

Michael Bakowitz*

Die Verlustverrechnung im Einkommensteuerrecht – Gestaltungsbedarf bei § 10d EStG

Abstract

Der Verfasser geht zunächst auf das grundlegende Spannungsverhältnis zwischen der Besteuerung nach dem Totaleinkommen und dem Periodizitätsprinzip ein (II.), bevor die Regelungen zum Verlustrücktrag und Verlustvortrag systematisch und vorwiegend gleichheitsrechtlich untersucht werden (III.). Gerade beim Verlustvortrag ist eine Korrektur verfassungsrechtlich geboten; sie bedarf allerdings aus steuerpolitischen Gründen einer pragmatischen Lösung, die der angespannten Haushaltslage Rechnung trägt (IV.).

* Der Autor studiert Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Dem folgenden Beitrag liegt eine steuerrechtliche Studienarbeit zugrunde, die im Wintersemester 2010/2011 bei Richter am Bundesfinanzhof *Dr. Bernd Heuermann* geschrieben wurde.

I. Einleitung

Der interperiodische Verlustausgleich nach § 10d EStG betrifft sowohl natürliche Personen als auch, über die Verweisung des § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, juristische Personen. Sobald Verluste entstehen, die nicht innerperiodisch ausgeglichen werden können, gelangt § 10d EStG zur Anwendung. Ein umfangreicher Verlustausgleich läuft dabei dem Interesse des Staates entgegen, zur Deckung des eigenen Finanzbedarfs Steuereinnahmen zu erzielen, und wird häufig als bedeutende Ursache für Steuerausfälle angesehen.¹ Denn zum Einen mindert er die Steuereinnahmen, zum Anderen schränkt er durch Verlustrück- und vortragsgestaltungen die Verlässlichkeit der Finanz- und Haushaltsplanung ein.

Die zentrale Frage dieser Studienarbeit ist deshalb, ob es empfehlenswert ist, den interperiodischen Verlustausgleich zugunsten einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung weiter einzuschränken. Die Arbeit wird nicht einfach Gestaltungsmöglichkeiten darstellen, die dem Gesetzgeber prinzipiell offen stehen. Vielmehr soll es darum gehen, dringend notwendigen Handlungsbedarf aufzuzeigen. Dies soll in drei Schritten geschehen: Zu Beginn wird diese Arbeit erläutern, wo die Grenzen einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung zu ziehen sind und weshalb es eines Verlustausgleichs im Steuerrecht bedarf (II.). Sodann wird die aktuelle Gesetzeslage darauf hin untersucht werden, inwieweit sie diesem Zweck gerecht wird und an welcher Stelle sich systematische und verfassungsrechtliche Probleme auf tun (III.). Schließlich werden unter Berücksichtigung der steuerpolitischen Durchsetzbarkeit und ökonomischen Nützlichkeit Vorschläge unterbreitet, die sowohl dem staatlichen Interesse an einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung entgegen kommen als auch dem rechtlichen Bedürfnis nach systematischer und verfassungsrechtlicher Konformität entsprechen (IV.).

II. Das Spannungsverhältnis zwischen Finanz- und Haushaltsplanung und Verlustausgleich

Als Grundlage für die weitere Betrachtung muss zunächst auf die Notwendigkeit von Finanz- und Haushaltsplanung einerseits und von interperiodischem Verlustausgleich andererseits eingegangen werden.

¹ Vgl. dazu *Schlenker* in Blümich, § 10d EStG Rn. 5 [EL 97]; *Braunagel* in Lüdicke/Kempf/Brink Verluste im Steuerrecht 2010, S. 24; *Herzig* Verluste im Körperschaftssteuerrecht DStJG 28 (2005), S. 185 f.

1. Die Finanz- und Haushaltsplanung

Die Bundesrepublik Deutschland deckt ihren Finanzbedarf im Wesentlichen durch die Erhebung von Steuern. Sie ist ein „Steuerstaat“.² Der Finanzbedarf entsteht durch Wahrnehmung staatlicher Aufgaben. Dies sind insbesondere die Gewährleistung einer Rechts- und Wirtschaftsordnung, in der sich das Individuum entfalten kann, und die Verwirklichung des verfassungsrechtlich fundierten Sozialstaats, Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.³ Dabei bezweckt die Finanz- und Haushaltsplanung eine Abschätzung von Einnahmen und Ausgaben.⁴ Sie gleicht die beiden Größen aus, ermöglicht die Gestaltung der gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen und spiegelt das politische Programm der Regierung wider.⁵

Der Haushaltsplan wird für einen Zeitraum von einem Jahr aufgestellt, Inhalt sind alle zu erwartenden Einnahmen und Ausgaben des Bundes, Art. 110 Abs. 1, Abs. 2 GG. Er bindet Parlament und Regierung.⁶ Die auf fünf Jahre angelegte Finanzplanung soll auf Grundlage der voraussichtlichen gesamtwirtschaftlichen Entwicklung die mittelfristige Ausgabenplanung der Regierung offenlegen, § 9 Abs. 1 des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes vom 8.6.1967.⁷ Sie ist nicht rechtsverbindlich.⁸ In diesem Zusammenhang hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt darauf hingewiesen, dass die Finanz- und Haushaltsplanung verlässlich und kalkulierbar sein müsse.⁹

2. Die Notwendigkeit des Verlustausgleichs im Steuerrecht

Nach § 10d Abs. 1 EStG hat der Steuerpflichtige die Möglichkeit, innerperiodisch nicht ausgeglichene Verluste in den vorangegangenen Veranlagungszeitraum zurückzutragen (Satz 1). Da ein für diesen Zeitraum bereits erlassener Steuerbescheid zu berichtigen ist (Satz 3), kann der Wegfall von Steuereinnahmen zu Änderungsbedarf beim jährlichen Haushaltsplan führen. Verbleiben auch nach dem Rücktrag Verluste, sind diese in den folgenden Veranlagungszeiträumen auszugleichen, § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. Das wiederum schafft Unwägbarkeiten in Bezug auf künftige Steuereinnahmen.¹⁰

Es stellt sich daher die Frage, ob es dem Gesetzgeber nicht offen steht, das Institut des Verlustausgleichs zugunsten einer verlässlichen Finanz- und Haushaltsplanung gänzlich abzuschaffen.

2 Vogel in Isensee/Kirchhof HbStR II 3. Aufl., § 30 Rn. 69, 51; Lang in Tipke/Lang Steuerrecht 20. Aufl., § 1 Rn. 1, 3; Friauf DStJG 12 (1989), S. 3; vgl. Isensee in FS Ipsen 1977, S. 409.

3 Vgl. Lang (Fn. 2), § 1 Rn. 6 f.

4 Vierling Wirtschaftsdienst 2008, 40; vgl. Birk in FS Hoppe 2000, S. 287 (290).

5 Birk (Fn. 4), S. 286 f.; Vierling (Fn. 4), S. 41.

6 BVerfG Urteil v. 19.7.1966, 2 BvF 1/65, BVerfGE 20, 56 unter B. 2. b); Birk (Fn. 4), S. 289.

7 BGBl I 1967, 582.

8 Vierling (Fn. 4), S. 401.

9 BVerfG Beschluss v. 22.6.1995, 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121 unter C. III. 3.; BVerfG Beschluss v. 7.11.2006, 1 BvL 10/02, BStBl II 2007, 192 unter D. II.

10 Vgl. dazu Schlenker in Blümich, § 10d EStG Rn. 5 [EL 97]; Braunagel (Fn. 1), S. 24; Herzig (Fn. 1), S. 185 f.

a) *Die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit*

Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt das Postulat der Besteuerungsgerechtigkeit, wonach alle Steuerpflichtigen gleichmäßig zu belasten sind. Dies ist dann der Fall, wenn Maßstab der Besteuerung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist.¹¹ Der Gesetzgeber hat diesen Maßstab einfachgesetzlich in § 2 Abs. 2 Satz 1 EStG als objektives Nettoprinzip konkretisiert.¹² Danach sind für die Besteuerung neben Gewinnen und Einnahmen auch Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG) und Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 EStG) in jeder Höhe zu berücksichtigen. Wenn die Erwerbsaufwendungen die Einnahmen übersteigen, sind konsequenterweise auch Verluste anzuerkennen.¹³ Innerperiodisch werden Verluste durch den Verlustabzug berücksichtigt, § 2 Abs. 3 EStG. Ein Ausgleich erfolgt mit positiven Einkünften derselben Einkunftsart (horizontal), anschließend mit den Einkünften aus den übrigen Einkunftsarten (vertikal).¹⁴ Damit ist noch nicht geklärt, wie mit Verlusten zu verfahren ist, die auch nach dem innerperiodischen Verlustausgleich verbleiben.

b) *Periodizitätsprinzip und Besteuerung des Lebenseinkommens*

Gemäß § 2 Abs. 7 Satz 1 EStG ist die Einkommensteuer eine Jahressteuer. Die Besteuerung erfolgt für das vergangene Jahr jeweils am Ende des Kalender- bzw. Wirtschaftsjahres (§§ 11, 4a EStG). Dann hängt es allerdings vom Zufall ab, ob dem Steuerpflichtigen die positiven Einnahmen, mit denen er die Verluste eines Jahres ausgleichen könnte, vor oder nach Ende des Veranlagungszeitraums zufließen. Hier gehen die nicht ausgeglichenen Verluste verloren, dort werden sie vollständig berücksichtigt, das zu versteuernde Einkommen fällt niedriger aus. Trotz überperiodisch gleicher Leistungsfähigkeit wird unterschiedlich besteuert.¹⁵ Je kürzer die Zeitabschnitte sind, desto ungleichmäßiger wird belastet.¹⁶

Zur umfassenden Verwirklichung des Leistungsfähigkeitspostulats müsste der Bemessung stattdessen das Totaleinkommen zugrunde gelegt werden.¹⁷ Das Periodizitätsprinzip wäre dabei notwendig zur konstanten Deckung des staatlichen Finanzbedarfs. Denn eine Besteuerung des Lebenseinkommens wäre wegen stetiger Änderungen des Steuerrechts sowie Inflations- und Zinseffekten nach dem

11 *BVerfG* Beschluss v. 22.2.1984, 1 BvL 10/80, BVerfGE 66, 214 unter C. I. 2.; *Mohr* (Fn. 1), S. 30 f.; *Lang* (Fn. 2), § 4 Rn. 81; *Reiff* Der Verlustabzug im Lichte des Gleichheitsgrundrechts DStZ 1998, 858.

