiven Einkünften eine steuerliche Bemessungsgrundlage von null denkbar. Die Mindestbesteuerung in den USA (*alternative minimum tax, AMT*) stellt weniger eine allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkung dar als den Versuch, „unechte“ Verluste z.B. infolge überhöhter Abschreibungsbeträge zu korrigieren. Im unternehmenssteuerlichen Bereich beträgt die Mindestbesteuerung wegen weitgehender Identität der Bemessungsgrundlagen somit regelmäßig nur 2%, die sich aus einem AMT-Steuersatz von 20% und einer 90%-igen Abzugsbeschränkung für AMT-Verlustvorträge ergeben. Die US-Regelung entspricht somit einer 5%-igen Mindestbesteuerung nach deutschem Muster (10% Abzugsverbot Verlustvorträge * 20% statt rund 40% Steuersatz), was vernachlässigenswert gering erscheint.

Kompensation kann schon allein deshalb nicht als gegeben angesehen werden, weil bei 40%-iger Mindestbesteuerung positive Einkünfte benötigt werden, die das 1,67-fache der akkumulierten negativen Einkünfte betragen¹⁵⁰, vgl. dazu oben Abschn. 1.a)bb)).

bb) Mindereinnahmen wohl verkraftbar

Wie oben in Abschnitt 1.b)bb) hergeleitet, würden Einkommen-, Körperschaft- und Gewerbesteuer bei Abschaffung der Mindestbesteuerung voraussichtlich um insgesamt maximal € 2–2½ Mrd. p.a. sinken.

Dieser Betrag entspricht 3,6% und 4,0% des Aufkommens aus der Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer (nicht Einkommensteuer) der Jahre 2007 und 2008 sowie 6,3% der 2009er Einnahmen, die konjunkturkrisenbedingt um 37% bzw. 43% gegenüber den Vorjahreswerten von € 57 Mrd. bzw. € 63 Mrd. eingebrochen sind.¹⁵¹ Im Vergleich zum Durchschnittswert der letzten fünf bzw. zehn Jahre ergibt sich ein Aufkommensanteil der Mindestbesteuerung von 4,2% bzw. 5,1% hinsichtlich Körperschaft- und Gewerbesteuer. Prozentsätze im mittleren einstelligen Bereich bei zwei Steuerarten, die anders als die Einkommen- und Umsatzsteuer zu den eher kleineren Finanzierungsquellen des Staates zählen und sich ohnehin durch eine hohe Schwankungsbreite auszeichnen, erscheinen fiskalisch verkraftbar.

Auch vor dem Hintergrund der Mindereinnahmen von insgesamt jährlich € 17,8 Mrd., die mit dem Bürgerentlastungs-¹⁵² und Wachstumsbeschleunigungsgesetz¹⁵³ ab 2010 einhergehen, erscheinen maximal € 2–2½ Mrd. mit 12-14% vergleichsweise wenig, gerade angesichts der beachtlichen steuersystematischen, anreiztheoretischen und damit innovations- und wachstumsfördernden sowie wirtschaftskrisenbezogenen Vorteile, die mit einer Abschaffung der Mindestbesteuerung verbunden wären.¹⁵⁴

Dessen ungeachtet werden in Anbetracht womöglich sehr geringer zukünftiger haushalterischer Spielräume nachfolgend Alternativen zu einem sofortigen

¹⁵⁰ Vgl. zu einem Berechnungsbeispiel Fn. 103.

¹⁵¹ Vgl. Nachweise in Fn. 116.

¹⁵² Bürgerentlastungsgesetz vom 16.07.2009, BGBl. I S. 1959 (Entlastungsvolumen € 9,3 Mrd.).

¹⁵³ Vgl. Fn. 7 (Entlastungsvolumen € 8,5 Mrd.).

¹⁵⁴ Dies gilt insbesondere auch in Anbetracht der € 1½ Mrd., die allein der erste Schritt einer steuerlichen Förderung von Forschung und Entwicklung kosten soll, vgl. Handelsblatt v. 26.04.2010 sowie Fn. 107.

bzw. ersatzlosen Verzicht auf die Mindestbesteuerung erörtert. Könnten die Mindereinnahmen hierbei z.B. auf einen mittleren dreistelligen Millionenbetrag gesenkt werden, dürfte ein Ausstieg aus der Mindestbesteuerung in jedem Falle haushaltsverträglich sein.

b) Zeitliche Begrenzung Verlustvortrag – „Kappung“ nach 5, 7, 10 Jahren?

Forderungen nach einer Neuordnung der Verlustverrechnung werden regelmäßig die „Berge“ an Verlustvorträgen entgegengehalten, die mit rund € 60 Mrd. bei der Einkommensteuer, € 473 Mrd. bei der Körperschaftsteuer und € 569 Mrd. bei der Gewerbesteuer Ende 2004 – und damit vor der Finanzkrise 2008/2009 – in der Tat zunächst besorgniserregend wirken.¹⁵⁵ Was liegt da näher als der Gedanke, sich dieses fiskalischen Drohpotenzials durch schlichten Zeitablauf zu entledigen, also eine „Kappung“ der Verlustvorträge nach z.B. sieben Jahren?¹⁵⁶

Diesem Gedanken fehlt allerdings nicht nur die steuersystematische Rechtfertigung. Seine Umsetzung würde jedenfalls in den ersten sieben Jahren auch nicht mit Mehreinnahmen einhergehen, die die Mindereinnahmen aus der Ab-

¹⁵⁵ Vgl. hierzu sowie zu einer Extrapolation dieser Daten auf 2010 oben Abschn. IV.1.b)aa).

¹⁵⁶ Vgl. z.B. *Müller-Gatermann*, Ubg 2010 S. 153 (158): „[D]er Verlustvortrag wird für zukünftige Verluste auf sieben Jahre begrenzt [...]; hinsichtlich der bisher angelaufenen Altverluste ist zu prüfen, ob diese im Rahmen einer Übergangsregelung abgeschnitten oder nach dem geltenden Regelungswerk fortgeführt werden können. Letztere Alternative dürfte jedoch eine erhebliche Komplizierung bedeuten, da insofern altes Recht lange Zeit neben den neuen Regelungen fortgelten würde. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein Abschneiden der Altverluste könnten jedoch zu diesem Vorgehen zwingen.“ Mit *Möhlenbrock* schlägt ein weiterer Angehöriger der Finanzverwaltung eine „Verlustkappungsregelung“ vor, wonach „einmal entstandene Verluste mit Ablauf eines bestimmten Zeitraums ab ihrer Entstehung verfallen [würden], soweit sie bis dahin nicht oder nicht vollständig genutzt wurden“ (Ubg 2010 S. 256 (259, 265)). Ein „vollständiger Untergang des Verlusts mit Ablauf eines bestimmten Zeitraums nach seiner Entstehung würde nicht nur zu einer Vereinfachung im Bereich der Verlustnutzung führen, sondern auch das Problem der überbordenden Verlustvorträge deutscher Unternehmen auf längere Sicht lösen“. Vgl. auch *ders.*, DStJG 33 (2010) S. 339 (357) zu einer solchen „Verlustkappungsregelung“: „Einmal entstandene Verluste würden mit Ablauf eines bestimmten Zeitraums ab ihrer Entstehung verfallen, soweit sie bis dahin nicht oder nicht vollständig genutzt wurden.“ Auch *Rödler* scheint eine zeitliche Begrenzung der Verlustvortragsverrechnung für „ggf. akzeptabel“ zu erachten, möchte sie aber auf Neuverluste begrenzt wissen (Ubg 2010 S. 162 [166]). Vgl. auch *Kirchhof u.a.*, Karlsruher Entwurf zur Reform des Einkommensteuergesetzes, 2001, DStR 2001 S. 917, der die Abschaffung des Verlustrücktrags sowie eine Begrenzung des Verlustvortrags auf fünf Jahre vorschlägt. Krit. hierzu z.B. *Berg/Schmich*, DStR 2002 S. 346 (347).

schaffung der Mindestbesteuerung kompensieren könnten (fiskalische Unergiebigkeit). Schließlich ist eine zeitliche Begrenzung von Verlustvorträgen auch verfassungsrechtlich höchst fragwürdig, können Erwerbsaufwendungen doch womöglich endgültig nicht steuerlich geltend gemacht werden.

aa) Fehlende steuersystematische Rechtfertigung

Aus steuersystematischer Sicht ist nicht erfindlich, warum ein Verlust nur mit Gewinnen der nächsten z.B. fünf oder sieben Jahren verrechenbar sein sollte, nicht aber mit positiven Einkünften, die in sechs, acht, zwölf oder auch zwanzig Jahren erwirtschaftet werden.

Leistungsfähigkeit und (unbegrenzte) interperiodische Verlustverrechnung

Verluste, die in der Vergangenheit verkraftet werden mussten (wie weit diese auch zurückliegen mag), haben die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen in gleicher Weise gemindert wie negative Einkünfte der gegenwärtigen oder einer unmittelbar vorangehenden Besteuerungsperiode. Bei Einbeziehung von Steuerbarwertüberlegungen bzw. Inflationsgesichtspunkten wäre die Verrechnung von Verlusten, die bereits vor längerer Zeit erlitten wurden, z.B. durch eine Verzinsung von Verlustvorträgen¹⁵⁷ sogar noch aufzuwerten.

So ist die reale Minderung der Leistungsfähigkeit bei einem Verlust von 100, der vor 10 Jahren entstanden ist, wegen der Geldentwertung höher als bei gegenwärtigen negativen Einkünften von 100. Spiegelbildlich erfährt der Inhaber von Verlusten aus der fernerer Vergangenheit einen nicht unerheblichen Zinsnachteil gegenüber einem Steuerpflichtigen, der seine Verluste z.B. infolge geringerer Ergebnisschwankungen oder einer insgesamt besseren Ertragslage zeitnäher mit positiven Einkünften verrechnen kann. So nimmt der Barwert des Steuervorteils aus einem Verlustvortrag in dem Maße ab, in dem sein Verbrauch in die Zukunft verschoben wird. Ein Verlust aus Periode 01, der bereits in Periode 03 genutzt werden kann, weist einen höheren Gegenwartswert auf als ein betragsidentischer Verlust, dem erst in Periode 15 ausreichend hohe positive Einkünfte gegenüberstehen.

Auch im Übrigen gelten die Ausführungen zur Steuersystematik der interperiodischen Verlustverrechnung¹⁵⁸ nicht nur für fünf oder sieben Jahre, sondern

¹⁵⁷ Vgl. Nachweis in Fn. 14.

¹⁵⁸ Vgl. dazu insbesondere oben Abschn. IV.1.a).

zeitlich unlimitiert. So kommt es auch bei einer strikt periodenbezogenen Betrachtung, in der der Verlustvortrag als Surrogat der fehlenden Negativität des Einkommensteuertarifs gerechtfertigt ist, nicht darauf an, wie viele Jahre zwischen der Verlustentstehung und der Verlustnutzung liegen; selbst Befürworter einer „gegenwartsnahen“ Besteuerung fordern eine zeitlich unbegrenzte Verlustverrechnung innerhalb einzelner Einkunftsquellen und bei „echten“ Verlusten.¹⁵⁹ Aus Sicht des Leistungsfähigkeitsprinzips ist es hierbei unerheblich, ob die Verluste der einen Periode in einem Veranlassungszusammenhang mit Gewinnen einer anderen Periode stehen.¹⁶⁰ So liefe die Erforderlichkeit eines solchen Zusammenhangs auf eine schedulenhafte Besteuerung verschiedener Einkunftsquellen hinaus, die nicht dem Leitbild einer synthetischen Einkommensteuer entspricht. Soll beim (überperiodischen) Verlustabzug vom Prinzip der synthetischen Einkommensteuer abgewichen werden, die die gesamte Leistungsfähigkeit zu erfassen sucht¹⁶¹, wäre aus Symmetriegründen auch beim (innerperiodischen) Verlustausgleich ein solcher einkunftsquellenbezogener Zusammenhang geboten.

Rechtssicherheit, Typisierung und Vereinfachung

Eine zeitliche Begrenzung der Verlustvortragsfähigkeit kann auch nicht dem Gedanken der Rechtssicherheit entnommen werden, die ein wesentliches Ziel der Abschnittsbesteuerung ist. So wird der jeweilige Bestand des Verlustvortrags abschließend am Ende eines jeden Veranlagungszeitraums betragsmäßig ermittelt, für Rechtsunsicherheiten z.B. aufgrund von Auslegungsschwierigkeiten verbleibt kein Raum. Daher kann den allgemeinen Ausführungen des Beschlusses des BVerfG vom 22.07.1991 zur Fünfjahresbegrenzung von Verlustvorträgen gem. § 10d Abs. 4 EStG 1976 zwar gefolgt werden, wonach die Abschnittsbesteuerung „Überschaubarkeit und Klarheit bezüglich des Sachverhalts und der anzuwendenden steuerlichen Vorschriften“ schaffe, da die „Grundlage der Besteuerung alljährlich neu festzustellen und damit Sachverhalt wie Rechtslage neu zu prüfen“ seien¹⁶². Ein konkreter inhaltlicher Zu-

¹⁵⁹ Vgl. Nachweise in Fn. 30.

¹⁶⁰ Dass gegen ein solches Erfordernis bereits die Ermittlungslogik des EStG spricht, die zunächst den Gesamtbetrag der Einkünfte als Summe aller positiven und Einkünfte berechnet, um erst anschließend einen etwaigen Verlustvortrag abzuziehen, führt zutreffenderweise *Möhlenbrock* in *DStJG* 33 (2010) S. 339 (354) aus, vgl. hierzu auch Fn. 99.

¹⁶¹ Vgl. *Lang*, in *Tipke/Lang*, *Steuerecht* (Fn. 21), § 9 Rz. 1.