12 *BFH* Beschluss v. 9.5.2001, XI B 151/00, BStBl II 2001, 552 unter II. 3. a) aa); vgl. *Lang* (Fn. 2), § 9 Rn. 54 f. m. w. N.

13 *Mohr* (Fn. 1), S. 32 f.; *Lang/Englisch* StuW 2005, 3 (6); *Reiff* (Fn. 11), S. 859.

14 *Birk* Steuerrecht 13. Auflage, Rn. 616; *Lang* (Fn. 2), § 9 Rn. 61; *Reiff* (Fn. 11), S. 859.

15 *Drüen* Periodengewinn, Diss. Berlin 1999, S. 89; vgl. *Dorenkamp* IFSt-Schrift Nr. 461 2010, 29; ferner *Schlenker* in Blümich, § 10d EStG Rn. 5 [EL 97]; *Tipke* Steuerrechtsordnung 2. Auflage, S. 755.

16 *Drüen* (Fn. 15), S. 89; vgl. *BFH* Urteil v. 28.7.1961, VI 25/61 U, BStBl III 1961, S. 436.

17 v. *Groll* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 10d Rn. A 12 [EL 57]; *Tipke* (Fn. 15), S. 756; *Schild* in Jahrbuch der Fachanwälte für Steuerrecht 1999/2000, S. 211.

Nominalwertprinzip praktisch nicht durchführbar, die Kalkulierbarkeit der Steuer für Staat und Bürger unmöglich.¹⁸

Bei dieser Betrachtung ist das Periodizitätsprinzip ein technisches Mittel zur Erzielung von Steuereinnahmen.¹⁹ Im Gegensatz dazu wird ihm teilweise materielle Bedeutung zugemessen. Aus dem verfassungsrechtlichen Postulat, dass der Eigentumsgebrauch zugleich dem Allgemeinwohl dienen soll, Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG, folge die Gleichzeitigkeit von Privatnützigkeit und Allgemeinnützigkeit des Einkommens. Allgemeinnützig sei die zeitnahe, also periodische Besteuerung. Sie spiegle die staatliche Teilhabe am wirtschaftlichen Erfolg des Einzelnen wieder und trage zugleich dem gegenwärtigen staatlichen Finanzbedarf Rechnung. Diese Gleichzeitigkeit zwischen Privat- und Allgemeinnützigkeit werde verfehlt, wenn allein das Lebens-einkommen herangezogen wird.²⁰

c) Durchbrechung des Periodizitätsprinzips

Bedeutung erhält die Divergenz zwischen technischem und materiellem Prinzip bei der Frage, wie weit ein interperiodischer Verlustausgleich zugelassen werden muss.

aa) Umfang bei Gleichbelastung des Totaleinkommens

Ist die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorrangig, muss ein Verlustausgleich in anderen Veranlagungszeiträumen grundsätzlich möglich sein.²¹ Der Gesetzgeber ist gehalten, die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig umzusetzen.²²

Die Einräumung eines Verlustrücktrags folgt nicht zwingend aus dem objektiven Nettoprinzip. Denn die Leistungsfähigkeit des laufenden Veranlagungszeitraums beeinflusst nicht die Leistungsfähigkeit des zurückliegenden Veranlagungszeitraums.²³ Der vollständige Ausschluss des Verlustvortrags ist mit dem objektiven Nettoprinzip dagegen unvereinbar.²⁴ Gleichwohl steht es dem Gesetzgeber offen, den Vortrag zeitlich zu strecken, solange dieser auf die Weise nicht vereitelt wird.²⁵ Die zeitliche Streckung des Verlustvortrags durch Mindestbesteuerung ist also möglich, eine zeitliche Begrenzung hingegen ausgeschlossen.

18 Vgl. *Hallerbach* in Herrmann/Heuer/Raupach Lfg. 220, § 10d EStG Rn. 10; *Mohr* (Fn. 1), S. 37; *Eckhoff* DStJG 28 (2005), S. 32 f.; *Drüen* (Fn. 15), S. 89.

19 *Lang* (Fn. 2), § 9 Rn. 44 m. w. N.

20 So *Kirchhof* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, § 2 Rn. A 136 f.

21 So *BFH* Beschluss v. 9.5.2001, XI B 151/00, BStBl II 2001, 552 unter II. 3. a) bb); *Mohr* (Fn. 1), S. 37.

22 *BVerfG* Urteil v. 9.12.2008, 2 BvL 1/07 et al., BVerfGE 122, 210 unter C. I. 2. a); *Mohr* (Fn. 1), S. 34; *Birk* (Fn. 14), Rn. 187.

23 *Mohr* (Fn. 1), S. 37; *Eckhoff* (Fn. 18), S. 34; mit der Rechtssicherheit argumentierend *Reiff* (Fn. 11), S. 860.

24 *Reiff* (Fn. 11), S. 850; vgl. *BVerfG* Beschluss v. 30.9.1998, 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 Leitsatz und unter B. II.

25 *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 2. d).

bb) Umfang bei Gleichbelastung in der Zeit

Geht es stattdessen primär um eine gleichmäßige Belastung in der Zeit und die Deckung des staatlichen Finanzbedarfs, ist ebenfalls von einem Verlustrücktrag abzugehen, dann allerdings zur Wahrung der Haushaltskontinuität. Sonst würde der Staat trotz Bestandskraft der Vorjahresbescheide durch den Rücktrag Aufkommen einbüßen, welches bereits verwendet worden ist.²⁶

Das Periodizitätsprinzip stellt in diesem System eine zeitgerechte Verteilung der individuellen Steuerlasten her, mithin „Besteuerungsgleichheit in der Zeit“.²⁷ Dieser Gleichheit dient auch ein Verlustvortrag, der die Verluste so in der Zukunft verteilt, wie sie sich wirtschaftlich auswirken. Wie lange Verluste vorgetragen werden können, hängt also von der jeweiligen Wirtschaftsperiode ab.²⁸ Unter diesem Aspekt ist eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags denkbar.²⁹

cc) Technische und materielle Wirkung des Periodizitätsprinzips

Die Periodenbesteuerung dient nicht nur der praktikablen Besteuerung und staatlichen Finanzversorgung, sondern auch dem Schutz des Steuerpflichtigen.³⁰ Denn die Belastungsgleichheit in der Zeit schafft einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der laufenden Steuerbelastung und dem laufenden Einkommen. Wäre dies nicht der Fall, könnte das zu erwartende Lebenseinkommen zu jedem beliebigen Zeitpunkt besteuert werden, zum Beispiel durch gleichmäßige Vorauszahlungen auf die Schlussbesteuerung des Total Einkommens. Der Steuerpflichtige wird sein Lebenseinkommen aber kaum gleichmäßig erzielen, sondern zumeist von steigendem Einkommen nach einer (ausbildungsbedingten) Anlaufphase profitieren. Dann würde die geschilderte gleichmäßige Besteuerung seines Lebenseinkommens zeitweise seine Vermögenssubstanz belasten, mithin nicht seiner gegenwärtigen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechen.³¹ Die periodische Heranziehung zur Steuer gewährleistet also, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit desjenigen Zeitraums zur Geltung kommt, für den die Steuer erhoben wird. Damit hat das Periodizitätsprinzip technische und materielle Wirkung.³²

dd) Der Vorrang des Total Einkommens

Bei der interperiodischen Verlustverrechnung stehen Gleichbehandlung in der Zeit und Gleichbehandlung des Total Einkommens zueinander in Konflikt. Verfallen

26 *Kirchhof* Einkommensteuergesetzbuch 2003, § 9 Rn. 13; vgl. *BVerfG* Beschluss v. 25.9.1992, 2 BvL 5/91, 8/91, 14/91, BVerfGE 87, 153 unter C. III. 3. a) aa); ferner ist der Rücktrag bei *Kirchhof* Beihefter zu DStR 37 2003, 1 (12) auch nicht zur Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit erforderlich.

27 *Kirchhof* (Fn. 26), S. 12.

28 *Kirchhof* (Fn. 20), § 2 Rn. A 140; *ders.* (Fn. 26), S. 12.

29 Vgl. dazu *Röder* Verlustverrechnung, Diss. Köln 2010, S. 233; *Eckhoff* (Fn. 18), S. 32.

30 *Drüen* (Fn. 15), S. 127.