¹⁶² Vgl. BVerfG-Beschluss v. 22.07.1991 – 1 BvR 313/88, *DStR* 1991 S. 1278.

sammenhang mit Verlustvortragszahlen, die an Sachverhaltsklarheit und rechtlicher Bestimmtheit (infolge jährlicher gesonderter Feststellung) ihresgleichen suchen, ist aber nicht recht erkennbar.¹⁶³

Die Rechtfertigung einer zeitlichen Verlustkappung als Typisierungsnorm liegt ebenfalls fern. Angesichts uneinheitlicher, d.h. branchenabhängiger Konjunkturzyklen, Produktwechsel und Investitionszeiträumen mit Abschreibungsdauern von bis zu 20 Jahren ist nicht ersichtlich, dass die Verluste eines ganz überwiegenden Teils der Steuerpflichtigen nach einem Zeitraum von z.B. fünf oder sieben Jahren abgebaut sind. Zudem fehlt es aufgrund der leichtgängigen Administrierbarkeit von gesondert festgestellten Verlustvorträgen, die jährlich durch simple Addition fortgeschrieben werden, an Vereinfachungswirkungen, die mit einer zeitlichen „Verlustkappung“ einhergehen würden. Solche aber sind Voraussetzung einer auf dem Praktikabilitätsprinzip basierenden Rechtfertigung als Vereinfachungszwecknorm¹⁶⁴, um gegen die jeder Typisierung immanenten Ungerechtigkeiten im Einzelfall abgewogen zu werden.

Temporäre vs. permanente Effekte – Mindestbesteuerung vs. Verlustkappung

Im Hinblick auf eine zeitliche Begrenzung von Verlustvorträgen als Ersatz für die betragsmäßige Begrenzung via Mindestbesteuerung¹⁶⁵ gilt steuersystematisch, dass insoweit nur vordergründig ein Zusammenhang besteht. So handelt es sich bei der Mindestbesteuerung der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG um einen temporären Effekt, während eine „Kappung“ nach z.B. sieben Jahren permanenter Natur wäre, würde der Verlustvortrag doch endgültig untergehen. In Ermangelung finaler Auswirkungen auf die Bemessungsgrundlage können temporäre Effekten mit permanenten Effekten aber nur hinsichtlich ihrer Zinswirkung verglichen werden. Systematisch verwandt sind der Mindestbesteuerung hingegen Regelungen zur Abschreibungsdauer oder Rückstellungsbildung, die ebenfalls „nur“ temporärer Natur sind. Gerade aus lebenszeitlicher Sicht wird dieser Unterschied besonders deutlich: Während die Mindestbesteuerung unter der Annahme einer unbegrenzten Lebensdauer und eines Gesamtgewinns wegen des „Vorauszahlungscharakters“ der Abschnittsbesteuerung nur vorübergehend und damit über die Totalperiode gar nicht wirkt, gilt dies nicht für eine zeitliche Verlustkappung. Diese hätte bereits bei

¹⁶³ Krit. insoweit auch *Berg/Schmich*, DStR 2002 S. 346 (348).

¹⁶⁴ Vgl. *Lang*, in *Tipke/Lang*, Steuerrecht (Fn. 21), § 4 Rz. 123, 130 ff.

¹⁶⁵ In diesem Sinne z.B. *Müller-Gatermann*, Ubg 2010 S. 153 (158) sowie *Möhlenbrock*, Ubg 2010 S. 256 (259, 265).

länger anhaltender Ergebnisschwäche eine endgültige Nichtberücksichtigung von Erwerbsaufwendungen zur Folge.

Hohe Altverlustbestände:

„Unechte“ Verluste, unabsehbare Aufkommensrisiken?

Eine zeitliche Verlustkappung wäre aber wohl ohnehin nicht steuersystematisch motiviert, sondern der Sorge vor den hohen Altverlustbeständen geschuldet, und zwar vielleicht aus zwei Gründen. Zum einen mag die Vorstellung vorherrschen, dass ein signifikanter Anteil der Altverluste keine realen wirtschaftlichen Einbußen widerspiegelt. Zum anderen werden womöglich Haushaltsrisiken aus einer „unkontrollierten Verlustnutzung“¹⁶⁶ gefürchtet. Dass aus heutiger Sicht „rein künstliche“ Verluste der Vergangenheit keine allgemeine Beschränkung der Verlustverrechnung begründen können, sondern – wenn überhaupt – zielgerichtet zu adressieren wären, folgt schon aus dem Umstand, dass anderenfalls „wirkliche“ wirtschaftliche Verluste „in Geiselhaft“ genommen würden, vgl. unten Abschnitt c).

Auch fiskalische Risiken sind aber nicht geeignet, eine zeitliche Verlustkappung zu rechtfertigen. So weisen die in der Tat sehr hohen Altverluste zum einen keinen Konnex zu dem tatsächlichen Verlustabzug auf, der allein die Steueraufkommenswirkungen bestimmt, vgl. oben Abschnitt 1.b)b). Zum anderen ginge eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags in den nächsten Jahren, mit keinerlei Mehreinnahmen einher¹⁶⁷, um z.B. die Mindereinnahmen aus der Abschaffung der Mindestbesteuerung zumindest teilweise zu kompensieren, vgl. nachfolgenden Abschnitt bb).

bb) Fiskalische Unergiebigkeit

Auf den ersten Blick erscheint eine zeitliche Begrenzung der Verlustvortragsfähigkeit in besonderem Maße geeignet, etwaige Aufkommensrisiken aus den Verlustvortragsbeständen im hohen dreistelligen Mrd.-Bereich zu reduzieren.

¹⁶⁶ Möhlenbrock, DSuJG 33 (2010) S. 339 (344).

¹⁶⁷ Hierbei wird davon ausgegangen, dass eine Übergangsregelung den Untergang von Altverlusten in der Vergangenheit, d.h. vor Inkrafttreten der neuen Regelung, verhindern würde, d.h. den z.B. 7-jährigen Fristlauf mit der Gesetzesänderung beginnen ließe. Selbst wenn dies nicht der Fall wäre, dem Steuerpflichtigen mit Altverlusten also keinerlei Dispositionsmöglichkeiten blieben (mit entsprechenden verfassungsrechtlichen Implikationen), würden Mehreinnahmen nur erzielt, soweit ein Steuerpflichtiger nicht über ausreichend Verlustvorträge aus den letzten sieben Jahren verfügt, um seine gegenwärtigen positiven Einkünfte zu verrechnen.

Bei einer Frist von z.B. sieben Jahren, die auch – so der vermutliche fiskalische Wunsch¹⁶⁸ – auf Altverluste Anwendung finden würde, erschienen die „Verlustberge“ zunächst einmal durch Zeitablauf abgetragen, auch wenn der fiskalisch relevante Teil der Verlustvorträge vermutlich durch Aufdecken stiller Reserven in zukünftiges Abschreibungspotenzial verwandelt worden wäre.

Im Vergleich zum Status Quo oder einer Fortführung der Mindestbesteuerung allein für Altverluste¹⁶⁹ ginge eine zeitliche „Kappung“ von Verlustvorträgen allerdings in den ersten Jahren mit genau jenen Mindereinnahmen einher, die aus einer ersatzlosen Abschaffung der Mindestbesteuerung resultieren würden¹⁷⁰. Während sich der positive Aufkommenseffekt aus der Verlustkappung erst in 7 Jahren einstellen würde, könnten die Steuerpflichtigen Altverluste ab dem Jahr der Systemumstellung wieder vollumfänglich mit Gewinnen verrechnen.

Dieser Aufkommenszusammenhang, d.h. die fiskalische Gleichwertigkeit einer ersatzlosen Abschaffung der Mindestbesteuerung und ihrer Ersetzung durch eine zeitliche Verlustkappung, dürfte den Gesetzgeber zu Gegenmaßnahmen motivieren – ist doch Ausgangspunkt der in den Abschnitten b) bis e) dargestellten Alternativkonzepten die Annahme, dass ein sofortiger Wegfall des Aufkommens aus der Mindestbesteuerung fiskalisch *nicht* verkraftbar ist.

Als wohl realistischste Gegenreaktion bzw. Vorbeugemaßnahme des Gesetzgebers erscheint eine kumulative Fortführung der Mindestbesteuerung für Altverluste im Übergangszeitraum.¹⁷¹ Neben eine Fünf-, Sieben- oder Zehnjahresbegrenzung für Altverluste träte die gegenwärtige Mindestbesteuerung, und zwar aus fiskalischer Sicht sogar verständlicherweise, fehlt es in den ersten Jahren doch an jedweden Mehreinnahmen aus der Verlustkappung, die die Mindereinnahmen aus der Abschaffung der Mindestbesteuerung kompensieren könnten. Altverluste wären dann aber sogar bei ausreichenden stillen Reserven vom Untergang bedroht. So könnten Verlustvorträge nur noch um den

¹⁶⁸ Vgl. in diesem Sinne *Müller-Gatermann*, Ubg 2010 S. 153 (158); *Möhlenbrock*, Ubg 2010 S. 256 (259).

¹⁶⁹ Vgl. zu dieser steuerpolitischen Option nachfolgend Abschn. d).

¹⁷⁰ Vgl. hierzu oben Abschn. IV.1.b)bb).

¹⁷¹ Diese Befürchtung teilt wohl auch *Lüdicke*, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 321, der im Hinblick auf eine zeitliche Verrechnungsbegrenzung für Altverluste ausführt: „U.E. ist dies schon im Ausgangspunkt nur diskutabel, wenn während der ‚Restlaufzeit‘ eine uneingeschränkte Verrechnung mit Gewinnen zulässig ist, die nicht durch die Mindestbesteuerung beschränkt wird.“

Preis einer tatsächlichen (Mindest-)Steuerzahlung in zukünftiges Abschreibungspotenzial verwandelt werden. Erfolgswirksame, aber steuerverzinsungsneutrale Umstrukturierungen wie Verschmelzungen, Einbringungen oder Spaltungen zum gemeinen Wert oder (gruppeninterne) Veräußerungen z.B. des Kundenstamms oder anderer abschreibungsfähiger Wirtschaftsgüter zwecks „refreshing“ der Altverluste innerhalb des z.B. siebenjährigen Kappungszeitraums wären nicht länger möglich.

cc) Verfassungsrechtliche Zweifelhafte

Sollte eine „Verlustkappungsregelung“ trotz fehlender steuersystematischer Rechtfertigung sowie fiskalischer Ergiebigkeit eingeführt werden, würde sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer zeitlichen Begrenzung des Verlustvortrags stellen.

Für eine Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG, der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG sowie dem Übermaßverbot spricht insbesondere, dass der 1. Senat des BVerfG eine entsprechende Regelung in § 10d Abs. 4 EStG 1976, die bis in die 80er Jahre Anwendung fand, in seinem Beschluss vom 22.07.1991¹⁷² für verfassungsgemäß erachtet hat. Hieraus wird im – insoweit spärlichen – Schrifttum teilweise abgeleitet, dass die interperiodische Verlustverrechnung verfassungsrechtlich nur in einem Kernbereich geschützt sei, zu dem die zeitlich unbegrenzte Vortragsfähigkeit nicht zähle.¹⁷³

Für die Verfassungsmäßigkeit lässt sich womöglich auch anführen, dass einige ausländische Steuerrechtsordnungen ebenfalls eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags vorsehen. In diesen Staaten dürfte die verfassungsrechtliche Bindung des Gesetzgebers an den Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder das Folgerichtigkeitsgebot allerdings weniger stark ausgeprägt sein als in Deutschland.¹⁷⁴

¹⁷² Vgl. BVerfG-Beschluss v. 22.07.1991 – 1 BvR 313/88, DStR 1991 S. 1278. Hierauf Bezug nehmend z.B. BFH-Urteil v. 31.03.2004 – X R 25/03, BFH/NV 2004 S. 1212 (1214).

¹⁷³ So *Franz Dötsch*, DStR 2008 S. 641 (643): „Somit wäre der Gesetzgeber m.E. nicht einmal daran gehindert, zu einer zeitlichen Begrenzung des Verlustabzugs zurückzukehren, um die durchschnittliche Leistungsfähigkeit in einem fest umrissenen zeitlichen Rahmen zu berücksichtigen.“ Ebenso *Witt*, BB 2008 S. 1199 (1201). A.A. *Mohr*, BB 1987 S. 1326 (1331); *Berg/Schmich*, DStR 2002 S. 346 (348).

¹⁷⁴ So wohl auch BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., BFH NV 2009 S. 338 Gl.Pkt. C.II.6 zur Argumentationskraft von Beispielen aus anderen Steuerrechtsordnungen für das deutsche Verfassungsrecht.

Gegen die Vereinbarkeit einer zeitlichen Begrenzung von Verlusten, d.h. des Untergangs von Erwerbsaufwendungen durch Zeitablauf, gerade mit dem allgemeinen Gleichheitssatz sprechen allerdings ebenfalls gewichtige Gründe, die im Ergebnis nach der hier vertretenen Auffassung überwiegen. Entscheidend hierfür ist letztlich eine Verletzung des Nettoprinzips, die aus der fehlenden steuersystematischen Rechtfertigung einer Verlustkappungsregel folgt.¹⁷⁵

Geringe Begründungstiefe BVerfG-Nichtannahmebeschluss v. 22.07. 1991 (1 BvR 313/88)

Der 1. Senat des BVerfG rechtfertigt in seinem Kammerbeschluss vom 22.07.1991 die Begrenzung des Verlustvortrags auf fünf Jahre allein mit dem Hinweis auf den willkürfreien Ausgleich, den der Gesetzgeber zwischen dem abschnittsübergreifenden Nettoprinzip, das aus dem Leistungsfähigkeitsgrundsatz und damit dem materiellen Gerechtigkeitsgebot folgt, und der Abschnittsbesteuerung hergestellt habe, die der Rechtssicherheit diene. Zwar ist von einer verfassungsrechtlichen Prüfung nicht zu verlangen, dass steuertheoretische Überlegungen einbezogen werden, die den interperiodischen Verlustausgleich auch bei einer reinen Abschnittsbesteuerung erforderlich erscheinen lassen, nämlich als Surrogat für die fehlende Negativität des Einkommensteuertarifs, vgl. oben I.a)aa).

Gerade bei Verlustvorträgen, die als gesondert festgestellte Zahlen in keiner Weise streitanfällig sein sollten, dürfte es aber an der „Überschaubarkeit und Klarheit bezüglich des Sachverhalts und der anzuwendenden steuerlichen Vorschriften“¹⁷⁶ nicht fehlen, die das BVerfG als Ziel der Abschnittsbesteuerung formuliert. Die vom BVerfG angeführte Rechtfertigung durch Rechtssicherheitsaspekte kann demnach ebenso wenig überzeugen wie ein Bemühen von Vereinfachungsgesichtspunkten, vgl. oben Abschn. aa).