31 Vgl. *Röder* (Fn. 29), S. 236 ff.

32 Im Ergebnis so auch *Drüen* (Fn. 15), S. 128 f.

innerperiodisch nicht genutzte Verluste, weil das Periodizitätsprinzip nur den unmittelbar zurückliegenden Veranlagungszeitraum betrachtet, wird das Totaleinkommen benachteiligt. Umgekehrt kommt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des unmittelbar zurückliegenden Veranlagungszeitraums nicht voll zur Geltung, wenn auch Verluste aus früheren Jahren auf die Bemessungsgrundlage einwirken.³³

Periodizität und Lebenseinkommen sind gleichheitsrechtliche Maßstäbe. Die Frage, welches Prinzip vorrangig zu verwirklichen sei, ist daher ebenfalls gleichheitsrechtlich zu beantworten. Die Periodenbesteuerung bezweckt eine Erleichterung des Steuerzugriffs. Sie hat folglich rein praktische Gründe. Aus dieser praktischen Erwägung erst folgt das Gebot der Gleichbelastung in der Zeit. Im Gegensatz dazu ist das objektive Nettoprinzip „identitätskonstituierendes Merkmal“³⁴ der Einkommensteuer und kann nur bei Gleichbelastung des Totaleinkommens verwirklicht werden.³⁵ Im Konflikt mit dem Periodizitätsprinzip muss sich die Besteuerung nach dem Lebenseinkommen folglich durchsetzen.

Auch der Gesetzgeber wägt die Abschnittsbesteuerung zugunsten des Totaleinkommens ab, so etwa beim Zufluss- und Abflussprinzip in § 11 Abs. 1 Sätze 2 bis 4, Abs. 2 Satz 2 EStG³⁶ oder bei der periodenübergreifenden Beurteilung der Einkünfteerzielungsabsicht.³⁷

3. Die Reichweite des Verlustausgleichs

Bei der Entscheidung über die periodenübergreifende Abziehbarkeit von Verlusten ist das objektive Nettoprinzip gegenüber dem Prinzip der Abschnittsbesteuerung vorrangig zu verwirklichen. Das bedeutet, dass der Verlustvortrag in voller Höhe möglich sein muss. Eine Einschränkung zugunsten einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung wäre mit dem objektiven Nettoprinzip unvereinbar und würde gegen das Folgerichtigkeitsgebot verstoßen. Der Verlustrücktrag hingegen ist keine Folge des objektiven Nettoprinzips. Steuersystematisch steht er zur Disposition.

III. Gestaltungsbedarf bei der gegenwärtigen Ausgestaltung des Verlustausgleichs nach § 10d EStG

Nachdem die Grundlagen des interperiodischen Verlustausgleichs und die Notwendigkeit einer Verlustvortragsmöglichkeit dargelegt worden sind, ist der Fokus nun

33 Röder (Fn. 29), S. 244 f.

34 Tipke (Fn. 15), S. 763; Mohr (Fn. 1), S. 41.

35 Vgl. Röder (Fn. 29), S. 247.

36 So z. B. BFH Urteil v. 26.1.2000, IX R 87/95, BStBl II 2000, 396 unter 2. a); weitere nicht gesetzlich geregelte Ausnahmen bei Dreseck in Schmidt, Einkommensteuergesetz 29. Aufl., § 11 Rn. 7.

37 So z. B. BFH Beschluss v. 28.3.2000, X B 82/99, BFH/NV 2000, 1186 unter 2. m.w.N; vgl. zu diesen und weiteren Beispielen v. Groll in Lehner Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht 2003, S. 26 f.

auf die gegenwärtige Gesetzeslage zu richten. Die Rechtslage wird unter Berücksichtigung von systematischen und verfassungsrechtlichen Bedenken geprüft.

1. Verlustrücktrag und Wahlrecht, § 10d Abs. 1 Sätze 1 und 5 EStG

a) *Intention des Gesetzgebers*

Können negative Einkünfte innerperiodisch nicht vollständig ausgeglichen werden, sind sie nach § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG bis zu einer Höhe von 511.500 Euro, bei zusammenveranlagten Ehegatten bis 1.023.000 Euro vom Gesamtbetrag der Einkünfte des unmittelbar vorangegangenen Veranlagungszeitraums abzuziehen.

Der einjährige Rücktrag wurde mit dem Einkommensteueränderungsgesetz vom 20.4.1976³⁸ insbesondere zur Förderung der Liquidität kleiner Unternehmen eingeführt.³⁹ Wegen der „positiven Auswirkungen“ auf die Liquidität kleiner und mittlerer Unternehmen⁴⁰ hat ihn der Gesetzgeber im 2. Haushaltsstrukturgesetz vom 22.12.1981 auf zwei Jahre ausgedehnt.⁴¹ Eine Gesetzesinitiative vom 10.6.1997 mit dem Ziel der vollständigen Abschaffung des Verlustrücktrags zur Steuervereinfachung fand keine Mehrheit.⁴² Allerdings hat der Rücktrag im Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24. 3. 1999⁴³ zwecks Steuervereinfachung und Sanierung des Haushalts eine Beschränkung auf ein Jahr erfahren.⁴⁴

Auf Antrag kann sich der Steuerpflichtige ganz oder teilweise gegen einen Verlustrücktrag entscheiden, § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG, sodass nur ein Vortrag gemäß § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG vorgenommen wird. Dieses Wahlrecht wurde als Teil des Standortsicherungsgesetzes vom 13.9.1993⁴⁵ eingeführt, um das Anrechnungsverfahren im Körperschaftsteuerrecht zu erleichtern. Aus Gleichbehandlungsgründen hat der Gesetzgeber das Wahlrecht auch auf die Einkommensteuer erstreckt.⁴⁶

Die Gesetzesmotive zeigen, dass dem Verlustrücktrag fast ausschließlich wirtschafts- und konjunkturpolitische Erwägungen zugrunde liegen.

b) *Alternative Wege zur Förderung von Wirtschaft und Konjunktur*

Der Rücktrag von Verlusten in eine Gewinnperiode führt zu einem unmittelbaren Liquiditätsvorteil und ist deshalb ökonomisch sinnvoll.⁴⁷ Die Erstattung von Steuern

38 BGBl I 1974, 1054; BStBl I 1974, 282.

39 BT-Drs. 7/4604, 3 (v. 21.1.1976).

40 BT-Drs. 9/795, 66 f. (v. 9.9.1981).

41 BGBl I 1981, 1523; BStBl I 1982, 235.

42 Vgl. BT-Drs. 13/7895, 34 (v. 10.6.1997).

43 BGBl I 1999, 402; BStBl I 1999, 304.

44 BT-Drs. 14/23, 175 (v. 9.11.1998); dazu schon *Orth* Überlegungen zum zweijährigen Verlustrücktrag i. d. F. eines 2. Haushaltsstrukturgesetzes FR 1981, 525 (526 ff.).

45 BGBl I 1993, 1569; BStBl I 1993, 774.

46 Vgl. BT-Drs. 12/4487, 26 u. 36 (v. 5.3.1993); v. *Groll* (Fn. 17), § 10d Rn. A 154 [EL 57].

47 So auch *Braunagel* (Fn. 1), S. 28; *Eckhoff* (Fn. 18), S. 35; *Grotberr* Steht der Verlustvortrag und Verlustrücktrag steuerpolitisch zur Disposition? BB 1998, 2339.

aus dem vergangenen Jahr aufgrund eines Verlustrücktrags erreicht betroffene Unternehmen zu einem Zeitpunkt, in dem die Verluste gerade entstanden sind und finanzielle Mittel dringend benötigt werden. Liquidität erhält Arbeitsplätze und fördert die Investitionsbereitschaft,⁴⁸ was sich aus Sicht des Finanzstaats positiv auf künftige Steuereinnahmen auswirkt. Deshalb wird teilweise vorgeschlagen, den Verlustrücktrag wieder auszuweiten, auch um die internationale Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen zu erhalten.⁴⁹

Die Liquiditätsförderung erfolgt indes durch Erstattung von Steuern, welche der Steuerpflichtige zuvor an den Staat abgeführt hat. Wären dem Steuerpflichtigen diese finanziellen Mittel im vorangegangenen Veranlagungszeitraum verblieben, hätte er sie reinvestieren oder zur Erhöhung des Eigenkapitals nutzen können. Durch Anhebung des Eigenkapitals stünde er im Verlustjahr nicht schlechter da als durch Verlustrücktrag, allerdings mit dem bedeutsamen Unterschied, dass keine rückwirkende Änderung eines bestandskräftigen Steuerbescheides nach § 10d Abs. 1 Satz 3 EStG notwendig geworden wäre.

Ein solches Ergebnis könnte der Gesetzgeber beispielsweise durch eine Abflachung des progressiven Einkommensteuertarifs erreichen.⁵⁰ Oberhalb des Grundfreibetrags, also in den unteren Einkommensgruppen, steigt die Progression nach § 32a Abs. 1 Satz 2 EStG steil an und flacht in den höheren Einkommensgruppen stetig ab. Die Folge ist, dass in den unteren Gruppen eine Steigerung des Einkommens überproportional besteuert wird, während gleichzeitig die oberen Gruppen entlastet werden.⁵¹ Darin wird auch eine Erschwernis für den Aufbau von Eigenkapital in Unternehmen gesehen.⁵² Der Politik sind diese Probleme bekannt, sie hat bisher aber nicht gehandelt.⁵³

Das Beispiel zeigt, dass sich der Gesetzgeber nicht nur des Verlustrücktrags bedienen kann, um Wirtschafts- und Konjunkturförderung zu betreiben, sondern auch effek-

48 Vgl. *Grotherr* (Fn. 47), S. 2337 f.; BT-Drs. 7/4705 (v. 5.2.1976), 3; der Bedarf an Liquidität hat in Anbetracht von Basel III und der Regulierung der Kapitalmärkte nichts von seiner Aktualität verloren, vgl. *Gemeinsame Erklärung Münchener Spitzengespräch vom 18. März 2011* (BDI, BDA, DIHK und ZDH) Nachhaltiges Wachstum stärken, Zukunftschancen sichern, abrufbar unter http://www.dihk.de/ressourcen/downloads/muenchener-erklaerung-2011/at_download/file?mdate=1300697915882, S. 2 (Stand: 26.11.2011).