Ausschluss Verlustverrechnung unzulässig – BVerfG-Beschluss v. 30.09.1998 (2 BvR 1818/91)

Mit Beschluss vom 30.09.1998 hat der 2. Senat des BVerfG im Hinblick auf § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG a.F. entschieden, dass der völlige Ausschluss der Ver-

¹⁷⁵ Schlichte Aufkommensziele kommen als Rechtfertigungsgrund nicht in Betracht, vgl. z.B. BVerfG-Urteil v. 9.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., BFH/NV 2009 S. 338 sowie weitere Nachweise in Fn. 33. Hierunter sollte auch die womögliche Motivation einer „Kappungsregelung“ zählen, sich langfristig (vermeintlicher) wesentlicher Haushaltsrisiken aus hohen Verlustvortragsbeständen zu entledigen.

¹⁷⁶ Vgl. Nachweis in Fn. 172.

lustverrechnung gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG verstoße.¹⁷⁷ Solange anderweitige Erwerbseinnahmen und -aufwendungen innerhalb und außerhalb von Einkunftsarten sowie Veranlagungszeiträumen verrechenbar seien, dürften bestimmte Erwerbsaufwendungen nicht deshalb benachteiligt werden, weil sie in anderen Veranlagungszeiträumen anfallen.¹⁷⁸

Zwar wäre die Verlustverrechnung bei einer Begrenzung des Verlustvortrags auf z.B. sieben Jahre nicht „völlig“ im wortwörtlichen Sinne der vorstehenden Entscheidung ausgeschlossen. Allerdings ist es aus Sicht des Steuerpflichtigen im Ergebnis unerheblich, warum er seine negativen Einkünfte nicht steuerlich geltend machen konnte, ob wegen eines völligen Ausschlusses der Verlustverrechnung oder einer siebenjährigen Begrenzung des Verlustvortrags, die ihn – weil Gewinne erst im achten Jahr erwirtschaftet werden – ebenso „völlig“ belastet. Insoweit ist eher ein gradueller denn qualitativer Unterschied erkennbar zwischen dem Steuerpflichtigen, der eine siebenjährige Ergebnisschwäche verkraften muss, und jenem, der in einem bestimmten Veranlagungszeitraum negative Einkünfte im Sinne von § 23 Nr. 3 Satz 3 EStG a.F. erlitten hat. Der Beschluss des BVerfG vom 30.09.1998 sollte damit durchaus als verfassungsrechtliches Gebot verstanden werden können, dass Verluste einmal, in welchem Veranlagungszeitraum auch immer, zu berücksichtigen sind.¹⁷⁹ Diesem Gebot genügt eine Verlustkappung nach sieben Jahren nicht.

In diesem Zusammenhang erscheinen auch die beiden Beschlüsse des FG München vom 31.07. 2008 – 8 V 1588/08 (rechtskräftig) sowie jüngst des FG Nürnberg vom 17.03.2010 – 1 V 1379/09 erwähnenswert. Zwar waren mit § 10d Abs. 2 EStG bzw. § 10a GewStG zwei Normen streitgegenständlich, die den Verlustabzug nur temporär beschränken. Infolge eines veräußerungsbedingten Zusammenspiels mit anderen Regelungen, nämlich §§ 8c KStG; 12 Abs. 3 UmwStG; 10a Satz 8 GewStG, gingen die Verlustvorträge, die eigentlich nur zeitlich gestreckt werden sollten, im Ergebnis aber endgültig unter. Die Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung ist in diesen Fällen, in denen eine temporäre Beschränkung der Verlustverrechnung zu einer permanenten Erstarke, nach Auffassung der süddeutschen Finanzgerichte wegen Verstoßes gegen das objektive Nettoprinzip und damit das Leistungsfähigkeitsprinzip sowie Übermaßverbot ernstlich zweifelhaft.

¹⁷⁷ 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99 S. 88.

¹⁷⁸ Ebd., Gl.-Pkt. B.II.3. u. 4.

¹⁷⁹ So auch *Berg/Schmich*, DStR 2002 S. 346 (347). A.A. wohl *Holdorf*, BB 2001 S. 2085 (2088).

BFH- und BVerfG-Rechtsprechung zu Mindestbesteuerung und Jubiläumsrückstellungen: Temporär vs. permanent

Von der Mindestbesteuerung gem. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG sowie der Vorgängerregelung des § 2 Abs. 3 EStG a.F. unterscheidet sich eine zeitliche Begrenzung der Verlustvortragsfähigkeit insbesondere dadurch, dass auch bei der Unterstellung des gesetzgeberischen Leitbilds einer unendlichen Lebensdauer sowie eines Totalgewinns Erwerbsaufwendungen endgültig nicht steuerlich geltend gemacht werden können, nämlich bei einer mehrjährigen Ergebnisschwäche. Der Rechtsprechung von BVerfG und BFH ist aber zu entnehmen, dass beide Gerichte in einem nur vorübergehenden Abzugshindernis einen weitaus geringeren staatlichen Eingriff sehen als bei einem dauerhaften bzw. permanenten Ausschluss vom Bemessungsgrundlagenabzug.

So heißt es in dem ersten Beschluss des BFH zur Mindestbesteuerung des § 2 Abs. 3 EStG in der (alten) Fassung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, diese Vorschrift führe nicht dazu, „dass die steuerliche Berücksichtigung von Verlusten versagt wird; der Abzug wird nur zeitlich gestreckt“. Nicht ausgeglichene Verluste „gehen nicht verloren, sondern mindern das Einkommen späterer Veranlagungszeiträume“, weshalb die Steuerpflichtigen lediglich einen „Zinsnachteil erleiden“.¹⁸⁰ Auch einige Jahre später hält es der BFH für verfassungsrechtlich ausreichend, dass „Verluste nach der im Gesetz angelegten Systematik überhaupt, und sei es auch in einem anderen Veranlagungszeitraum, verrechnet werden können“.¹⁸¹

In seinem Beschluss vom 12.05.2009 zu Jubiläumsrückstellungen differenziert das BVerfG ebenfalls zwischen temporären und permanenten Steuereffekten, d.h. der nur vorübergehenden Nichtberücksichtigung von Betriebsausgaben und ihrer dauerhaften Nichtanerkennung:

„Jedenfalls betreffen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Rückstellung ausschließlich den maßgeblichen Zeitpunkt der einkommensteuerrechtlichen Berücksichtigung eines gewinnmin-

¹⁸⁰ BFH-Beschluss v. 9.05. 2001 – XI B 151/00, BStBl. II 2001 S. 552 (556).

¹⁸¹ BFH-Beschluss v. 29.04. 2005 – XI B 127/04, BStBl. II 2005 S. 609 (610). Der Vorlagebeschluss des BFH vom 06.09.2006 – XI R 26/04, BStBl. II 2007 S. 167 (170) konstatiert ebenfalls, dass die „Mindeststeuer den Schutzbereich der Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 14 sowie Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG [berührt]“, beschränkt seine Vorlagefrage an das BVerfG dann aber auf die (fehlende) Verständlichkeit der Norm und damit eine Verletzung des Grundsatzes der Normenklarheit aus Art. 20 Abs. 3, Art. 19 Abs. 4 GG.

dernden Aufwands, also das Wann, nicht das Ob der Besteuerung. Der maßgebliche Zeitpunkt lässt sich aber nicht mit Hilfe des Maßstabs wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit oder des objektiven Nettoprinzips bestimmen.“¹⁸²

Im Umkehrschluss dürfte sich folgern lassen, dass bei Fragen des „Ob“ der Besteuerung, d.h. bei permanenten Effekten, der verfassungsrechtliche Rechtfertigungsdruck wesentlich höher ist.¹⁸³ Dieses Argumentationsmuster hat sich der Steuergesetzgeber in anderem Zusammenhang selbst zu Eigen gemacht, nämlich bei der Rechtfertigung der Zinsschranke der §§ 4h EStG; 8a KStG. So führt die Begründung zum Unternehmenssteuerreformgesetz 2008 aus, dass „zukünftig nur noch ein Teil des [...] Zinsaufwands sofort gewinnmindernd geltend gemacht“, jedoch „der Rest zeitlich unbefristet vorgetragen“ werden könne.¹⁸⁴

*Folgerichtigkeit: 7 Jahre und 20 km – BVerfG-Urteil v. 09.12.2008
(2 BvL 1/07)*

Abschließend sei auf das Gebot der Folgerichtigkeit hingewiesen, das in den steuerrechtlichen Entscheidungen des BVerfG regelmäßig bemüht wird, allein ausschlaggebend auch im Urteil des 2. Senats vom 09.12.2008¹⁸⁵ zur Pendlerpauschale. Übertragen auf eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags könnte insoweit argumentiert werden, dass nicht länger allein der aus dem Nettoprinzip abgeleitete Umstand der Erwerbsbezogenheit von Aufwendungen für deren steuerliche Berücksichtigung entscheidend sei, sondern auch deren – zeitliche – Entfernung von einem bestimmten Veranlagungszeitraum. Dies sollte aber – ebenso wie das Kriterium der räumlichen Entfernung zwischen Arbeitsplatz und Wohnort – dem Folgerichtigkeitsgebot widersprechen, solange das Einkommensteuerrecht im Übrigen an dem Veranlassungsprinzip und damit dem objektiven Nettoprinzip festhält, d.h. die – räumliche oder zeitliche – Entfernung ein „singuläres Abweichen“ von diesem Grundsatz bedeu-

¹⁸² BVerfG-Beschluss v. 12.05.2009 – 2 BvL 1/00, BFH/NV 2009 S. 1382 (1385).

¹⁸³ Womöglich lässt sich hierfür auch der BVerfG-Beschluss v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05 anführen, in dem die Übergangsregelung zum Halbeinkünfteverfahren für unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG erklärt wurde, die in Einzelfällen einen – endgültigen – Verlust von körperschaftsteuerlichen Anrechnungsguthaben zur Folge hatte.

¹⁸⁴ Vgl. *Entwurf eines Unternehmenssteuerreformgesetzes 2008* v. 27.03. 2007, BT-Drucks. 16/4841, S. 31.

¹⁸⁵ 2 BvL 1/07 u.a., BFH NV 2009 S. 338.

tet.¹⁸⁶ Hinzu kommt in gewisser Parallelität zu der vom BVerfG verworfenen 20 km-Grenze bei der Pendlerpauschale, dass es willkürlich erscheint, eine bestimmte Jahreszahl über die Abzugsfähigkeit von Erwerbsaufwendungen entscheiden zu lassen. Während eine reine Abschnittsbesteuerung ohne jeglichen Verlustabzug vom BVerfG womöglich zumindest nicht als Verstoß gegen das Folgerichtigkeitsgebot angesehen würde, erscheint dies für eine nur teilweise Beschränkung des Verlustabzugs z.B. auf sieben Jahre gut vorstellbar.

Zusammengefasst mag zwar eine Mindestbesteuerung, die die Geltendmachung steuerlicher Verluste im Regelfall „lediglich“ zeitlich streckt, von Finanzgerichtsbarkeit sowie BVerfG noch als vom gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum umfasst und damit verfassungsgemäß angesehen werden. Im Hinblick auf eine zeitliche Begrenzung der Verlustvortragsfähigkeit auf z.B. sieben Jahre dürfte dies hingegen nicht gelten. So läge es in der Natur einer „Verluskappung“, dass manche Erwerbsaufwendungen endgültig steuerlich unberücksichtigt blieben, und zwar allein aufgrund einer zu geringen zeitlichen Nähe. Aus der Frage des „wann“ würde eine Frage des „ob“, an die BVerfG und Finanzgerichtsbarkeit – wirtschaftlich gut begründbar – weitaus strengere Maßstäbe anzulegen scheinen.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Vgl. BVerfG-Urteil v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., BFH NV 2009 S. 338, Gl.-Pkt. C.III.1: „Entscheidendes Kennzeichen der Neuregelung [...] ist die Abkehr vom Veranlassungsprinzip bei der Zuordnung von Aufwendungen zur beruflichen oder zur privaten Sphäre. Diese Abkehr vollzieht sich in zwei nicht gleichgerichteten, sondern gegenläufigen Schritten: Zum einen sind Aufwendungen für die Wege zwischen Wohnung und regelmäßiger Arbeitsstätte und für Familienheimfahrten aus dem Tatbestand der Werbungskosten ausgeschlossen. Für diese – und nur für diese – Aufwendungen soll nicht das Veranlassungsprinzip, sondern das so genannte Werkstorprinzip gelten. Zum anderen werden aber Aufwendungen für Wege ab dem 21. Kilometer ‘wie’ Werbungskosten behandelt; für diese Aufwendungen wird im Ergebnis die alte Rechtslage aufrechterhalten. Diese Regelungen enthalten eine singuläre Abweichung von dem nach dem einkommensteuerrechtlichen Nettoprinzip für die Abgrenzung beruflicher Aufwendungen maßgeblichen Veranlassungsprinzip. [A]usschließlich die räumliche Abgrenzung [...] entscheidet über die Abzugsfähigkeit der Aufwendungen von der Bemessungsgrundlage nach den für Werbungskosten geltenden Regeln.“

¹⁸⁷ In diesem Sinne wohl auch *Eckhoff*, DStJG 28 (2005) S. S.94: „Es gibt keine verfassungsrechtliche Begründung dafür, zu sagen, ich kann Verluste irgendwann kappen. Die einzige Begründung, die ich dafür geben könnte, ist die des Finanzministers: Ich brauche Geld. Und das ist ein schwaches Argument, das reicht mir nicht aus für eine Kappung. Man mag sich über eine Streckung unterhalten.“

c) Differenzierung zwischen „guten“ und „schlechten“ Altverlusten?