49 So *Grotherr* (Fn. 47), S. 2343 (wohl auf drei Jahre); vgl. auch *Lang* Kölner Entwurf eines Einkommensteuergesetzes 2005, S. 431 (auf zwei Jahre); *Röder* (Fn. 29), S. 426 (auf drei Jahre); *Schild* (Fn. 17), S. 212 (vier oder fünf Jahre wären hinnehmbar).

50 Auch bekannt als sogenannter „Mittelstandsbauch“, vgl. *Esser* Der „linear-progressive“ Mittelstandsbauch – Wie sich die Einkommensteuerbelastung verselbstständigen konnte DStR 2009, 821.

51 Vgl. *Esser* (Fn. 50), S. 822 f.; *Münchener Spitzengespräch* (Fn. 48), S. 2.

52 So *Münchener Spitzengespräch* (Fn. 48), S. 2.

53 Vgl. *Krumrey* Drei Fragen an Martin Zeil, in *WiWo* vom 28.2.2011, Nr. 9, S. 9 (Position der FDP); *wiwo.de* SPD fordert Steuererleichterungen für den Mittelstand, abrufbar unter <http://www.wiwo.de/politik-weltwirtschaft/spd-fordert-steuererleichterungen-fuer-den-mittelstand-456216/> (Stand: 26. 11. 2011); bereits BT-Drs. 13/5932, 3 (v. 4.11.1996).

tive Alternativen hat, die nicht in die Bestandskraft von bereits erlassenen Steuerbescheiden eingreifen.

c) *Auswirkungen des Wahlrechts*

aa) *Ausnutzung von Freibeträgen*

Neben dem Verlustrücktrag bringt dem Steuerpflichtigen auch das in § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG gewährte Wahlrecht Vorteile. Bis zum Betrag von 511.500 Euro bzw. 1.023.000 Euro kann er bestimmen, in welcher Höhe seine Verluste zurückgetragen werden. Auf diese Weise kann er zum Beispiel den Kinderfreibetrag nach §§ 2 Abs. 5 Satz 1, 32 Abs. 6 EStG oder den Grundfreibetrag gemäß § 32a Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EStG in seine Kalkulation einbeziehen.⁵⁴ Ergibt sich durch den Rücktrag ein Gesamtbetrag der Einkünfte von null, gehen die Freibeträge verloren.⁵⁵ Dann wird der Rücktrag nämlich von Amts wegen⁵⁶ bis zum gesetzlichen Höchstbetrag des § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG bzw. bis zu einem Gesamtbetrag der Einkünfte von null vorgenommen. Dies geschieht vorrangig vor Sonderausgaben, außergewöhnlichen Belastungen und sonstigen Abzugsbeträgen. Mithilfe des Wahlrechts trägt der Steuerpflichtige seine Verluste unter Ausnutzung der Freibeträge nur bis zu einem zu versteuernden Einkommen von null zurück.

bb) *Privilegierung von schwankenden Einkommen als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG*

Hat der Steuerpflichtige vor dem Verlustjahr hohe Gewinne erzielt oder wird er sie aller Voraussicht nach im nächsten Jahr erzielen, kann er das Wahlrecht vor allem nutzen, um Progressionsnachteile auszugleichen.⁵⁷ Diese entstehen, wenn der Steuerpflichtige in einem Jahr hohe Gewinne hat, weil die Steuerprogression nach § 32a Abs. 1 Satz 2 EStG entsprechend steigt. Der Steuerpflichtige kann die Höhe des Verlustrücktrags so bestimmen, dass er im Vorjahr möglicherweise einem günstigeren Grenzsteuersatz unterliegt und ihm gleichzeitig hinreichend hohe Verluste verbleiben, mit denen er auch den Steuertarif des nächsten (Gewinn-) Jahres zu seinen Gunsten gestalten kann. Er kann auch darauf spekulieren, dass die Gewinne im nächsten Jahr höher ausfallen werden als die des Vorjahres, und zum Zwecke eines höheren Verlustvortrags keinen Gebrauch vom Rücktrag machen. Auch hier hat er bei richtiger Kalkulation durch die Gewinnminderung einen Progressionsvorteil.⁵⁸ Je höher die Verluste eines Jahres sind, desto mehr Gestaltungsspielraum besteht.⁵⁹

54 Für weitere Beispiele siehe *Schiffers et al.* Optimale Nutzung des Wahlrechts beim Verlustrücktrag nach § 10d EStG in der Fassung des Standortsicherungsgesetzes DB 1994, 1252 (1253); vgl. *Heinicke* (Fn. 36), § 10d Rn. 27.

55 Vgl. *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 91.

56 *Kempf/Vogel* in *Lüdicke/Kempf/Brink* Verluste im Steuerrecht 2010, S. 80; *Schiffers et al.* (Fn. 54), S. 1252.

57 Vgl. auch *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 91.

58 So auch *Röder* (Fn. 29), S. 56.

59 Vgl. *v. Groll* (Fn. 17), § 10d Rn. A 231 [EL 57].

Dem Steuerpflichtigen kann schließlich auch daran gelegen sein, durch höchstmöglichen Rücktrag einer Mindestbesteuerung im nächsten Jahr zu entgehen.⁶⁰ Um das gesamte Einsparpotential nutzen zu können, ist steuerrechtliche Beratung wohl unerlässlich.⁶¹

Wegen der Korrelation zwischen Verlusthöhe und Gestaltungsspielraum führt das Wahlrecht zu erheblichen Ungleichbehandlungen.⁶² Während Steuerpflichtige mit schwankenden Einkünften die Steuerprogression glätten, trifft der steigende Tarif Steuerpflichtige mit konstant positiver Einkommenslage uneingeschränkt. Beständige Einkünfte werden stärker belastet, obwohl sie aus überperiodischer Sicht nicht auf eine höhere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit schließen lassen als unbeständige Einkünfte. Zwar wird Liquidität nach Verlustjahren besonders dringend benötigt. Das vermag allerdings nicht zu rechtfertigen, weshalb schwankende Einkommen durch steuerliche Privilegierung zur Spekulation verleitet werden. Ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ist nicht ersichtlich. Das Wahlrecht verstößt damit gegen den Grundsatz der Belastungsgleichheit in Art. 3 Abs. 1 GG.

cc) Systematische Einwände gegen die Gewährung von Progressionsvorteilen
in § 10d EStG

Fraglich ist zudem, ob die Gewährung des Wahlrechts in § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG systematisch vertretbar ist. Wiederkehrende und einmalige Einkünfte werden summiert, § 2 Abs. 2 Satz 1 EStG, und unterliegen einem einheitlichen Steuersatz. Fallen sie mit hohen außerordentlichen Einkünften zusammen, werden die wiederkehrenden Einkünfte wegen des progressiven Steuertarifs mit einem entsprechend höheren Grenzsteuersatz belastet, obwohl es zu keiner nachhaltigen Erhöhung der Leistungsfähigkeit gekommen ist.⁶³ Um ungerechtfertigte Härten zu vermeiden, behandelt § 34 Abs. 1 EStG die außerordentlichen Einkünfte so, als ob sie über einen Zeitraum von fünf Jahren zugeflossen wären. Dies bewirkt, dass die Steuerprogression gemildert und eine Entlastung eingeräumt wird.⁶⁴ § 34 EStG dient also dem Ausgleich von zufälligen Einkommensspitzen.

Bei Gewinnspitzen kann der gestaltende Steuerpflichtige sein Wahlrecht ebenfalls mit dem Ziel ausüben, die Steuerprogression zu glätten. Diese Folge des § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG kann daher dem Regelungskomplex von § 34 EStG zugeordnet werden. Dass das Wahlrecht diese Folge gerade nicht haben soll, folgt aus dem abschließenden Charakter von § 34 Abs. 2 EStG. Die Progressionsglättung kann allein für die dort genannten außerordentlichen Einkünfte (wie zum Beispiel Veräußerungsge-

60 *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 91.

61 So auch *v. Groll* (Fn. 17), § 10d Rn. A 231 [EL 57]; vgl. die mathematischen Berechnungsmethoden bei *Schiffers et al.* (Fn. 54), S. 1253 ff.; zum Beratungsbedarf bei Wahlrechten allgemein *Tipke* (Fn. 15), S. 516.

62 So auch *v. Groll* (Fn. 17), § 10d Rn. A 231 [EL 57].

63 *Lindberg* in Blümich, § 34 EStG Rn. 4 [EL 105]; *Drenseck* (Fn. 36), § 34 Rn. 1.

64 *List* BB 2003, S. 762; vgl. *BFH* Urteil v. 25.8.2009, IX R 3/09, BStBl II 2010, 1030 unter II. 1. b) bb) (2); *Lindberg* (Fn. 63), § 34 EStG Rn. 5 [EL 105].

winne, Nr. 1, und Vergütungen für mehrjährige Tätigkeiten, Nr. 4) in Anspruch genommen werden und dann auch nur, sofern ein besonderes Ereignis und eine „Zusammenballung von Einkünften“ gegeben ist.⁶⁵ Zwar stellen hohe Gewinne kein besonderes Ereignis in diesem Sinne dar. Aus § 34 EStG ergibt sich aber systematisch, dass Gewinnspitzen, gleich welcher Art, nur im Kontext des § 34 EStG tariflich abgemildert werden sollen. Da das Wahlrecht durch Vor- und Rücktragsgestaltung eine Progressionsglättung zulässt, ist § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG in seinen Rechtsfolgen systematisch verfehlt.

2. Verlustvortrag und Mindestbesteuerung, § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG

a) *Verstetigung der Steuereinnahmen und Vorbeugung von hohen Verlustvorträgen als Ziel*

Die Anwendung des Verlustvortrags nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG ist nur für die Verluste möglich, die weder innerperiodisch noch durch Rücktrag ausgeglichen werden konnten, § 10d Abs. 2 Satz 3 EStG. Der mithin nachrangig anzuwendende Vortrag sieht vor, dass Verluste in den folgenden Veranlagungszeiträumen bis zu einem Betrag von 1 Million Euro unbeschränkt mit Gewinnen auszugleichen sind. Diesen Sockelbetrag übersteigende Verluste können zu 60 % abgezogen werden, die übrigen 40 % werden regulär besteuert, § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. Von dieser Regel abweichend können Ehegatten gemäß § 10d Abs. 2 Satz 2 EStG einen Sockelbetrag von 2 Millionen Euro unbeschränkt abziehen.

Der Verlustvortrag wurde erstmalig im Einkommensteuer- und Körperschaftsteuer-Änderungsgesetz vom 29.6.1929⁶⁶ beschränkt auf zwei Jahre gewährt. Dies sollte verhindern, dass jemand zur Steuer herangezogen wird, obwohl er aufgrund schwankender Einkommenslage auf längere Sicht über keine positiven Einkünfte verfügt.⁶⁷ Der Vortrag wurde mit dem Gesetz zur Neuordnung von Steuern vom 16.12.1954⁶⁸ auf fünf Jahre erweitert und schließlich durch das Steuerreformgesetz 1990 vom 25.7.1988⁶⁹ unbegrenzt zugelassen. Dieser Schritt wurde mit der Absicht begründet, die Liquidität kleiner und mittelständischer Unternehmen nach Verlustjahren zu steigern.⁷⁰ Mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.3.1999 führte der Gesetzgeber eine Mindestbesteuerung ein, wonach der vertikale Ausgleich von Verlusten durch Vortrag bis zu einem Betrag von 51.500 Euro unbeschränkt, darüber hinaus zu 50 % möglich war.⁷¹ Ursprünglich war die Neuregelung dazu gedacht gewesen, durch sogenannte Abschreibungsmodelle erzielte Verluste zu besteuern.⁷² Da

65 Vgl. *BFH* Urteil v. 25.8.2009, IX R 3/09, BStBl II 2010, 1030 unter II. 1. b) bb) (2).

66 RGBl I 1929, 123.

67 *BFH* Urteil v. 1.12.1950, IV 90/50 U, BStBl III 1951, 21 unter 1.

68 BGBl I 1954, 373; BStBl I 1954, 575.

69 BGBl I 1988, 1093; BStBl I 1988, 224.

70 BT-Drs. 11/2536, 78 (v. 21.6.1988).

71 BGBl I 1999, 402; BStBl I 1999, 304.

72 BT-Drs. 14/23, 167 (v. 9.11.1998).

aus diesem Grunde zeitgleich ein § 2b EStG a. F. eingeführt wurde, ist der Zweck der Mindestbesteuerung allerdings unklar.⁷³

Zur Vereinfachung und Verstetigung des Steueraufkommens⁷⁴ wurde die vertikale Mindestbesteuerung mit dem sogenannten „Korb-II-Gesetz“ vom 22.12.2003 aufgehoben und in § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG durch die bis heute wirksame horizontale Mindestbesteuerung ersetzt.⁷⁵ Die Streckung des Vortrags durch jährliche Berücksichtigung von 60 % der den Sockelbetrag übersteigenden Verluste war dem Gesetzgeber zufolge notwendig geworden, um „das Steueraufkommen für die öffentlichen Haushalte kalkulierbarer zu machen“.⁷⁶ Die Maßnahme wurde ferner mit „dem gewaltigen Verlustvortragspotential der Unternehmen [...], das diese vor sich herschieben“, begründet.⁷⁷ Mit Blick auf den unternehmerischen Liquiditätsbedarf verweigerte der Bundesrat einer Gesetzesinitiative, nach der die Mindestbesteuerung von 40 % auf 50 % ausgeweitet werden sollte, die Zustimmung.⁷⁸

b) Hohe Verlustvorträge als Folge der Mindestbesteuerung

Der Verlustvortrag bei der Einkommensteuer hat sich in den Jahren 1995 bis 2004 von 22,9 Milliarden Euro auf 47,4 Milliarden Euro mehr als verdoppelt. Bei der Körperschaftsteuer haben sich die Vorträge zwischen 1995 und 2004 im selben Verhältnis erhöht, von 239,2 Milliarden Euro auf 473,4 Milliarden Euro. Berücksichtigt man bei der Körperschaftsteuer auch den 128,3 Milliarden Euro betragenden Verlustvortrag aus dem Jahre 1992, hat sich die Höhe der Vorträge in 12 Jahren nahezu vervierfacht.⁷⁹

Das hängt damit zusammen, dass nur ein Teil der nach dem innerperiodischen Ausgleich verbliebenen Verluste interperiodisch abgezogen werden konnte.⁸⁰ Gerade die Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG bewirkt diese teilweise Nichtberücksichtigung. Durch sie werden 40 % der 1 Million Euro übersteigenden Verluste nicht sofort im nächsten Veranlagungszeitraum, sondern erst in

73 Raupach/Böckstiegel Die Verlustregelungen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 FR 1999, 487 (489).

74 BT-Drs. 15/1518 (v. 8.9.2003); vgl. zur Kritik von Rechtsprechung und Literatur an der alten Rechtslage Lang/Englisch (Fn. 13), S. 4, m. w. N.

75 Gesetz zur Umsetzung der Protokollerklärung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz, BGBl I 2003, 2840; BStBl I 2004, 14; vgl. zur gewerbesteuerlichen Parallelvorschrift den zeitgleich eingeführte § 10a GewStG.

76 BT-Drs. 15/1518, 13 (v. 8.9.2003).

77 BT-Drs. 15/1518, 13 (v. 8.9.2003).

78 BR-Drs. 321/05, 2 (v. 27.5.2005); zur Gesetzesinitiative siehe Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der steuerlichen Standortbedingungen vom 4.5.2005, BT-Drs. 15/5554, 1, 5 (v. 30.5.2005); die hälftige Besteuerung war bereits im „Korb-II-Gesetz“ vorgesehen gewesen, BT-Drs. 15/1518, 5 (v. 8.9.2003).

79 Dazu die Zahlen aus der jährlichen Einkommen- und Körperschaftsteuerstatistik des Statistischen Bundesamts bei Braunagel (Fn. 1), S. 22 f.; vgl. bis 2001 auch Müller Ausmaß der steuerlichen Verlustverrechnung Arbeitskreis Quantitative Steuerlehre, Diskussionsbeitrag Nr. 17, März 2006, S. 24 (27 f.)

80 Braunagel (Fn. 1), S. 23.

den darauf folgenden Jahren ausgeglichen. Die Beschränkung gilt auch in den Folgejahren.

Der Gesetzgeber hat den interperiodischen Verlustausgleich aus haushaltspolitischen Gründen immer wieder eingeschränkt.⁸¹ Mit Regelungen wie der zeitlichen Streckung des Vortrags fördert er mitnichten einen zeitnahen Abbau der Verluste, sondern vergrößert diese weiter. Die Mindestbesteuerung ist also nicht Folge des Verrechnungspotentials, sondern vielmehr eine ihrer Ursachen.⁸² Die Begründung des Gesetzgebers vermag nicht zu überzeugen.

Sie überzeugt auch deshalb nicht, weil über die Verweise in §§ 22 Nr. 3 Satz 4, 23 Abs. 3 Satz 8 EStG neben den Gewinneinkunftsarten auch bestimmte Überschusseinkunftsarten betroffen sind.⁸³ Die zeitliche Streckung erfasst also nicht nur gewerblich tätige Unternehmer.

c) Erneut: Systematisch unrichtiger Ausgleich von Progressionsnachteilen

Im Gegensatz dazu führt die Streckung des Verlustvortrags durch Mindestbesteuerung in Übereinstimmung mit den gesetzgeberischen Motiven zu einer Verstärkung der Staatseinnahmen.⁸⁴ Sie bewirkt nämlich eine Vorverlagerung der Steuerzahlung durch Besteuerung von Gewinnen, die aus periodenübergreifender Sicht noch gar nicht erzielt worden sind.⁸⁵

Dies könnte darauf hindeuten, dass die Steuereinnahmen erhöht werden. Vielmehr geht es aber darum, dem Staat kontinuierlich am Ende jeder Besteuerungsperiode Steuereinnahmen zufließen zu lassen, sofern ausreichend Gewinne erzielt wurden. Denn die zeitliche Streckung des interperiodischen Verlustausgleichs in § 10d Abs. 2 EStG kann für den Steuerpflichtigen durchaus günstige Effekte haben. Solange ihm durch die betragsmäßige Beschränkung Verluste verbleiben, kann er in den folgenden Jahren mit ihnen seine Gewinne mindern. Da diese Gewinne nicht einem hohen Steuersatz unterworfen werden oder es ihm sogar gelingt, den Grenzsteuersatz zu seinen Gunsten zu beeinflussen, bringt ihm dies wiederum Progressionsvorteile.⁸⁶

Zwar könnte man dem entgegenhalten, dass der überwiegende Teil der natürlichen Personen wegen des hohen Sockelbetrags ohnehin nicht in den Anwendungsbereich der Mindestbesteuerung fällt⁸⁷ und die Körperschaftsteuer in § 23 Abs. 1 KStG keine Steuerprogression kennt. Dies ändert aber nichts daran, dass Steuerpflichtige mit

81 Dazu ausführlich *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 24 ff.; *Hahne* Wechselwirkungen zwischen der Mindestbesteuerung und einkunftsartenspezifischen Einschränkungen der Verlustnutzung FR 2008, 897 (898 ff.); *Braunagel* (Fn. 1), S. 24 f.

82 Vgl. dazu auch *Braunagel* (Fn. 1), S. 25 f.

83 *Röder* (Fn. 29), S. 59.