Ein gewisser Teil der Verlustvorträge sollte nicht länger zu steuerlichen Mindereinnahmen führen, wenn beim Verlustabzug zwischen „guten“ und „schlechten“ Verlusten unterschieden würde, d.h. rein künstliche bzw. artifizielle Verluste von der Verrechnung mit positiven Einkünften ausgeschlossen wären. Steuersystematisch überzeugt eine solche Differenzierung allerdings allenfalls auf den ersten Blick (vgl. folgenden Abschn. aa)). Zudem scheint sie gerade hinsichtlich weit zurückliegender Veranlagungszeiträume nicht administrierbar (vgl. folgend unter bb)).

aa) Steuersystematische Rechtfertigung?

Zunächst besticht die Idee, ungerechtfertigten Verlusten ihre Verrechenbarkeit zu versagen – nicht nur fiskalisch und womöglich politisch, sondern auch steuersystematisch. Schließlich wäre ja die Steuersystematik das Kriterium, anhand dessen über das Schicksal der Altverluste entschieden würde. Zudem besteht in der Steuerfachwelt wohl ein breiter Konsens, dass z.B. Verluste aus Fördergebietsabschreibungen sowie (doppelten) Beteiligungsabwertungen keine wirklichen Minderungen wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit darstellen. Als Resultat steuerlicher Subventionsvorschriften bzw. vermutlicher Gesetzeslücken weisen diese negativen Einkünfte eine andere Qualität auf als wirklich wirtschaftlich erlittene Verluste.

Bei näherer Betrachtung lassen sich allerdings gewichtige steuersystematische Bedenken gegen diesen Ansatz zur Reduzierung der Altverlustbestände anführen. Es erscheint widersprüchlich, zunächst – womöglich im Nachhinein bedauerlicherweise – Lenkungsnormen geschaffen bzw. die Schließung vermeintlicher Besteuerungslücken versäumt zu haben, die steuerlichen Konsequenzen hieraus in späteren Veranlagungszeiträumen aber nicht anzuerkennen.¹⁸⁸ Eine in sich schlüssige Steuergesetzgebung hätte das Übel an der Wurzel bekämpft, d.h. von vornherein auf steuerliche Lenkungsvorschriften verzichtet oder etwaige Gesetzeslücken geschlossen. Eine Entwertung der entsprechenden Altverluste würde die heutigen Einschätzungen des Steuerge-

¹⁸⁸ Vgl. *Holdorf*, BB 2001, 2085 (2091 f.) sowie *Kohlhaas*, BB 2001 S. 1665 (1667), die die Widersprüchlichkeit der alten Mindestbesteuerung des § 2 Abs. 3 EStG a.F. mit Blick auf das Rückwirkungsverbot kritisieren. Ein redlicher Gesetzgeber könne die Steuerpflichtigen nicht zunächst mit dem Versprechen hoher Abschreibungen zu Investitionen im Fördergebiet animieren, die Anerkennung der hieraus resultierenden steuerlichen Konsequenzen später aber verweigern. Ebenso *Stapperfend*, FR 2001 S. 782 (783). A.A. allerdings BFH v. 09.05.2001 – XI B 151/00, BStBl. II 2001 S. 552 (554 f.).

setzgebers faktisch in Besteuerungszeiträume transportieren, in denen die Abgabengesetze noch anderen Wertungen Ausdruck verschafften.¹⁸⁹

Selbst wenn man sich über einen solchen „Wertungskonflikt in der Zeit“ hinweg setzen wollte, verbliebe ein Gleichbehandlungsproblem. So würden Steuerpflichtige, die über entsprechende „schlechte“ Verlustvorträge verfügen, gegenüber solchen Steuerpflichtigen benachteiligt, die zwar eben so hohe „schlechte“, artifizielle Abzugsposten generiert haben, in der Zwischenzeit aber ausreichend hohe positive Einkünfte zur Verlustverrechnung erwirtschaften konnten. Warum jener Steuerpflichtige mit den hohen positiven Einkünften den steuerlichen Vorteil z.B. aus einer Fördergebiets-AfA behalten darf, der einkommensschwächere hingegen nicht, wäre schwerlich nachvollziehbar.

bb) Fehlende Administrierbarkeit

Eine Aufteilung der Verlustvorträge in – wie auch immer definierte – „gute“ und „schlechte“ Verluste würde zudem auf vermutlich unüberwindliche praktische Schwierigkeiten stoßen. So stehen insbesondere nach Ablauf der steuerlichen Aufbewahrungsfristen, d.h. spätestens nach Beendigung der Betriebsprüfung, üblicherweise nicht länger Unterlagen zur Verfügung, um die damaligen (negativen) Einkünfte in ihre Bestandteile zu zerlegen. Gerade die vorstehend genannten und besonders prominenten Beispiele „unechter“ Verluste, nämlich die Fördergebiets- und (doppelten) Beteiligungsabschreibungen, aber konnten letztmalig vor der Jahrtausendwende¹⁹⁰ geltend gemacht werden, die nach nunmehr einem Jahrzehnt regelmäßig auch bereits der Be-

¹⁸⁹ Beispielfhaft genannt seien „nützliche Aufwendungen“ im Ausland, die trotz ihres Verstoßes gegen anderweitige Rechtsprinzipien bis 1998 explizit steuerlich abzugsfähig waren, vgl. § 4 Abs. 5 Nr. 10 EStG 1998. Eine Streichung der Verlustvorträge, die auf solchen Erwerbsaufwendungen beruhen, hieße nachträglich Maßstäbe anzulegen, die im Zeitpunkt des Entstehens der Einkünfte nicht galten.

¹⁹⁰ Die mit dem Steueränderungsgesetz v. 24.06.1991, BGBl. I 1991 S. 1322 eingeführte Fördergebiets-AfA für Immobilienerwerbe im Beitrittsgebiet konnte letztmalig im Veranlagungszeitraum 1997 geltend gemacht werden. Nach dem Steuersenkungsgesetz 2000, BGBl. I 2000 S. 1433 konnten Teilwertabschreibungen im Hinblick auf Inlandsgesellschaften letztmalig in 2001 steuerwirksam vorgenommen werden. Im Hinblick auf ausländische Beteiligungen galt das steuerliche Abschreibungsverbot gemäß Gesetz zur Änderung des Investitionszulagengesetzes 1999, BGBl. I 2000 S. 1850 bereits einen Veranlagungszeitraum früher. Nach FG Köln v. 14.02.2010 – 13 K 18/06 (Revision nicht zugelassen), ist das Abzugsverbot von Teilwertabschreibungen für Auslandsbeteiligungen mit Sitz in einem EU-Mitgliedstaat wegen Verstoßes gegen die gemeinschaftsrechtliche Grundfreiheit der Kapitalverkehrsfreiheit allerdings ebenfalls erst ab 2002 anwendbar.

triebsprüfung unterlegen haben dürften. Eine nachträgliche Aufteilung der Verlustvorträge in „echte“ und rein künstliche Bestandteile erscheint nicht administrierbar.

Ob aus einer Ausgrenzung „unechter“ Verluste eine nennenswerte betragsmäßige Reduzierung der Verlustvortragsbestände resultieren würde, kann somit dahinstehen. Zweifel an einem bedeutenden Gewicht artifizieller Verluste nährt der Umstand, dass die Verlustvorträge auch in den Veranlagungszeiträumen nach Auslaufen der Fördergebiets- und Beteiligungsabschreibungen, d.h. ab 2001¹⁹¹, mit unverminderter Geschwindigkeit, nämlich in Höhe von rund € 30 Mrd. p.a. angestiegen sind.¹⁹²

d) „Phasing Out“ – Mindestbesteuerung nur für Altverluste

Steuerpolitisch vorstellbar erscheint hingegen, das Interesse der Steuergläubiger an möglichst geringen Mindereinnahmen mit dem Anliegen der Steuerpflichtigen an einer systemgerechten Regelung der Verlustverrechnung dahingehend auszugleichen, dass zukünftige Verluste wieder uneingeschränkt abgezogen, Altverluste aber weiterhin lediglich im Rahmen der betragsmäßigen Limitierung gem. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG geltend gemacht werden können. Die Mindestbesteuerung würde zu einer „Übergangsangelegenheit“, der Systemwechsel wäre im ersten Jahr mit keinerlei und auch in den folgenden Jahren nur mit geringen Mindereinnahmen verbunden. Insbesondere bliebe es hinsichtlich der hohen Verlustvorträge der Vergangenheit beim fiskalischen Status Quo der Mindestbesteuerungsverhaftung.

aa) Steuersystematische Rechtfertigung – Übergangsrecht

Steuersystematisch begrüßenswert an einem „*Phasing Out*“ der Mindestbesteuerung erscheint zweierlei, nämlich (1) der angestrebte Endzustand, d.h. die mittelfristig unbeschränkte Verrechnung sämtlicher positiver und negativer Einkünften (nach Abzug der Altverluste) sowie (2) die unverzügliche Herstellung dieses systemgerechten Zustands für Neuverluste. Zumindest insoweit

¹⁹¹ Vgl. Nachweise in Fn. 190.

¹⁹² Vgl. hierzu oben Abschn. IV.1.b)aa).

¹⁹³ Anreiztheoretisch wäre erreicht, dass die innovations- und wachstumsfeindlichen Wirkungen sofort behoben wären, die der Mindestbesteuerung gemeinhin zugeschrieben werden, vgl. zur steuerlichen Diskriminierung innovativer und risikoreicher Investitionen z.B. *Rödler/Schumacher*, DStR 2003 S. 1726; *Karrenbrock*, DB 2004 S. 559 (564); *Herzig/Wagner*, DStR 2003 S. 225; *Rat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2004/2005, Tz. 586. Vgl. auch Nachweise in Fn. 105.

– d.h. für die Zukunft – wäre eine systemgerechte Besteuerung infolge der uneingeschränkten Beachtung des objektiven Nettoprinzips gewährleistet.¹⁹³

Administrative Gesichtspunkte können einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung von Alt- und Neuverlusten im Ergebnis nicht entgegengehalten werden. Zwar würde ein gewisser Verwaltungsmehraufwand aus dem Nebeneinander zweier unterschiedlicher Regime des Verlustvortragsabzugs resultieren. Eine „erhebliche Komplizierung“ des Steuerrechts sollte hiermit aber nicht einhergehen.¹⁹⁴ So ist der 60 oder 100%-ige Abzug eines Verlustvortrags, d.h. der Schritt vom Gesamtbetrag der Einkünfte zum zu versteuernden Einkommen, administrativ denkbar einfach. Gleiches gilt für die Separierung von Alt- und Neuverlusten jedenfalls dann, wenn die zeitliche Differenzierung mit dem Inkrafttreten des neuen Verlustverrechnungsmechanismus zusammenfällt. Soweit neue Verlustvorträge zur Entstehung gelangen, könnten diese nach dem „*last in, first out*“-Prinzip zunächst vollumfänglich von künftigen positiven Einkünften abgezogen werden. Im Anschluss würden positive Einkünfte zu 60% durch Altverluste gemindert. Etwaige Restbestände an Alt- oder Neuverlustvorträgen würden getrennt gesondert festgestellt und im Zeitablauf fortgeführt.

Steuersystematisch problematisch hingegen ist die Ungleichbehandlung von Alt- und Neuverlusten aus Leistungsfähigkeitsaspekten. So geht diese Differenzierung des *Phasing Out*-Modells mit recht unterschiedlichen Belastungsfolgen einher, nämlich einem unbeschränkten Abzug einerseits oder einer Beschränkung dieses Abzugs auf 60% gem. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG andererseits. Zwar spricht für die Rechtfertigung einer solchen Ungleichbehandlung von negativen Einkünften aus verschiedenen Veranlagungszeiträumen, dass sie womöglich den einzigen haushaltsverträglichen Weg einer (sukzessiven) Wiederherstellung einer systemgerechten Verlustverrechnung darstellt. So ist ein *Phasing Out* z.B. im Einführungsjahr mit keinerlei Mindereinnahmen verbunden¹⁹⁵, was bei einer Einbeziehung von Altverlusten ausgeschlossen wäre.

Auch lässt sich zugunsten einer schlechteren steuerlichen Behandlung von Altverlusten anführen, dass diese ja nur den gegenwärtigen Status Quo fortführt,

¹⁹⁴ A.A. wohl *Müller-Gatermann*, Ubg 2010 S. 153 (158), der – wenn auch im Hinblick auf ein Nebeneinander von Mindestbesteuerung für Altverluste und siebenjähriger Verlustvortragsbegrenzung für neue negative Einkünfte – eine „erhebliche Komplizierung“ befürchtet, „da insofern altes Recht lange Zeit neben den neuen Regelungen fortgelten würde“.

¹⁹⁵ Vgl. nachfolgenden Abschn. bb).

bereits akkumulierte Verlustvortragsbestände also nicht schlechter behandelt als bislang. Weiterhin spricht für eine bevorzugte Behandlung von Neuverlusten die Anreizeffizienz einer solchen Regelung. So können neue Investitionen ohne Zusatzbelastungen aus der Mindestbesteuerung vorgenommen werden, d.h. risikoträchtige Anlagemöglichkeiten wären nicht länger steuerlich diskriminiert, was sich positiv auf das Wirtschaftswachstum auswirken sollte.¹⁹⁶

Schließlich lässt sich ein überzeugungskräftiges Gerechtigkeitsargument zugunsten einer Besserstellung von Neuverlusten anführen. Wegen der Ungewissheit der Zukunft ist der Gemeinschaft der Steuerzahler heute nicht bekannt, wer morgen von der uneingeschränkten Abzugsfähigkeit neuer Verluste profitieren wird. Insofern würde ein „Schleier des Nichtwissens“ über den rechtsetzenden Gremien liegen, der ein unvoreingenommenes Votum für eine solche Regelung und damit deren Gerechtigkeit wahrscheinlich macht.¹⁹⁷ Im Ergebnis scheint eine Besserstellung von Neuverlusten damit steuersystematisch vertretbar.

Allerdings bedarf es eines sachgerechten Differenzierungszeitpunktes bei der Definition der Neuverluste im Sinne der Übergangsregelung zur Mindestbesteuerung. Unmittelbar nachvollziehbar erscheint hier der Grundsatz „Alte Verluste, altes Recht – Neue Verluste, neues Recht“. Sämtliche negative Einkünfte, die zum 31.12.2010 gesondert festgestellt wurden, würden bei einem *Phasing Out* ab dem 01.01.2011 auch in Zukunft der gegenwärtigen Mindestbesteuerung unterliegen.