84 So auch *Herzig/Wagner* Mindestbesteuerung WPg 2004, 53 (63); kritisch *Röder* (Fn. 29), S. 272 f.; *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 47.

85 *Röder* (Fn. 29), S. 257 f.; *Hahne* (Fn. 81), S. 88; vgl. *Eckhoff* (Fn. 18), S. 34.

86 Vgl. dazu auch *Altfelder* Ist die „Mindestbesteuerung“ verfassungswidrig? DB 2001, 350.

87 Vgl. zu diesem Befund *Herzig/Wagner* (Fn. 84), S. 57, 64; *Fischer* Grenzen der Verlustvortragsbeschränkung nach § 10d Abs. 2 EStG bei Kapitalgesellschaften FR 2007, 282.

stark schwankenden Einkommen gegenüber solchen mit gleichmäßiger Einkommensentwicklung steuertariflich begünstigt werden. Wie bereits in Zusammenhang mit dem Wahlrecht in § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG dargestellt,⁸⁸ gehört die Gewährung eines Progressionsvorteils systematisch nicht in den Regelungskontext des § 10d EStG.

d) *Einschränkung des objektiven Nettoprinzips*

aa) Fiskalzweck und Folgerichtigkeitsgebot

Fraglich ist, ob die Mindestbesteuerung an sich gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Dem Gebot der Folgerichtigkeit entsprechend bedarf es eines sachlichen Grundes, um von der einmal getroffenen Belastungsentscheidung abzuweichen.⁸⁹ Folgerichtig ist eine Maßnahme, wenn die Grundentscheidung konsequent fortgeführt wird.⁹⁰ Diese Grundentscheidung ist im Steuerrecht die gleichmäßige Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.⁹¹ Fiskalische Gründe reichen nicht aus, um dieses aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Prinzip einzuschränken. Der Staat muss die gleichheitsgerechte Lastenverteilung nämlich auch dann beibehalten, wenn er zu Sparmaßnahmen gezwungen ist.⁹² Außerdem beabsichtigt die Belastung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gerade die Erzielung von Steuereinnahmen. Eine Ausnahme davon kann nicht abermals mit der Steuererzielungsabsicht begründet werden.

bb) Kein grundsätzlicher Verstoß gegen das objektive und subjektive Nettoprinzip

Mit der Verstetigung des Steueraufkommens durch die Mindestbesteuerung verfolgt der Gesetzgeber einen rein fiskalischen Zweck.⁹³ Überzeugende sachliche Gründe sind nicht ersichtlich. Würde die Mindestbesteuerung den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG einschränken, wäre sie infolgedessen verfassungswidrig. Teilweise wird dies angenommen und in dem reinen Fiskalzweck eine nicht zu rechtfertigende Einschränkung des objektiven⁹⁴ und subjektiven⁹⁵ Nettoprinzips gesehen.⁹⁶ Im Gegensatz dazu wird aber auch vertreten, die zeitliche Streckung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG sei verfassungsrechtlich unbedenklich.⁹⁷ In vertretbarer Weise und ohne gegen

88 Siehe III. 1. a) cc).

89 Vgl. BVerfG Beschluss v. 6.7.2010, 2 BvL 13/09, BGBl I 2010, 1157 unter C. I. 2. a).

90 Birk Verfassungsfragen im Steuerrecht – Eine Zwischenbilanz nach den jüngsten Entscheidungen des BFH und des BVerfG DStR 2009, 877 (881).

91 Siehe bereits II. 2. a).

92 BVerfG Urteil v. 9.12.2008, 2 BvL 1/07 et al., BVerfGE 122, 210 unter C. I. 2. b) cc).

93 BFH Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 2. b); vgl. *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 47 f.

94 Lindauer BB-Forum: Anmerkungen zur Mindestbesteuerung BB 2004, 2720 (2723).

95 Lang/Englisch (Fn. 13), S. 13 f.; Herzig/Wagner (Fn. 84), S. 64.

96 Vgl. auch Eckhoff (Fn. 18), S. 34; Raupach (Fn. 37), S. 61.

97 Lambrecht in Kirchhof EStG 9. Aufl., § 10d Rn. 4; Schlenker in Blümich, § 10d EStG Rn. 6 am Ende [EL 97]; Müller-Gatermann Aktuelles zum Unternehmenssteuerrecht WPg 2004, 467.

das allgemeine Willkürverbot zu verstoßen, habe der Gesetzgeber das Nettoprinzip für einzelne Fälle eingeschränkt.⁹⁸

Im Übrigen könnte man davon ausgehen, dass eine zeitliche Streckung des Verlustvortrags nicht von vornherein gegen das Nettoprinzip verstößt. Etwas anderes gelte, wenn die Verlustberücksichtigung durch die zeitliche Streckung gänzlich ausgeschlossen wird. Dann schränke die Mindestbesteuerung nicht das subjektive Nettoprinzip, dafür aber das objektive Nettoprinzip in unzulässiger Weise ein.⁹⁹

Überzeugend ist die Ansicht, wonach das Nettoprinzip durch eine zeitliche Streckung grundsätzlich nicht beeinträchtigt wird. Das subjektive Nettoprinzip wird von § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG nicht berührt. Durch den Sockelbetrag von 1 Million Euro und die darüber hinausgehende Verlustberücksichtigung zu 60 % verbleiben dem Steuerpflichtigen über sein Existenzminimum hinaus genügend liquide Mittel.¹⁰⁰ Auch das objektive Nettoprinzip ist zunächst nicht betroffen, weil das Postulat der vollständigen Berücksichtigung von positiven und negativen Einkünften nicht besagt, dass Verluste sofort berücksichtigt werden müssen. Der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird aus überperiodischer Sicht auch dann Rechnung getragen, wenn negative Einkünfte über mehrere Jahre hinweg mit positiven Einkünften verrechnet werden.

Eine zeitliche Streckung ist also mit dem subjektiven Nettoprinzip und grundsätzlich auch mit dem objektiven Nettoprinzip vereinbar.

cc) Verlustuntergang bei Eintritt eines Definitiveffekts

Das objektive Nettoprinzip ist hingegen nicht gewahrt, wenn es durch Eintritt eines sogenannten „Definitiveffekts“¹⁰¹ zum Ausschluss der Verlustverrechnung kommt. So schließt § 8c KStG die weitere Verrechnung von nicht genutzten Verlusten im Falle eines schädlichen Beteiligungserwerbs aus.¹⁰² Weitere Beispiele für den Verlustuntergang sind die Vollbeendigung einer Kapitalgesellschaft durch Insolvenz, § 11 Abs. 7 KStG, oder Liquidation, § 11 KStG.¹⁰³

Auch natürliche Personen können von einem Verlustuntergang betroffen sein, beispielsweise in Zusammenhang mit § 10a GewStG bei Gesellschafterwechsel und

98 *Lambrecht* (Fn. 97), § 10d Rn. 4.

99 *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 3.; *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 13; *Orth* Mindestbesteuerung und Verlustnutzungsstrategien FR 2005, 515 (529 f.).

100 *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 12; *Wendt* DStJG 28 (2005), S. 41 (75).

101 *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 3.

102 Dazu *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445; vgl. *Herzig/Wagner* (Fn. 84), S. 60 f.

103 *Lindner* Sog. Mindestbesteuerung bei endgültigem Ausschluss der Verlustverrechnung ernstlich zweifelhaft BB 2010, 3133 (3134); *Fischer* (Fn. 87), S. 283; *Orth* (Fn. 99), S. 523; vgl. zu sog. Objektgesellschaften, die nach Realisierung ihres Projekts typischerweise liquidiert werden *Hallerbach* (Fn. 18), § 10d EStG Rn. 13; *Lang/Englisch* (Fn. 13), S. 22.

einem damit verbundenen Wegfall der Unternehmeridentität.¹⁰⁴ Der Verlustvortrag einer natürlichen Person ist zudem nicht vererbbar,¹⁰⁵ sodass nicht genutzte Verluste im Todesfall ebenfalls untergehen.¹⁰⁶

Der Bundesfinanzhof sieht bei Eintritt eines Definitiveffekts wegen § 8c KStG zwar die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. So könnte die Mindestbesteuerung mit Vorläufigkeitsvermerk erfolgen, § 165 Abs. 1 Satz 1 AO, oder im schädlichen Beteiligungserwerb ein rückwirkendes Ereignis gesehen werden, § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO.¹⁰⁷ Eine solche verfahrensrechtliche Lösung ließe sich unter Umständen auf juristische Personen anwenden. Dann würden bei Vollbeendigung der Gesellschaft die Gesellschafter von der Rückerstattung der zuvor erhobenen Mindeststeuer profitieren, obgleich aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG folgt, dass die Einkünfte einer Kapitalgesellschaft der Gesellschaft selbst, nicht aber den dahinter stehenden Gesellschaftern zugerechnet werden. Nicht anwendbar wäre eine solche Vorgehensweise jedenfalls im Falle des Todes einer natürlichen Person. Sonst könnte der Erbe trotz des höchstpersönlichen Charakters der Steuerpflicht Drittaufwand geltend machen.¹⁰⁸

dd) Teilberücksichtigung von Verlusten in zyklischen Branchen

Selbst wenn der Verlustvortrag nicht durch Eintritt eines verlustvernichtenden Ereignisses untergeht, kann es Branchen mit langfristiger Auftragsfertigung praktisch verwehrt sein, Verluste vollständig abzubauen. Solche Branchen haben häufig einen zyklischen Ergebnisverlauf, sodass es ihnen unter bestimmten Bedingungen trotz kumulierten Gewinns nicht gelingt, die Verluste der Vorjahre vollständig auszugleichen.¹⁰⁹

Anders als vom Gesetzgeber bekundet,¹¹⁰ kann die zeitliche Streckung des Verlustvortrags also durchaus zum direkten oder indirekten Verlustuntergang, mithin zur Missachtung des objektiven Nettoprinzips führen.

e) Zinsnachteil und Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft

Die zeitliche Streckung führt für den Steuerpflichtigen außerdem zu einem Zinsnachteil. Die spätere Berücksichtigung von Verluste ohne zwischenzeitliche Verzinsung

104 *FG München* Beschluss v. 31.7.2008, 8 V 1588/08, EFG 2008, 1736; *Kempf/Vogel* (Fn. 56), S. 81.

105 *BFH* Beschluss v. 17.12.2007, GrS 2/04, BStBl II 2008, 608 unter D.

106 *Lindner* (Fn. 103), S. 3134; *Lang/Englisch* (Fn. 13), S. 8; vgl. *Kempf/Vogel* (Fn. 56), S. 81.

107 *BFH* Beschluss v. 26.8.2010, I B 49/10, BFHE 230, 445 unter II. 3. c) bb).

108 Vgl. auch *BFH* Beschluss v. 17.12.2007, GrS 2/04, BStBl II 2008, 608 unter D. III. 2.

109 Nach der Rechnung von *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 33 Fn. 103, müssen die positiven Einkünfte in der Gewinnperiode um den Faktor 1,67 höher sein als die vorgetragenen Erwerbsaufwendungen, damit es zu einer vollständigen Verlustanerkennung kommt; vgl. auch *Herzig/Wagner* (Fn. 84), S. 58 f.; ferner *Orth* (Fn. 99), S. 523; *Lindauer* (Fn. 94), S. 2723.

110 BT-Drs. 15/1518, 13 (v. 8.9.2003); BR-Drs. 560/03, 14 (v. 15.8.2003).

resultiert bis zum Zeitpunkt der tatsächlichen Verrechnung in einer inflationsbedingten Abwertung.¹¹¹ Bei einem auf wenige Jahre verteilten Verlustausgleich mag dies noch hinnehmbar sein. Bei Verrechnungsperioden von mehr als zehn Jahren wird dem objektiven Nettoprinzip hingegen nicht mehr genügt.¹¹² Nach einem solchen Zeitraum entspricht die in der Summe vollständige Verlustverrechnung nicht mehr der tatsächlichen wirtschaftlichen Bedeutung der Verluste, mithin nicht der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen. Im einem solchen Fall verletzt die zeitliche Streckung das objektive Nettoprinzip und infolgedessen Art. 3 Abs. 1 GG.

Zuletzt beeinflusst die zeitliche Streckung auch wirtschaftliche Entscheidungen, da eine Besteuerung von 40 % der 1 Million Euro übersteigenden Gewinne den Unternehmen Liquidität entzieht. Für neu gegründete Unternehmen mit Anlaufverlusten kann der Entzug von dringend benötigten Finanzmitteln eine Existenzgefährdung bedeuten.¹¹³ Auch bei der Tätigkeit von kapitalintensiven und risikoreichen Investitionen muss der Einfluss einer Mindestbesteuerung auf die Kredittilgung eingeplant werden.¹¹⁴ Dadurch wird die Investitionsbereitschaft gemindert. Das wirkt sich gesamtwirtschaftlich negativ auf Wettbewerbsfähigkeit, Arbeitsplätze und damit letztlich auch das Steueraufkommen aus.

3. Zusammenfassung

Der Verlustrücktrag bezweckt Wirtschafts- und Konjunkturförderung. Dieser Zweck könnte auch auf anderem Wege erreicht werden, weil der Rücktrag steuersystematisch disponibel ist. Durch das Wahlrecht des § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG kommt es zu Ungleichbehandlungen und Gestaltungsmöglichkeiten, die weder vom Gesetzgeber gewollt sind noch systematisch in den Regelungskontext von § 10d EStG gehören.

Einen unsystematischen Gestaltungsspielraum eröffnet auch die Mindestbesteuerung. Sie schränkt zudem in verfassungswidriger Weise das objektive Nettoprinzip ein, wenn es durch Eintritt eines Definitiveffekts oder aus faktischen Gründen zum endgültigen Untergang von Verlusten kommt. Dies betrifft auch den durch längerfristige Vorträge entstehenden Zinsnachteil. Überdies ist die Benachteiligung von kapitalintensiven und risikoreichen Investitionen gesamtwirtschaftlich nicht sinnvoll.

IV. Empfehlungen zur Neuordnung der interperiodischen Verlustverrechnung

Es besteht bei der Ausgestaltung des interperiodischen Verlustausgleichs also ein Gestaltungsspielraum. Dieser sollte für dauerhafte systematische und verfassungsrecht-

111 So auch Röder (Fn. 29), S. 256; Wendt (Fn. 100), S. 69.

112 Mit Zweifeln auch Wendt (Fn. 100), S. 69.

113 Lang/Englisch (Fn. 13), S. 23; Herzig/Wagner (Fn. 84), S. 58.

114 Lang/Englisch (Fn. 13), S. 23; vgl. Dorenkamp (Fn. 15), S. 34.

liche Korrekturen genutzt werden. Dabei muss auch auf die steuerpolitischen Belange einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung eingegangen werden. Andernfalls bliebe jeglichen Vorschlägen das politische Gehör verwehrt. Im Folgenden sollen Möglichkeiten zur Neuordnung erläutert werden.

1. Abschaffung des Verlustrücktrags

Es empfiehlt sich, den Verlustrücktrag gemäß § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG abzuschaffen. Das objektive Nettoprinzip verlangt nicht nach einem Rücktrag, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird nicht tangiert.¹¹⁵ Durch die rückwirkende Änderung von bestandskräftigen Steuererlassen, § 10d Abs. 1 Satz 3 EStG, muss der Staat Steuergelder zurückzahlen, die bereits verplant oder sogar ausgegeben sind.¹¹⁶ Der Fehlbetrag muss letztlich aus dem laufenden Haushalt beglichen werden.¹¹⁷ Die Förderung der Liquidität von Unternehmen durch den Gesetzgeber ist zu begrüßen. Ihm stehen allerdings auch andere, mindestens ebenso zweckdienliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung, die sich nicht negativ auf die Planbarkeit des Haushalts auswirken.¹¹⁸ Der Gesetzgeber sollte den Verlustrücktrag als Fördermaßnahme daher aufgeben.

Mit dem Verlustrücktrag würde auch das Wahlrecht aus § 10d Abs. 1 Satz 5 EStG entfallen. Sollte am Rücktrag festgehalten werden, ist jedenfalls das Wahlrecht abzuschaffen. Es ist aus systematischen und gleichheitsrechtlichen Gründen verfehlt und verkompliziert das Steuerrecht.¹¹⁹

2. Abschaffung der Mindestbesteuerung

a) Vorteile einer vollständigen Abschaffung der Mindestbesteuerung

Geboten ist die vollständige Abschaffung der Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG, weil die Norm bei einem Verlustuntergang gegen die Verfassung verstößt.¹²⁰ Durch einen zeitnahen, umfassenden Verlustvortrag würde zum Einen dem objektiven Nettoprinzip entsprochen, zum Anderen das positive Signal an die Wirtschaft gesandt, dass Investitionsbereitschaft honoriert wird.¹²¹

Der Finanzstaat würde davon in zweifacher Hinsicht profitieren. Investitionen fördern die Erhaltung und Schaffung von Arbeitsplätzen, die maßgeblich zur Erzielung von Steuern beitragen. Darüber hinaus entledigt sich der Staat mit der Mindestbesteuerung gleichzeitig auch der Progressionsglättung, die der gestaltende Steuerpflichtige durch die zeitliche Streckung von Verlusten in Anspruch nehmen kann.¹²²

115 Siehe bereits II. 2. c) aa).

116 Siehe bereits II. 2. c) bb).

117 Röder (Fn. 29), S. 272.

118 Siehe bereits III. 1. b).

119 Siehe bereits III. 1. c).

120 Vgl. bereits III. 2. d) cc) und dd).

121 Vgl. zum zweiten Punkt bereits III. 2. e).

122 Vgl. bereits III. 2. c).

b) Kurzfristige Auswirkungen auf den Haushalt

Die Finanz- und Haushaltsplanung würde durch einen zeitnahen Verlustausgleich nicht beeinträchtigt. Die Höhe der nicht genutzten Verluste ist bekannt und kann deshalb bei der Steuerschätzung berücksichtigt werden.¹²³ Dagegen würde es anfangs zu einer Belastung des Haushalts durch Steuerausfälle kommen, weil die angesammelten Verluste erst abgebaut werden müssten, ehe wieder besteuerbare Gewinne aufkämen.¹²⁴ Die Höhe der Verlustvorträge ist jedoch nicht mit der Höhe der zu erwartenden Steuerausfälle gleichzusetzen. Denn die Verluste mindern den Gewinn, der anschließend besteuert wird.