Systemwechsel bei der Körperschaftsteuer (Halbeinkünfteverfahren 2001)

Alternativ bietet sich als Trennlinie die Einführung des Halbeinkünfteverfahrens in 2001 an. Das seither geltende Abzugsverbot für Veräußerungsverluste bzw. Teilwertabschreibungen im Hinblick auf Kapitalgesellschaftsbeteiligungen stellt eine steuersystematische Zäsur dar, die auch einen engen Konnex zu Altverlusten aufweist.¹⁹⁸ So dürfte die letztmalige Möglichkeit von steuerwirksamen Abschreibungen auf Inlands- und Auslandsbeteiligungen in 2000

¹⁹⁶ Vgl. zu diesen steuersystematischen Aspekten oben Abschn. IV.1.a)bb). Aus anreiztheoretischen Gesichtspunkten fordert vermutlich auch der Vorsitzende des Wissenschaftlichen Beirats beim BMF *Fuest* eine steuerliche Besserstellung von Neuverlusten (*Welt am Sonntag* v. 15.11.2009 S. 27): „Für Verluste, die ab 2010 entstehen, sollte man deutlich erweiterte Verrechnungsmöglichkeiten schaffen.“

¹⁹⁷ Vgl. zum Gerechtigkeitskonzept des „*veil of ignorance*“ Rawls, *A Theory Of Justice*, 1971.

¹⁹⁸ So z.B. auch *Lüdicke*, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 321

bzw. 2001 für viele Unternehmen ein Anlass gewesen sein, ihren Beteiligungsbestand einem Werthaltigkeitstest zu unterziehen und soweit möglich außerplanmäßig auf den niederen beizulegenden Wert bzw. Teilwert abzuschreiben. Zwar würden auch „echte“ Verluste, die vor 2001 entstanden sind, von dem großzügigeren neuen Verlustverrechnungssystem ausgeschlossen. Dies erscheint aber vor dem Hintergrund der administrativen Unmöglichkeit hinnehmbar, im Nachhinein zwischen „guten“ und „schlechten“, d.h. wirklichen und rein artifiziellen Verlusten zu unterscheiden (steuerliche Aufbewahrungsfristen bereits abgelaufen).

Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009

Als weiteres zeitliches Differenzierungskriterium kommt womöglich die Finanzkrise 2008/09 in Betracht.¹⁹⁹ Für Erleichterungen bei der Verrechnung der Verluste, die im Zuge dieser Konjunkturkrise historischen Ausmaßes erlitten wurden, könnte auch auf Vorbilder aus anderen OECD-Ländern verwiesen werden, auch wenn diese – mit dem Ziel der Verschaffung von Liquidität für den Unternehmenssektor – überwiegend den Verlustrücktrag betrafen.²⁰⁰

Eine Privilegierung der Verlustvorträge aus 2008 und 2009 gegenüber z.B. 2006 und 2007 kann allerdings allenfalls als konjunkturpolitische Lenkungsnorm gerechtfertigt werden. Aus Leistungsfähigkeitsgründen und steuersystematisch besteht wegen des Prinzips der Individualbesteuerung²⁰¹ kein Anlass, Verluste eines Steuerpflichtigen nur deshalb besser zu stellen, weil auch viele andere Steuerpflichtige gleichzeitig negative Einkünfte erwirtschaftet haben.

Zu den steuersystematischen Bedenken gegen eine etwaige Privilegierung der Verluste aus 2008/09 gesellen sich fiskalische Sorgen. Werden nicht nur Verluste ab 2011 von der Mindestbesteuerung ausgenommen, kann nicht länger gewährleistet werden, dass die Systemumstellung im ersten Jahr keinerlei Auf-

¹⁹⁹ Vgl. z.B. *Lüdicke*, in *Lüdicke/Kempff/Brink* (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 321: „Die krisenbedingten Verluste des VZ 2008 dürften keinesfalls zu den Altverlusten gezählt werden.“ Ähnlich wohl auch *Rödder*, *Ubg* 2010 S. 162 (166) („Abschaffung der Mindestgewinnbesteuerungsregelung jedenfalls für die Verrechnung von Neuverlusten nach Beginn der Finanz- und Wirtschaftskrise“).

²⁰⁰ Vgl. *Ernst & Young*, *Konjunkturpakete in 24 bedeutenden Industrienationen und der EU/Worldwide fiscal stimulus – Tax Policy Takes Major Role*, [http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/2009_Darstellung_Worldwide-fiscal-stimulus/\\$FILE/Darstellung_Studie-Worldwide_fiscal_stimulus.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/2009_Darstellung_Worldwide-fiscal-stimulus/$FILE/Darstellung_Studie-Worldwide_fiscal_stimulus.pdf). Die Möglichkeiten des Verlustrücktrags wurden u.a. in Großbritannien, Frankreich, USA verbessert.

²⁰¹ Vgl. *Lang*, in *Tipke/Lang*, *Steuerecht* (Fn. 21), § 3 Rz. 14.

kommenseinbußen verursacht und solche auch in den Folgejahren nur langsam ansteigen dürften. So wäre das „*Phasing Out*“-Modell bei einer Einbeziehung auch von Altverlusten nicht länger „immun“ gegenüber den „Verlustbergen“ im hohen dreistelligen Mrd.-Bereich. Weil eine Vielzahl von Unternehmen in den Krisenjahren 2008 und 2009 mehr Verluste erwirtschaftet haben dürfte als Gewinne in 2010, kämen die Aufkommenseinbußen einer Einbeziehung der Finanzkrisenverluste in die Neuverluste vielleicht sogar den Mindereinnahmen nahe, die von einer ersatzlosen Abschaffung der Mindestbesteuerung zu erwarten sind. Die womögliche fiskalische Unverkräftbarkeit dieser Mindereinnahmen hat aber gerade zu der Suche nach einem haushaltsverträglichen Ausstieg aus der Mindestbesteuerung veranlasst.

bb) Fiskalische Auswirkungen – Abschirmung von Altverlusten

Ein *Phasing Out* der Mindestbesteuerung dergestalt, dass den §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG nur noch Altverluste unterliegen würden, hätte fiskalisch den Charme, dass dieser „Einstieg in den Ausstieg“ aus der Mindestbesteuerung im ersten Jahr überhaupt keine Steuermindereinnahmen verursachen würde. So würden sämtliche Verlustvorträge, die zur Verrechnung mit den Gewinnen aus dem Einführungsjahr zur Verfügung stünden, weiterhin der Mindestbesteuerung unterliegen. Würde die Mindestbesteuerung also beispielsweise zum 01.01.2011 (mit Wirkung für die Zukunft) abgeschafft, könnten die 2011er Gewinne weiterhin zu höchstens 60% gemindert werden, standen zum 31.12.2010 doch noch keine Neuverluste zur Verfügung.

Auch für die Veranlagungszeiträume 2012 ff. wäre nur mit vergleichsweise geringen Steuermindereinnahmen zu rechnen. Hintergrund ist, dass im Vergleich zum Status Quo lediglich ein (um zwei Drittel²⁰²) höheres Steuermindereinnahmepotenzial aus Verlustvorträgen besteht, die ab 2011 aufgebaut wurden. Das künftige Steueraufkommen ist also weiterhin abgeschirmt gegenüber den Altverlustbeständen, die mindestbesteuerungsverhaftet bleiben. Somit führt die Ordnungsmäßigkeit der öffentlichen Haushalte in der Vergangenheit den Beweis für die fiskalische Tragbarkeit des *Phasing Out*-Modells in der Zukunft. Das (vermeintliche) Haushaltsrisiko „Altverluste“ wäre gebannt, die hohen Verlustvortragsbestände könnten einer Ausnahme von der Mindestbesteuerung für Neuverluste nicht entgeggehalten werden.

²⁰² Der Faktor 2/3 folgt aus dem Umstand, dass 60% der positiven Einkünfte auch gem. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG durch Verlustvorträge der Veranlagungszeiträume 2011 ff. gemindert würden und das zusätzliche Abzugspotenzial von 40% zwei Drittel dieser Minderung beträgt.

e) Abschmelzen der Mindestbesteuerung um z.B. 5%-Punkte p.a.

Alternativ zu einem *Phasing Out* der Mindestbesteuerung via Beschränkung auf Altverluste kommt als haushaltsverträgliche Übergangslösung zu einer mittelfristig systemgerechten Verlustverrechnung ein Abschmelzen der 40%-igen Mindestbesteuerung in Betracht, z.B. über vier oder acht Jahre. Im ersten Jahr der Systemumstellung könnten positive Einkünfte zu 65% bzw. 70% statt bislang 60% durch Verlustvorträge gemindert werden, nach vier bzw. acht Jahren wären Verlustvorträge unbeschränkt abzugsfähig.

aa) *Steuersystematische Rechtfertigung – Gleichbehandlung*

Beim Abschmelzen der Mindestbesteuerung bedarf es keiner Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung von Alt- und Neuverlusten. So würden sämtliche negative Einkünfte weiterhin ein gemeinsames Schicksal teilen, das sich im Zeitablauf für alle Steuerpflichtigen gleichermaßen verbessert.

Auch die innovations- und damit wachstumsfeindlichen Wirkungen der Mindestbesteuerung wären jedenfalls bei längerfristigen Projekten wirkungsvoll und zeitnah eliminiert. So könnten sich die Steuerpflichtigen darauf einstellen, dass die steuerliche Diskriminierung risikoreicher Investitionen in das Anlagevermögen nur noch vorübergehend und damit in voraussichtlich zahlreichen Fällen nicht über den gesamten Zeitraum des geplanten Investitionsrückflusses andauern würde. Entsprechend dürften schon mit Inkrafttreten der Übergangsregelung nicht länger mindeststeuerliche Bedenken gegen solche Investitionsvorhaben gehegt werden. Die steuerliche Wettbewerbsfähigkeit Deutschlands würde zudem dadurch erhöht, dass bereits nach vier oder sogar zwei Jahren mit über 75% Einkünfteverrechnung das österreichische Niveau²⁰³ überschritten wäre, Deutschland im internationalen Standortvergleich also nicht länger über die einschneidendste Mindeststeuer verfügen würde.

Gegenüber einem *Phasing Out* via Beschränkung der Mindestbesteuerung auf Altverluste bestünde der administrative Vorteil, dass „altes Recht“ nicht „neben den neuen Regelungen fortgelten würde“. Eine „erhebliche Komplizierung“ sollte wegen der Einfachheit des Verlustabzugs aber ohnehin nicht drohen.²⁰⁴

²⁰³ Vgl. § 2 Abs. 2b Ö-EStG.

²⁰⁴ A.A. wohl *Müller-Gatermann*, Ubg 2010 S. 153 (158) zu einem Nebeneinander von Mindestbesteuerung für Altverluste und siebenjähriger Vortragsbegrenzung für Neuverluste.

Aus Sicht des Fiskus nachteilig am Abschmelzungsmodell sind die Mindereinnahmen, die aus einer zeitnäheren steuerlichen Geltendmachung der derzeit bestehenden Verlustvorträge folgen, vgl. folgenden Abschnitt bb). Anders als bei einer Beschränkung der Mindestbesteuerung auf Altverluste (*Phasing Out-Modell*²⁰⁵) ist das Abschmelzungsmodell nicht immun gegen die gegenwärtigen Verlustvorträge, würden diese doch zunehmend die zukünftige steuerliche Bemessungsgrundlage mindern.

bb) Fiskalische Auswirkungen – Steuerbarkeit Mindereinnahmen

Die Steuermindereinnahmen aus einem ratierlichen Abschmelzen der Mindestbesteuerung lassen sich vergleichsweise einfach aus den Mehreinnahmen ableiten, die mit §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG gegenwärtig einhergehen. Würde die 40%-ige Mindestbesteuerung z.B. in 5%-Punkten und damit über 8 Jahre abgebaut, beliefe sich die Aufkommensminderung hieraus im ersten Jahr auf ein Achtel bzw. 12,5%²⁰⁶ des Mehraufkommens aus der Mindestbesteuerung. Im zweiten Jahr würde die Aufkommenseinbuße doppelt so hoch sein und im dritten Jahr das Dreifache, d.h. drei Achtel bzw. 37,5% betragen.

Diese Betrachtung stellt allerdings bereits die höchstmöglichen Steuermindereinnahmen dar, die in der Besteuerungsrealität nahezu zwangsläufig unterschritten werden würden. So wäre Folge der umfangreicheren Verlustverrechnung in den ersten beiden Jahren (65% bzw. 70% statt 60%) zumindest in einigen Fällen, dass Steuerpflichtige im dritten Jahr nicht mehr über ausreichend Verlustvorträge verfügen würden, um 70% ihrer positiven Einkünfte zu mindern. Den Mindereinnahmen, die aus dem ratierlichen Abschmelzen der Mindestbesteuerung im ersten Jahr resultierten, stünden im dritten Jahr also Mehreinnahmen im Vergleich zur Fortführung des Status Quo gegenüber. Dieser Effekt ist Spiegelbild des für den Fiskus in der Zukunft nachteiligen Umstands der Mindestbesteuerung, dass die Verlustnutzung nur zeitlich gestreckt wird, d.h. heutigen Mehreinnahmen künftiges Minderaufkommen gegenübersteht.

Selbst ohne Berücksichtigung dieses kompensierenden Effekts, dessen Gewicht im Zeitablauf zunehmen sollte und der auch in den Steuerschätzungen des Gesetzgebers bei Einführung der Mindestbesteuerung sehr deutlich zum Ausdruck kommt – so sollten die einkommen- und körperschaftsteuerlichen

²⁰⁵ Vgl. zu dessen fiskalischen Auswirkungen oben Abschn. d).

²⁰⁶ $1/8 = 12,5\% = 5\%$ Abbau Mindestbesteuerung / 40% Mindestbesteuerung.