Dies ist im Hinblick auf die körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge in Höhe von 473,4 Mrd. Euro im Jahre 2004 von Bedeutung. Erstens werden diese Zahlen nur insoweit relevant, als die jeweiligen Inhaber in der Zukunft positive Einkünfte erzielen.¹²⁵ Nach einer Schätzung anhand der Körperschaftsteuerstatistik könnten zwei Drittel der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge auf dauerdefizitäre Betriebe entfallen.¹²⁶ Zweitens fällt der überwiegende Teil der Steuerpflichtigen schon jetzt aus der Mindestbesteuerung heraus mangels Überschreitung des Sockelbetrags von 1 Million Euro.¹²⁷ Drittens werden die 40 % der Verluste, die hiernach übrig bleiben, seit dem Unternehmensteuerreformgesetz vom 14.8.2007¹²⁸ nur noch mit 15 % besteuert.¹²⁹

All dies lässt darauf schließen, dass die zu erwartenden Steuerausfälle bei Abschaffung der zeitlichen Streckung wesentlich geringer ausfallen würden als befürchtet und keineswegs mit der Summe der Verlustvorträge gleichzusetzen sind.¹³⁰

Die Entscheidung über die Vertretbarkeit der zu erwartenden Steuerausfälle ist aber auch eine haushaltspolitische.¹³¹ Angesichts der seit dem 1.1.2011 geltenden „Schuldenbremse“¹³² und der anstehenden Ausweitung des Europäischen Stabilisierungsmechanismus¹³³ ist nicht zu erwarten, dass es zu einer vollständigen Abkehr von der Mindestbesteuerung kommen wird.

123 So auch Röder (Fn. 29), S. 270 f.; vgl. Drüen (Fn. 15), S. 103 Fn. 567.

124 Vgl. Braunagel (Fn. 1), S. 26.

125 Braunagel (Fn. 1), S. 22.

126 Dorenkamp (Fn. 15), S. 38 ff.

127 So auch Herzig/Wagner (Fn. 84), S. 57; Fischer (Fn. 87), S. 282.

128 BGBl I 2007, 1912; BStBl I 2007, 630.

129 Vgl. auch Braunagel (Fn. 1), S. 25.

130 Dorenkamp (Fn. 15), S. 41 ff., sieht das jährliche Aufkommen aus der Mindestbesteuerung in der Körperschaft- und Gewerbesteuer bei 2 bis 2,5 Mrd. Euro.

131 So auch Dorenkamp (Fn. 15), S. 48.

132 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d), BGBl I 2009, 2248.

133 Vgl. www.bundesregierung.de Der Europäische Stabilitätsmechanismus, abrufbar unter <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2011/03/2011-03-24-esm.html> (Stand 24.11.2011); Regierung will Teil der Bareinlage später leisten, in *FAZ* vom 24.3.2011, Nr. 70 S. 11.

3. Zumindest: Korrektur des Verlustvortrags

Wenn die zeitliche Streckung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG aus haushaltspolitischen Gründen schon nicht vollständig aufgegeben wird, sollte der Verlustvortrag zumindest durch eine Modifikation der Mindestbesteuerung korrigiert werden.

a) Unzutreffende Unterscheidung zwischen „echten“ und „unechten“ Verlusten

Mitunter wird vertreten, dass man „echte“ von „unechten“ Verlusten trennen müsse. „Echte“ Verluste resultierten aus unternehmerischer Tätigkeit und bewirkten einen Abfluss von Mitteln, während „unechte“ Verluste lediglich Buchverluste seien, denen keine tatsächlichen Nettoeinbußen entsprechen.¹³⁴ Die Verrechnung von „unechten“ Verlusten in anderen Perioden könne ohne verfassungsrechtliche Bedenken beschränkt werden.¹³⁵

Der Ausschluss von Buchverlusten, die insbesondere bei Sonderabschreibungen entstehen können, hätte staatlicherseits zweifelsohne einen einnahmeerhöhenden Effekt. Eine solche Benachteiligung wäre hingegen nicht mit dem Folgerichtigkeitsgebot zu vereinbaren. Der Gesetzgeber fügt Lenkungsnormen in das EStG ein, indem er beispielsweise Sonderabschreibungen ermöglicht. Er darf die Steuerpflichtigen anschließend nicht benachteiligen, weil sie davon Gebrauch gemacht haben.¹³⁶

b) Fortführung der Mindestbesteuerung für Altverluste, Abschaffung für Neuverluste

Eine praktikable Alternative ist die unterschiedliche Behandlung von Alt- und Neuverlusten. Für Altverluste, also solche, die sich vor einem festzulegenden Stichtag angesammelt haben, gilt weiterhin die zeitliche Streckung in der Fassung des § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. Neuverluste, die ab diesem Stichtag anfallen, werden dagegen zeitnah ohne Mindestbesteuerung vorgetragen.¹³⁷

Dadurch werden die systematischen und verfassungsrechtlichen Bedenken bei der interperiodischen Behandlung von Neuverlusten ausgeräumt. Risikoreiche und kapitalintensive Investitionen werden steuerlich nicht mehr benachteiligt.¹³⁸ Fiskalisch hat dies den Vorteil, dass im ersten Jahr der Neuregelung keine Steuermindereinnahmen entstehen werden, weil sich der Vortrag von Neuverlusten erst im folgenden Jahr auswirkt. Die anschließenden Mindereinnahmen belaufen sich auf den überschaubaren Differenzbetrag zwischen dem bisherigen und dem nun geltenden Aus-

134 *FG Berlin* Beschluss v. 4.3.2002, 6 B 6333/01, EFG 2002, 597 unter Rn. 40; *Lehner* in *Lehner* Verluste im nationalen und Internationalen Steuerrecht 2003, S. 9; vgl. *BFH* Beschluss v. 9.5.2001, XI B 151/00, BStBl II 2001, 552 unter II. 3. c).

135 *FG Berlin* Beschluss v. 4.3.2002, 6 B 6333/01, EFG 2002, 597 unter Rn. 40.

136 So auch *Braunagel* (Fn. 1), S. 54 f.; *Eckhoff* (Fn. 18), S. 37 ff.; *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 64 ff. (zusätzlich mit gleichheitsrechtlichen und praktischen Zweifeln); vgl. *v. Groll* (Fn. 37), S. 35.

137 So *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 66 ff.; *Töben* Eilvorlage: Praktikables Krisensteuerrecht dringender denn je – Ein Appell an Gesetzgeber und Verwaltung FR 2010, 249 (257).

138 *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 68.

gleich (100 % statt bislang 60 %).¹³⁹ Die Finanz- und Haushaltsplanung wird durch einen zeitnahen Vortrag ohnehin nicht beeinträchtigt.¹⁴⁰

An diesem Vorschlag kann man bemängeln, dass der rechtliche Missstand für Altverluste erhalten bleibt. Aber gerade wegen der weiteren Mindestbesteuerung der Altverluste erscheint diese Neuordnung steuerpolitisch durchsetzbar. Denn das bisher angesammelte Verlustverrechnungspotential wird auf die Weise sukzessive aufgezehrt und wirkt sich nicht in besonderem Maße auf ein bestimmtes Haushaltsjahr aus.

Die unterschiedliche Behandlung von Alt- und Neuverlusten ist zu empfehlen, da sie notwendige Korrekturen am Verlustvortrag vornimmt und den interperiodischen Verlustausgleich mittelfristig wieder vollständig zur Geltung bringt.

c) *Abschmelzen der Mindestbesteuerung und Verlustverzinsung*

Vertreten wird auch eine auf mehrere Jahre verteilte Abschmelzung der Mindestbesteuerung um 5 bis 10 % pro Jahr, um den Verlustvortrag sukzessive von 60 % des 1 Million Euro übersteigenden Sockelbetrags auf 100 % auszuweiten. Innerhalb von vier bis acht Jahren würden alle Verluste systemgerecht zeitnah verrechnet.¹⁴¹

Haushaltspolitisch ist dies wenig erfolgversprechend, weil eine zeitnahe Berücksichtigung des „gewaltige[n] Verlustverrechnungspotential[s]“¹⁴² nicht im Sinne des Gesetzgebers ist.

Der Gesetzgeber sollte aber in Betracht ziehen, den am Ende eines Jahres festgestellten Verlust der Inflation entsprechend zu verzinsen, um nicht den Verlustwert zu mindern und auf die Weise wiederum das objektive Nettoprinzip einzuschränken.¹⁴³ Auch dies erscheint steuerpolitisch am wahrscheinlichsten für Neuverluste durchsetzbar. Dann wäre diese Maßnahme allerdings deutlich weniger wirksam, weil Neuverluste in diesem Modell bereits zeitnah abgebaut werden.

V. Schlussfolgerung

Beim interperiodischen Verlustausgleich besteht erheblicher Korrekturbedarf. Dort, wo er zugunsten einer geordneten Finanz- und Haushaltsplanung eingeschränkt werden kann, sollte eine Einschränkung vorgenommen werden. Dies betrifft allein den Rücktrag von Verlusten, weil sich dieser unmittelbar auf die Finanz- und Haushaltsplanung auswirkt. Der Verlustrücktrag sollte daher abgeschafft werden.

Auf die Finanz- und Haushaltsplanung wirkt sich der Verlustvortrag nicht aus. Dennoch besteht hier dringender Handlungsbedarf. Die Mindestbesteuerung ist verfas-

139 *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 70.

140 Siehe bereits IV. 2. b).

141 So *Dorenkamp* (Fn. 15), S. 71 ff.

142 Siehe bereits III. 2. a).

143 So auch *Röder* (Fn. 29), S. 424; vgl. bereits III. 2. e).

sungswidrig und ökonomisch nicht vertretbar. Aus haushaltspolitischen Gründen ist nicht zu erwarten, dass der Gesetzgeber die zeitliche Streckung vollständig aufgeben wird, obwohl dies geboten ist. Daher lautet die Empfehlung, den Verlustvortrag so umzugestalten, dass zwischen Altverlusten und Neuverlusten unterschieden wird. Verluste, die sich zum Beispiel bis zum 31.12.2011 bilden, unterliegen weiterhin der Verlustvortragsbeschränkung nach § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG. Neuverluste, die ab dem 1.1.2012 anfallen, sind ohne Mindestbesteuerung zeitnah auszugleichen.

Die Aufgabe muss nun lauten, die haushaltspolitischen Bedenken auszuräumen und den Gesetzgeber davon zu überzeugen, die notwendige Neuordnung des Verlustvortrags anzugehen.