Mehreinnahmen aus § 10d Abs. 2 EStG in 2005 € 920 Mio. betragen, in 2007 und 2008 aber nur € 520 Mio. bzw. € 250 Mio.²⁰⁷ –, erscheinen die Mindereinnahmen aus einem ratierlichen Abschmelzen der Mindestbesteuerung fiskalisch unproblematisch verkraftbar. Ausgehend von geschätzten Einnahmen aus der Mindestbesteuerung von gegenwärtig maximal € 2–2½ p.a. Mrd. insgesamt würden sich die Aufkommenseinbußen anfangs nur im mittleren dreistelligen Millionenbereich bewegen, nämlich rund € 280 Mio betragen.²⁰⁸ Die Milliardengrenze würde erst im vierten Jahr überschritten, und auch dann nur um € 125 Mio.²⁰⁹

3. Zwischenfazit – Kombination aus „Phasing Out“ und Abschmelzen

Ein übergangsloser Verzicht auf die Mindestbesteuerung überfordert angesichts der wohl auf absehbare Zeit angespannten Haushaltslage die Steuerentlastungskapazitäten der öffentlichen Haushalte. Zwar würden die Mindereinnahmen voraussichtlich weniger als 5% des Aufkommens aus Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer entsprechen. Maximal € 2–2½ Mrd. mögen aber dennoch als fiskalisch nicht verkraftbar gelten.

Ist aber eine ersatzlose Abschaffung der Mindestbesteuerung fiskalisch problematisch, dann gilt dies auch für das Ersetzen der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG durch eine fünf-, sieben oder zehnjährige Begrenzung von Verlustvorträgen. So würden sich die haushalterischen Auswirkungen genau entsprechen, falls die zeitliche Verlustvortragsbegrenzung mit einer übergangslosen Abschaffung der Mindestbesteuerung einherginge – und nur dies erscheint steuersystematisch und aus Sicht der Steuerpflichtigen vertretbar, da anderenfalls auch bei stillen Reserven im Inland Verlustvorträge wegen der Zahlungsbelastung aus der Mindestbesteuerung nicht z.B. durch Veräußerungen oder interne Reorganisationen in zukünftiges Abschreibungspotenzial gewandelt

²⁰⁷ Vgl. Entwurf Korb-II-Gesetz (Fn. 87), BT-Drucks. 15/1518, S. 11.

²⁰⁸ € 2–2½ Mrd. * 1/8 = € 2,25 Mrd. * 12,5% = € 281 Mio. Zu der Herleitung der € 2–2½ Mrd. vgl. Abschn. IV.1.b)bb).

²⁰⁹ Im zweiten Jahr würden sich die Mindereinnahmen voraussichtlich auf € 560 Mio. belaufen, nämlich 2 * 12,5% * € 2,25 Mrd. Im dritten Jahr betrüge die Aufkommenseinbuße aus der ratierlichen Abschaffung der Mindestbesteuerung € 840 Mio., im vierten Jahr rund € 1.125 Mio. – wohlgermerkt ohne gegenläufige Aufkommenseffekte aus dem vorzeitigen Verlustverbrauch wegen einer weniger intensiven Mindestbesteuerung.

werden könnten („refreshing“).²¹⁰ Im Ergebnis würde eine zeitliche Begrenzung voraussichtlich die Nutzbarkeit zahlreicher Verlustvorträge zerstören, und zwar in vermutlich gleichheitssatzwidriger Weise. Das Steueraufkommen der Veranlagungszeiträume 2011 ff. würde aber in keiner Weise gegen etwaige Risiken aufgrund von Altverlusten geschützt. Eine zeitliche Verlustkappung stellt also infolge ihrer fiskalischen Unergiebigkeit ein untaugliches Mittel für eine haushaltsverträgliche Neuordnung der Verlustverrechnung dar. Auf die steuersystematische und verfassungsrechtlichen Verwerfungen einer Verlustkappung kommt es damit schon fast nicht mehr an.

Auch eine Unterscheidung zwischen „guten“ und „schlechten“, d.h. künstlichen Verlusten kommt als sachgerechte Reformoption nicht in Betracht. Neben Wertungswidersprüchen des Gesetzgebers im Zeitablauf sprechen hiergegen insbesondere administrative Aspekte. So sind für eine Vielzahl von Altverlusten die abgabenrechtlichen Aufbewahrungsfristen bereits abgelaufen, zunehmend auch für die Jahre, in denen (doppelte) Beteiligungsabschreibungen noch steuerwirksam waren.

Sowohl als Übergangsregelung steuersystematisch vertretbar als auch haushaltsverträglich ist eine Beschränkung des Anwendungsbereichs von §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG auf Altverluste (*Phasing Out*). Die negativen Anreizwirkungen der Mindestbesteuerung wären behoben, die Verlustverrechnung in Deutschland jedenfalls mit Wirkung für die Zukunft systemgerecht geordnet. Die öffentlichen Haushalte aber wären ebenso „immun“ gegen Altverluste wie bei unveränderter Fortführung der Mindestbesteuerung.

Problematisch erscheint allein die Schlechterbehandlung von Altverlusten im Vergleich zu Neuverlusten, auch wenn der steuerliche Status Quo der Altverluste unverändert bliebe. Um diese Diskriminierung aus steuersystematischen und damit auch Gerechtigkeitsgründen möglichst gering zu halten, ist eine Kombination des *Phasing Out*-Modells mit einer ratierlichen Abschmelzung der Mindestbesteuerung z.B. über acht Jahre ratsam, d.h. in jährlichen Schritten von 5%-Punkten. Die Aufkommensverluste hieraus sollten mit anfangs weniger als € 0,3 Mrd. p.a. fiskalisch unproblematisch verkraftbar sein.

²¹⁰ Vgl. hierzu z.B. *Kaeser*, Steuerliche und bilanzielle Behandlung von Verlusten im Konzern, in *Lehner* (Hrsg.), Verluste (Fn. 26), S. 115 (124);

V. Untergang Verlustvorträge bei Veräußerung und Umwandlung

1. Untergang Verlustvorträge bei Veräußerung („change of control“)

Wie oben in Abschnitt III.2.a) dargelegt, entbehrt der Grundtatbestand des § 8c Abs. 1 Satz 1 und 2 KStG jedweder steuersystematischer Grundlage. Ein Untergang von Verlustvorträgen einer Kapitalgesellschaft allein aufgrund eines Gesellschafterwechsels missachtet das körperschaftsteuerliche Trennungsprinzip, ohne dass dies zur Verhinderung einer missbräuchlichen Ausnutzung der eigenen Steuerrechtspersönlichkeit von Körperschaften erforderlich wäre.

§ 8c Abs. 1 Satz 6 KStG, der mit Wirkung ab 2010 eingefügt wurde und den Untergang auf Verlustvorträge beschränkt, die die steuerverhafteten stillen Reserven der Verlustgesellschaft übersteigen, hat die „Verlustabzugsverhinderungsnorm“²¹¹ allerdings in eine Vorschrift verwandelt, die – wie zuvor § 8 Abs. 4 KStG a.F. – in steuersystematisch vertretbarer Weise der Missbrauchsverhinderung dient.²¹² Dies zeigt auch ein rechtsvergleichender Blick.

a) Rechtsvergleichende Betrachtung (§ 382 Internal Revenue Code)

Während § 8c KStG 2009 infolge seiner ausschließlichen Gesellschafterbezogenheit international ohne Beispiel gewesen sein dürfte, ist ein Untergang von Verlustvorträgen, die die stillen Reserven oder den Unternehmenswert der veräußerten Gesellschaft übersteigen, auch in anderen Steuerrechtsordnungen verwirklicht. Zwar sieht z.B. das britische Steuerrecht eine Regelung vor, wonach Verlustvorträge, ebenso wie gem. § 8 Abs. 4 KStG a.F., zur Gänze erhalten bleiben, solange innerhalb von drei Jahren nach dem Mehrheitswechsel keine wesentliche Änderung der betrieblichen Tätigkeit eintritt.²¹³

In gewisser Ähnlichkeit zu § 8c KStG n.F. führt die zeitliche Streckung der Nutzung von Verlustvorträgen in den USA gem. § 382 *Internal Revenue Code*

²¹¹ Gosch, BFH/PR 2008 S. 148. Vgl. auch Nachweis in Fn.78.

²¹² So auch *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010 S. 73 (74) („neuer Gesetzeszweck“). Eine entsprechende Regelung für gewerbesteuerliche Fehlbeträge bei Personengesellschaften wäre ebenfalls steuersystematisch zu begrüßen, vgl. zum Konzept der Unternehmeridentität *Kempf/Valenta*, in *Lüdicke/Kempf/Brink* (Hrsg.), *Verluste* (Fn. 13), S. 234 ff.

²¹³ Vgl. § 768 *Income and Corporate Tax Act*. Maßgeblich für eine solchen „major change in the nature or conduct of a trade carried on by the company“ ist das Gesamtbild der Verhältnisse, in das z.B. Anpassungen bei den betrieblichen Einrichtungen, beim Kundenstamm sowie der Belegschaft einfließen.

aber z.B. dazu, dass der Steuerbarwert der Verlustnutzung höchstens dem Unternehmenswert der Kapitalgesellschaft entspricht, bei dem der schädliche Anteilseignerwechsel eingetreten ist.²¹⁴ So berechnet sich der jährlich nutzbare Anteil des Verlustvortrags als Produkt aus dem Marktwert der übernommenen Gesellschaft und dem Kapitalmarktzins für sichere Anlagen. Die Nutzung der erworbenen Verlustvorträge ist somit betragsmäßig auf die laufenden Einkünfte begrenzt, die bei einer Veräußerung des Betriebsvermögens durch die Gesellschaft (*asset deal*) aus der Anlage des Verkaufserlöses in festverzinsliche Wertpapiere erzielt worden wären.

Zwar unterscheiden sich § 8c KStG n.F. und § 382 *Internal Revenue Code* dadurch, dass die deutsche Vorschrift den Erhalt der Verlustvorträge auf die stillen Reserven begrenzt, während ihr US-Pendant die Verlustnutzung vom Verkehrswert der Anteile abhängig macht, d.h. eine Kürzung um das steuerliche Eigenkapital unterbleibt. Die konzeptionelle Ähnlichkeit folgt aber daraus, dass jeweils versucht wird, die Verlustgesellschaft steuerlich so zu stellen, als hätte sie ihre Wirtschaftsgüter verkauft.²¹⁵

b) § 8c KStG und Stille Reserven-Regel

Auch wenn dies nicht die Rückkehr zu der gut begründeten Missbrauchsverhinderungsnorm des § 8 Abs. 4 KStG versperrt²¹⁶, erscheint das Konzept von § 8c KStG n.F nicht nur vor einem rechtsvergleichenden Hintergrund vertretbar. Es ist trotz des körperschaftsteuerlichen Trennungsprinzips²¹⁷ auch steuersystematisch tragfähig. Die Stille Reserve-Regel knüpft an einen Umstand an, der die Gesellschaft selbst betrifft und damit ihre wirtschaftliche Identität. Deren Berücksichtigung aber ist Voraussetzung dafür, dass Veränderungen im Gesellschafterkreis ausnahmsweise auch körperschaftsteuerlich beachtlich sein können.

²¹⁴ § 382 *Internal Revenue Code* sieht einen Anteilseignerwechsel als schädlich an, wenn mehr als 50% der Anteile von mindestens 5%-Gesellschaftern erworben wurden. Wie in Großbritannien setzt der Erhalt der Verlustvorträge eine Betriebsfortführung voraus („*business continuity*“).

²¹⁵ In Deutschland werden Verlustvorträge konzeptionell in Abschreibungsvolumina aus stillen Reserven verwandelt, in den USA sind Verluste in Höhe fiktiver Einnahmen aus der Anlage des Verkaufserlöses nutzbar.

²¹⁶ Hierfür lässt mit *Müller-Gatermann*, Ubg 2010 S. 153 (158) auch ein Vertreter der Finanzverwaltung eine gewisse Sympathie erkennen, vgl. Fn. 57.

²¹⁷ Vgl. Nachweise in Fn. 79.

So verhindert ein Untergang der Verlustvorträge, die die stillen Reserven der Verlustgesellschaft übersteigen, dass inaktive Kapitalgesellschaften allein wegen ihrer Verlustvorträge erworben werden, d.h. der „Verlustvortrag durch die Übertragung einen wirtschaftlichen Wert erlangt, der ihm ohne Übertragung nicht zuzuordnen ist“²¹⁸. Vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Individualbesteuerung²¹⁹ überzeugt zudem, dass die Verlustvorträge in dem Maße erhalten bleiben, wie sie von der Verlustgesellschaft in einem gedachten letzten Akt der Veräußerung des gesamten Betriebsvermögens hätten genutzt werden können. Schließlich beruht die Stille Reserven-Regel des § 8c KStG auf einer ähnlichen gesetzgeberischen Wertung wie die Möglichkeit, bei Umwandlungen stille Reserven zur Verlustnutzung durch den Ansatz gemeiner Werte zu realisieren. Das SEStEG hat diese Option auch als Ersatz für den Wegfall von § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG eingeräumt, auch wenn ihre Ausübung eine – derzeit fehlende – Bereichsausnahme von der Mindestbesteuerung voraussetzt (vgl. nachfolgend Abschn. 2.c)).

Allerdings ist bei der Auslegung der Stille Reserven-Regel des § 8c Abs. 1 Satz 6 KStG der steuersystematische und damit auch verfassungsrechtliche Rechtfertigungsdruck zu beachten, der auf dieser Vorschrift lastet. In Anbetracht von Bewertungsschwierigkeiten dürfte dies zum einen bedeuten, dass die stillen Reserven anhand des Kaufpreises zu ermitteln sind, der für die Anteile an der Verlustgesellschaft gezahlt wurde.²²⁰ Zum anderen sind stille Reserven in Organgesellschaften trotz § 8b Abs. 2 KStG als „im Inland steuerpflichtig“ im Sinne von § 8c Abs. 1 Satz 7 KStG anzusehen. So hätten auch die Einkünfte aus diesen stillen Reserven mit den Verlustvorträgen des Organträgers verrechnet werden könnten.²²¹

²¹⁸ *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010 S. 73 (76).

²¹⁹ Vgl. *Lang*, in *Tipke/Lang*, *Steuerecht* (Fn. 21), § 3 Rz. 14.

²²⁰ So auch *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010 S. 73 (76). Dass hieraus kein Missbrauchspotenzial folgt, zeigt folgendes Beispiel einer GmbH, die über nichts anderes als 1.000 Verlustvorträge verfügt. Ein Erwerber wird bei einem Steuersatz von 30% etwa 300 für die GmbH-Anteile als theoretischen Wert der Verlustvorträge zahlen. So blieben bei diesem Kaufpreis nur 300 Verlustvorträge erhalten, die einen steuerlichen Wert von 90 hätten. Bei einem Kaufpreis von 90 aber würden nur Verlustvorträge mit einem Wert von 27 verbleiben. Ein „Mantelkauf“ lohnt also nicht.

²²¹ Vgl. entsprechend zu § 8 Abs. 4 KStG a.F. *BMF-Schreiben v. 16.04.1999*, *BStBl. I 1999* S. 455 (Tz. 9 Satz 2), wonach auch das Betriebsvermögen von Organgesellschaften hinsichtlich der schädlichen Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens zu berücksichtigen war. Ebenso *Eisgruber/Schaden*, Ubg 2010 S. 73 (84).

2. Untergang Verlustvorträge bei Umwandlung

a) Fehlende steuersystematische Rechtfertigung

Ziel des Umwandlungssteuerrechts ist es, steuerliche Hemmnisse bei betriebswirtschaftlich sinnvollen Umstrukturierungen von Unternehmen zu beseitigen.²²² Neben der Vermeidung der Versteuerung von stillen Reserven ist hierbei insbesondere der Übergang von Verlustvorträgen des übertragenden Rechtsträgers auf den übernehmenden Rechtsträger von Bedeutung.

Während das UmwStG über das Instrument der Buchwertfortführung die erste Anforderung gewährleistet, sicherte § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. bis 2006 den Fortbestand von Verlustvorträgen bei der Verschmelzung von Verlustkapitalgesellschaften.²²³ Seit der Abschaffung dieser Vorschrift durch das SEStEG sind Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften mit Verlustvorträgen mit einem signifikanten Steuernachteil verbunden, der regelmäßig auch prohibitiv wirkt, nämlich dem Untergang sämtlicher Verlustvorträge der übertragenden Körperschaft, und zwar ohne dass dies – z.B. wegen eines Wechsels von Besteuerungsebenen – steuersystematisch geboten wäre.

Insbesondere weist auch die theoretische Möglichkeit, beim übertragenden Rechtsträger den gemeinen Wert oder einen Zwischenwert ansetzen und somit einen steuerpflichtigen Übertragungsgewinn zu generieren, in der Besteuerungswirklichkeit keinen Ausweg.²²⁴ Es fehlt an einer Bereichsausnahme von der Mindestbesteuerung der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG mit der Folge, dass eine Aufdeckung stiller Reserven zur Verrechnung mit vorhandenen Verlustvorträgen (im Interesse eines höheren Abschreibungsvolumens beim übernehmenden Rechtsträger, sog. *refreshing* von Verlustvorträgen) mit einer Steuerzahlung auf 40% der stillen Reserven einhergeht.²²⁵

²²² Vgl. z.B. Regierungsentwurf zum Umwandlungssteuergesetz, BT-Drucks. 12/7263, Allgemeiner Teil.

²²³ Entsprechendes regelten §§ 15 Abs. 4; 19 Abs. 2 UmwStG a.F. für Spaltungen und die Gewerbesteuer.

²²⁴ Irreführend insoweit die SEStEG-Begründung v. 26.05.2006, BT-Drucks. 16/2710 S. 41: „Vorhandene Verlustvorträge können bei der Überträgerin im Rahmen des grundsätzlich vorgesehenen Ansatzes des gemeinen Wertes oder eines Zwischenwertes auf das übertragene Vermögen verrechnet werden.“

²²⁵ Krit. insoweit z.B. Möhlenbrock, DStJG 33 (2010) S. 399 (355, 379).

Im Ergebnis ist ein Übergang von Verlustvorträgen bei der Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf die andere zwar womöglich weder gemeinschaftsrechtlich noch verfassungsrechtlich zwingend.²²⁶ Dies bedeutet aber nicht, dass die Ausräumung auch des steuerlichen Restrukturierungshindernisses nicht ein Gebot systematischer Überlegungen²²⁷ oder politischer Klugheit ist, um effizienzfördernde Reorganisationen nicht zu behindern.

b) Gemeinschaftsrechtliche Restrisiken eines „Verlustimports“?

Ein Festhalten am gegenwärtigen Zustand erschiene womöglich dann ratsam, wenn mit § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG nennenswerte gemeinschaftsrechtliche und damit auch fiskalische Risiken verbunden wären. Dies dürfte vor dem Hintergrund der jüngeren EuGH-Rechtsprechung inzwischen aber noch weniger der Fall sein als zu Zeiten des SEStEG-Gesetzgebungsverfahrens. Bereits damals wurden die gemeinschaftsrechtlichen Risiken im Schrifttum allenfalls als gering eingeschätzt – dies insbesondere mit Hinweis auf die *Futura*-Entscheidung²²⁸ des EuGH, die dem Territorialitätsprinzip geschuldete Beschränkungen des Betriebsausgabenabzugs explizit als nicht gemeinschaftsrechtswidrig erachtet hatte.²²⁹ Mit den EuGH-Entscheidungen vom 21.01.2010 und

²²⁶ So z.B. *Möhlenbrock*, Ubg. 2010 S. 256 (258); *ders.*, DStJG 33 (2010) S. 339 (354). Erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip hingegen hegen z.B. *Körner*, IStR 2006 S. 109 (112), *Bambynek*, StB 2006 S. 173 (177).

²²⁷ Vgl. *Hey*, Stellungnahme zum SEStEG, Öffentliche Anhörung des Finanzausschusses, 2006, S. 13: „Der für natürliche Personen geltende Grundsatz der Individualbesteuerung wird für Zwecke der Besteuerung juristischer Personen durch den Grundsatz der Einmalbefassung auf Körperschaftsebene verdrängt. Dieser Grundsatz kann nicht auf Gewinne beschränkt werden, sondern muss auch für Verluste zur Anwendung gebracht werden.“

²²⁸ Vgl. EuGH-Urteil v. 15.05.1997, C-250/95, Slg. 1997 S. I-2471 (*Futura*). Vgl. hierzu *Saß*, DB 1997 S. 1533.

²²⁹ Vgl. z.B. *Rödter*, in *Rödter/v. Lishaut/Herlinghaus*, UmwStG, 2008, § 12 Rz. 107; *Rödter/Schumacher*, DStR 2006 S. 1525 (1533); *Wisniewski*, in *Haritz/Menner*, UmwStG, 3. Aufl. 2010, § 12 Rz. 101; *Dörfler/Rautenstrauch/Adrian*, BB 2006 S. 1656 (1657); *Maiterth/Müller*, DStR 2006 S. 1861 (1865); *Schafitzl*, BB 2006 S. 36 (48); *Körner*, IStR 2006 S. 469 (470); *Ley/Bodden*, FR 2007 S. 265 (276); *Werra/Teiche*, DB 2006 S. 1455 (1460); wohl auch *Schießl*, in *Widman/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 12 Rz. 788.1, 108. Erg.-Lief. 06/2009. A.A. wohl nur *Dötsch*, in *Dötsch/Jost/Pung/Witt*, § 12 UmwStG (SEStEG) Rz. 51, 61. Erg.-Lief. 11/2007, der Deutschland „auf einer halbwegs `sicheren Seite`“ wohl nur bei Streichung einer nationalen Regelung wähnt, auf die man sich bei einer Hineinverschmelzung berufen könnte.

25.02.2010 in den Rechtssachen *SGI*²³⁰ und *X Holding*²³¹ hat eine Entwicklung ihren vorläufigen Höhepunkt erreicht, die mit der *Marks & Spencer*-Entscheidung vom 13.12.2005²³² begonnen hat und den gemeinschaftsrechtlichen Rechtfertigungsgründen, insbesondere der Wahrung der „Aufteilung der Besteuerungsgrundlagen zwischen den Mitgliedstaaten“ als „zwingendem Grund des Allgemeininteresses“, ein weit größeres Gewicht einräumt als dies früher der Fall gewesen ist.²³³

Entsprechend sind die gemeinschaftsrechtlichen Handlungsspielräume der mitgliedstaatlichen Steuergesetzgeber gestiegen. Jedenfalls im Hinblick auf sog. „§ 8a-Lösungen“²³⁴, zu denen auch die Abschaffung des § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG zählt – um jegliche gemeinschaftsrechtliche Risiken zu vermeiden, werden sämtliche Steuervorteile, die in rechtfertigungsbedürftiger Weise auf das Inland beschränkt sind, ungeachtet ihrer etwaigen Schlüssigkeit sicherheitshalber abgeschafft –, sollte sich dies zu Gunsten des Steuerpflichtigen auswirken.

Für eine gemeinschaftsrechtliche Risikolosigkeit von § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F., nämlich ein gemeinschaftsrechtliches Gebot, Verluste vorrangig im Quellenstaat zu berücksichtigen, spricht neben der *Futura*-Entscheidung des EuGH insbesondere das sekundäre Gemeinschaftsrecht in Gestalt von Art. 6 der Fusionsrichtlinie²³⁵. Hiernach sind Verlustvorträge einer über-

²³⁰ C-311/08, IStR 2010 S. 144 (insb. Tz. 66).

²³¹ C-337/08, IStR 2010 S. 213.

²³² C-446/03, IStR 2006 S. 19.

²³³ Vgl. z.B. *Eisenbarth/Hufeld*, IStR 2010 S. 309 (313) („*X Holding* verkörpert den jüngsten Baustein der Urteilsreihe *Marks & Spencer* [...] der seit *Marks & Spencer* zum Ausdruck gebrachte Harmonisierungsvorbehalt wird untermauert“). Vgl. zu *X Holding* z.B. auch – kritisch – *Englisch*, IStR 2010 S. 215.

²³⁴ Diese Terminologie fußt auf der Reaktion des Gesetzgebers auf das EuGH-Urteil vom 12.12.2003 – C-324/00, Slg. 2002 S. 1-11779, 273 (*Lankhorst Hohorst*), die Gesellschafterfremdfinanzierung gem. § 8a KStG a.F. auch auf rein inländische Darlehensfinanzierungen anzuwenden, obgleich insoweit Steuersatzarbitrage nicht möglich ist. Vgl. hierzu – sowie zu einem Lösungsvorschlag hinsichtlich des Dilemmas, das den mitgliedstaatlichen Steuergesetzgebern aus einer grundsätzlich rückwirkend wirkenden EuGH-Rechtsprechung erwächst, nämlich der Vorabprüfung neuer Gesetzgebungsvorhaben durch die EU-Kommission, die ausnahmsweise eine *pro futuro*-Wirkung von EuGH-Urteilen rechtfertigen könnte – *Hey*, FR 2008 S. 1033 (1039 f.).

²³⁵ Richtlinie v. 23.07.1990 (90/434/EWG) i.d.F. der Richtlinie v. 17.02.2005 (2005/19/EG), ABl. EG Nr. L 058 S. 19.

tragenden Inlandsgesellschaft auch weiterhin im Rahmen der inländischen Besteuerung der übernehmenden Auslandsgesellschaft zu berücksichtigen, soweit diese eine Betriebsstätte unterhält. Die Fusionsrichtlinie nimmt den Quellenstaat in die Verlustberücksichtigungspflicht, nicht aber den Ansässigkeitsstaat des übernehmenden Rechtsträgers. Zwar wird das primäre Gemeinschaftsrecht nicht durch EU-Richtlinien oder -Verordnungen begrenzt, die „nur“ sekundäres und damit niederrangiges Gemeinschaftsrecht begründen. Ein gewisser Richtschnurcharakter bei der Auslegung der primärrechtlichen Grundfreiheiten dürfte Bestimmungen des sekundären Gemeinschaftsrechts vom EuGH aber zugebilligt werden, gerade wenn diese spezifische Ausprägungen der Grundfreiheiten wie z.B. grenzüberschreitende Verschmelzungen adressieren.

Selbst wenn insoweit aber gemeinschaftsrechtliche Unsicherheiten verbleiben sollten, hätte sich der Gesetzgeber mit einer Abschaffung von § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. nicht wirksam gegen den Import ausländischer Verluste geschützt. So bleibt die Möglichkeit der Sitzverlegung in das Inland, um rechtliche Chancen auf einen Verlustimport zu wahren, und „finale“ Verluste im Sinne der EuGH-Rechtsprechung z.B. in der Rechtssache *Marks & Spencer*²³⁶ kann der Steuerpflichtige ohnehin im Inland geltend machen.²³⁷ Für nicht finale Verluste begründet die Fusionsrichtlinie aber eine vorrangige Berücksichtigungspflicht im Quellenstaat, und nur unter der Voraussetzung der Betriebsfortführung war § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. tatbestandsmäßig. Auch deswegen erscheint eine solche Regelung allenfalls mit vernachlässigenswert geringen gemeinschaftsrechtlichen Risiken verbunden, die dem Konzept eines Verlustübergangs bei Verschmelzungen wegen dessen steuersystematischer und betriebswirtschaftlicher Vorzüge nicht länger entgegenstehen sollten, und sei es wegen der jüngeren „mitgliedstaatfreundlicheren“ EuGH-Rechtsprechung.²³⁸

c) Bereichsausnahme von der Mindestbesteuerung

Lassen sich gemeinschaftsrechtliche Restrisiken einer Rückkehr zu dem Regelungskonzept des § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG a.F. aber nach Auffassung des

²³⁶ EuGH-Urteil v. 13.12.2005 – C-446/03, IStR 2006 S. 19.

²³⁷ Vgl. Rödder, in *Rödder/v. Lishaut/Herlinghaus*, UmwStG, 2008, § 12 Rz. 107; *Ley/Bodden*, FR 2007 S. 265 (276); *Werra/Teiche*, DB 2006 S. 1455 (1460); *Wisniewski*, in *Haritz/Menner*, UmwStG, 3. Aufl. 2010, § 12 Rz. 101; wohl auch *Schießl*, in *Widman/Mayer*, Umwandlungsrecht, § 12 Rz. 788.1, 108. Erg.-Lief. 06/2009.

²³⁸ Vgl. Nachweis in Fn. 233.

Steuergesetzgebers auch vor dem Hintergrund der jüngeren EuGH-Rechtsprechung z.B. in der Rechtssache *X Holding*²³⁹ nicht zerstreuen, sollte zumindest eine Ausnahme von der Mindestbesteuerung für Verlustvorträge vorgesehen werden, die mit Übertragungsgewinnen nach dem UmwStG verrechnet werden. So würde eine solche Bereichsausnahme von §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG dem Steuerpflichtigen erst die in der SEStEG-Gesetzesbegründung erwähnte Möglichkeit eröffnen, Verlustvorträge durch Ansatz gemeiner Werte oder Zwischenwerte in Abschreibungspotenzial zu verwandeln, die akkumulierten negativen Einkünfte also zu „refreshen“.

Auch wenn Nachteile wie z.B. unterschiedlich hohe körperschaft- und gewerbesteuerliche Verlustvorträge sowie nicht absehbare Betriebsprüfungsrisiken verbleiben, wäre das steuerliche Umstrukturierungshindernis „Verlustvortragsuntergang“ doch erheblich entschärft.²⁴⁰ Die Liquiditäts- und Zinsnachteile würden sich in den Fällen, in denen genügend stille Reserven im beweglichen Anlagevermögen vorhanden sind, auf Abschreibungsverläufe beschränken, die die Gewinnentwicklung des übernehmenden Rechtsträgers überschreiten.²⁴¹

VI. Zusammenfassung und Fazit

Das deutsche Steuerrecht beschränkt die Verrechnung von Verlusten in vielfältiger Weise. Häufig sind die Limitierungen steuersystematisch gut begründet oder zumindest vertretbar. Dies gilt z.B. bei Regelungen, die der schedulenhaften Besteuerung privater Kapitaleinkünfte durch die Abgeltungssteuer, Steuerstundungsmodellen oder der DBA-rechtlichen Freistellung ausländischer Betriebsstättengewinne Rechnung tragen (Symmetriethese). Das Realisationsprinzip, nach dem Wertveränderungen markteinkommenstheoretisch fundiert nur bei Verkauf steuerlich erfasst werden, rechtfertigt Beschränkungen der Verrechnung von Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften. So könnte der Steuerpflichtige anderenfalls durch gezielte Veräußerungen Wert-

²³⁹ Vgl. Nachweis in Fn. 231.

²⁴⁰ Dieser Vorschlag wird z.B. auch von Angehörigen der Finanzverwaltung unterbreitet, vgl. *Möhlenbrock*, DStJG 33 (2010) S.339 (379); *ders.*, Ubg 2010 S. 256 (258).

²⁴¹ Ein solcher Steuerbarwertnachteil entsteht immer dann, wenn der anderenfalls übergehende Verlustvortrag von der übernehmenden Körperschaft in einem Zeitraum hätte genutzt werden können, der die durchschnittliche Abschreibungsdauer der Wirtschaftsgüter unterschreitet, bei denen im Rahmen des Verschmelzungsvorgangs via Zwischenwertansatz stille Reserven realisiert wurden.

minderungen steuerlich geltend machen, Wertsteigerungen als stille Reserven aber steuerlich unbelastet akkumulieren.

An jedweder steuersystematischer Rechtfertigung fehlt es hingegen den *allgemeinen* Beschränkungen der Verlustverrechnung der jüngeren deutschen Steuergesetzgebung. An erster Stelle ist hier die Mindestbesteuerung gem. §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG zu nennen. Diese Besteuerung von 40% der laufenden positiven Einkünfte trotz ausreichender Verlustvorträge und damit überwiegender negativer Einkünfte wurde auch von der Bundesregierung „in entlarvender Offenheit“²⁴² allein mit der Erzielung zusätzlicher Steuereinnahmen begründet – eine Motivation, die auch dem BVerfG nicht genügt, um einen Verstoß gegen das objektive Nettoprinzip und damit eine gleichheits-satzwidrige Ungleichbehandlung zu rechtfertigen²⁴³.

Ähnlich verhielt es sich mit § 8c KStG in seiner bis 2009 geltenden Fassung. Nach dieser „Verlustabzugsverhinderungsnorm“²⁴⁴ gingen Verlustvorträge einer Kapitalgesellschaft bereits bei einem Anteilseignerwechsel verloren, d.h. auch bei unveränderter wirtschaftlicher Identität der Verlustgesellschaft. Die Abschaffung von § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG war ebenfalls allein fiskalischen Erwägungen geschuldet. Gemeinschaftsrechtliche Restrisiken wurden in womöglich übervorsichtiger Weise zum Anlass genommen, Verlustvorträge auch bei Reorganisationen innerhalb des körperschaftsteuerpflichtigen Sektors verfallen zu lassen.

Bei § 8c KStG hat der Gesetzgeber mit dem Erhalt der Verlustvorträge bis zur Höhe der stillen Reserven zwischenzeitlich eine Lösung gefunden, die steuersystematisch gut vertretbar scheint. Für Reorganisationen bietet sich, falls eine Rückkehr zu § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG wegen gemeinschaftsrechtlicher Restrisiken nicht in Betracht kommen sollte, eine Bereichsausnahme von der Mindestbesteuerung an. Der Ansatz gemeiner Werte oder Zwischenwerte bei Verschmelzungen könnte Verlustvorträge – wie bei § 8c KStG n.F. begrenzt auf die Höhe der stillen Reserven der Verlustgesellschaft – in zukünftige Abschreibungen verwandeln (*refreshing*), ohne Steuerzahlungen auszulösen.

²⁴² Lang/Englisch, Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung (Fn. 30), S. 26.

²⁴³ Vgl. z.B. BVerfG v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u.a., BFH/NV 2009 S. 338 (Tz 61); BVerfG v. 21.06.2006 – 2 BvL 2/99, DStR 2006 S. 1316 (1317, Tz 74).

²⁴⁴ Gosch, BFH/PR 2008 S. 148.

Dringender steuergesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht bei der Mindestbesteuerung. Statistische Auswertungen der Veranlagungen zur Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Einkommensteuer zeigen, dass die Aufkommenswirkungen der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG jährlich maximal rund €2–2½ Mrd. betragen sollten und damit vergleichsweise niedrig sind, nämlich nur 5% der Einnahmen aus Körperschaft- und Gewerbesteuer betragen. Insbesondere stehen diese Mindereinnahmen aus einer Abschaffung der Mindestbesteuerung in keinem Verhältnis zu den rund € 500-700 Mrd., auf die sich körperschaft- sowie gewerbesteuerliche Verlustvorträge gegenwärtig belaufen dürften und die häufig als fiskalisches Drohpotenzial angeführt werden.

Für den Fall, dass auch vor dem Hintergrund einer vergleichsweise geringen fiskalischen Bedeutung der Mindestbesteuerung ihre übergangslose Abschaffung unvertretbar erscheint, schlägt die vorliegende Schrift Übergangslösungen vor, die jedenfalls haushaltsverträglich sein sollten und auch miteinander kombiniert werden können. Schon deshalb sollten Überlegungen, zwischen „guten“ und „schlechten“ Altverlusten zu differenzieren oder Verlustvorträge nach 5, 7, 10 oder auch 15 oder 20 Jahren zu „kappen“, nicht weiter verfolgt werden. So weist eine Differenzierung von Verlustvorträgen nach ihrer tatbestandsmäßigen Herkunft zunächst eine gewisse innere Widersprüchlichkeit auf – hatte der Steuergesetzgeber die Verluste im Zeitpunkt ihrer Entstehung doch z.B. aus Lenkungsgesichtspunkten für sachgerecht befunden. Zudem dürfte eine solche Differenzierung auch nicht administrierbar sein, sind Aufbewahrungsfristen z.B. für erhöhte Fördergebiets- oder (doppelte) Teilwertabschreibungen aus dem letzten Jahrhundert doch bereits abgelaufen.

Eine zeitliche Begrenzung der Verlustvortragsfähigkeit, die auf den ersten Blick als ein im Vergleich zur Mindestbesteuerung zielgenauerer Weg zur Bewältigung der „Altverlustberge“ erscheinen mag, ist hingegen in den ersten Jahren nicht nur mit keinerlei Mehreinnahmen verbunden, die eine übergangslose Abschaffung von §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG finanzieren könnten. Eine solche „Verlustkappung“ wäre neben ihrer fiskalischen Unergiebigkeit auch verfassungsrechtlich höchst fragwürdig. So würde die Geltendmachung negativer Einkünfte anders als bei der Mindestbesteuerung nicht nur zeitlich gestreckt. Vielmehr wäre das objektive Nettoprinzip durch den endgültigen Untergang der Verlustvorträge nach z.B. sieben Jahren „final“ betroffen und damit wohl gleichheitssatzwidrig verletzt. Steuersystematisch besteht zudem allenfalls ein vordergründiger Zusammenhang zwischen Mindestbesteuerung und zeitlicher „Verlustkappung“, handelt es sich doch einmal – vergleichbar mit Abschreibungs- oder Rückstellungsregelungen – um einen

temporären Effekt und einmal um eine permanente Wirkung (endgültiger Untergang Verlustvorträge). Die Wahrscheinlichkeit einer endgültigen Versagung des Betriebsausgabenabzugs würde steigen, wenn es – fiskalisch infolge anfangs fehlender Steuereinnahmen aus der Verlustkappung gut begründbar – in den ersten Jahren zu einem Nebeneinander von Mindestbesteuerung und Verlustkappung käme. Ein *refreshing* der Verlustvorträge via Verwandlung in künftige Abschreibungen wäre auch bei vorhandenen stillen Reserven nicht möglich.

Eine Übergangsregelung im Sinne eines *Phasing Out* der Mindestbesteuerung, d.h. der Beschränkung des Anwendungsbereichs der §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG auf Altverluste, erscheint aus fiskalischer Sicht unbedenklich. So würden im ersten Veranlagungszeitraum keinerlei Mindereinnahmen verursacht, unterlägen doch alle Verlustvorträge, die zu Beginn des Reformjahres vorhanden sind, weiterhin der Mindestbesteuerung. Auch in den Folgeperioden dürften sich die Aufkommenseinbußen nur auf einen kleinen Teil der maximal € 2–2½ Mrd. belaufen, mit der die Mindestbesteuerung gegenwärtig zu den Steuereinnahmen beitragen sollte. Dies gilt insbesondere, falls sich die konjunkturelle Situation und damit auch die Ergebnislage der Steuerpflichtigen erwartungsgemäß weiter verbessert. Die Verluste, die in 2011 und den Folgejahren erlitten werden und nach dem *Phasing Out*-Modell die einzigen sind, die zur vollumfänglichen interperiodischen Verlustverrechnung berechtigen, wären vergleichsweise gering. „Altverluste“ bis 2010 aber wären fiskalisch über die Fortgeltung der Mindestbesteuerung ebenso abgeschirmt wie dies gegenwärtig der Fall ist. Eine großzügigere Definition von Neuverlusten, die z.B. auch Verlustvorträge umfassen könnte, die seit der Einführung des Halbeinkünfteverfahrens in 2001 oder dem Ausbruch der Finanzkrise in 2008/09 entstanden sind, würde diese sehr geringen Steuermindereinnahmen allerdings signifikant erhöhen.

Um den Weg zu einer vollumfänglich systemgerechten Verlustverrechnung zu beschleunigen, sollte die Mindestbesteuerung allerdings nicht nur auf Altverluste beschränkt, sondern auch rätierlich abgeschmolzen werden. Die Mindereinnahmen würden bei 5%-Punkt-Schritten über acht Jahre anfänglich weniger als € 0,3 Mrd. betragen. Diese Mindereinnahmen sollten auch bei angespannter Finanzlage fiskalisch vertretbar sein.

Zusammengefasst würde eine Kombination von zwei Übergangsvorschriften zur Mindestbesteuerung die deutsche Verlustverrechnung in systemgerechter Weise neu ordnen, d.h. ein Sowohl-Als-Auch hinsichtlich eines *Phasing Out*

von §§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG einerseits (via Begrenzung auf Altverluste) und ein Abschmelzen der 40%-igen Mindestbesteuerung andererseits (z.B. in 5%-Schritten bis 2018). Diese Rückkehr zur uneingeschränkten Geltung des Nettoprinzips wäre nicht nur anreizoptimal im Hinblick auf Neuinvestitionen, sondern insbesondere auch haushaltsverträglich, und zwar ohne mit dauerhaften Unterschieden in der steuerlichen Behandlung von Alt- und Neuverlusten einherzugehen. Wegen der Stille Reserven-Regel in § 8c KStG n.F. bedarf es außer einer Bereichsausnahme von der Mindestbesteuerung für Umwandlungen nach dem UmwStG im Übrigen keiner weiteren Änderungen der Regelungen zur Verlustverrechnung in Deutschland.

IFSt-Schriften 2009 / 2010

2 0 0 9

- | | | |
|---------|--|---------|
| Nr. 454 | Die Belastung durch Einkommensteuer
und Sozialabgaben
– Entwicklung und Perspektiven – | 22,00 € |
| Nr. 455 | Zur Abwehr von Steuerumgehungen aus
deutscher und europäischer Sicht | 19,50 € |
| Nr. 456 | Entwicklung wesentlicher Daten der öffentlichen
Finanzwirtschaft in Deutschland | 11,50 € |
| Nr. 457 | DBA-Verständigungsverfahren
– Probleme und Verbesserungsvorschläge – | 13,50 € |
| Nr. 458 | Entwicklung der Realsteuerhebesätze der
Gemeinden mit 50 000 und mehr Einwohnern
im Jahr 2009 gegenüber 2008 | 17,00 € |
| Nr. 459 | Steuerliche Förderung von Forschung und
Entwicklung | 19,00 € |

2 0 1 0

- | | | |
|---------|---|---------|
| Nr. 460 | Zur Struktur familienpolitischer Maßnahmen
in Deutschland | 15,00 € |
| Nr. 461 | Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung
– Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der
Mindestbesteuerung | 17,00 € |
| Nr. 462 | Schiedsverfahren im Internationalen
Steuerrecht | 13,00 € |
| Nr. 463 | Steuerliche Behandlung
grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen | 17,00 € |

ISBN 3-89737-156-1