

Verlust und Steuergerechtigkeit – Verlust der Steuergerechtigkeit?

– Prof. Dr. Johanna Hey –

1. Der Feldzug des Gesetzgebers gegen Verlustberge und Verlustmodelle

Die einfache Grundregel, dass Verluste die steuerliche Bemessungsgrundlage mindern müssen, scheint für den Steuergesetzgeber nicht mehr zu gelten. Der Steuerpflichtige sieht sich mit einer Fülle, größtenteils hoch komplexer Verlustverrechnungsbeschränkungen konfrontiert. Mittlerweile ist das Dickicht unterschiedlichster Verlustausgleichs- und -abzugsverbote so undurchdringlich, dass der Koalitionsvertrag von CDU/CSU und FDP als eines der steuerpolitischen Ziele dieser Legislaturperiode die „Neustrukturierung der Regelungen zur Verlustverrechnung“ nennt.

Allerdings heißt dies nicht, dass der Gesetzgeber zur Grundregel zurückfinden wird. Im Gegenteil: Die Entwicklungen des letzten Jahrzehnts lassen eher befürchten, dass die Verlustverrechnung noch restriktiver gehandhabt werden soll. Schließlich beruft sich der Gesetzgeber angesichts gigantischer Verlustvortragsberge bei seinem Feldzug gegen die Verlustverrechnung auf eine Art haushaltspolitischen Notstand (BT-Drucks. 15/1518, 13). Die Körperschaftsteuerstatistik 2004 weist allein für die Körperschaftsteuer akkumulierte Verlustvorträge von 473 Mrd. € aus. Die Finanz- und Wirtschaftskrise hat diesen Berg noch weiter anwachsen lassen – bis zu 700 Mrd. € sind in der Diskussion. Eine Zahl, deren politisches Gewicht – ganz gleich welches Steuerausfallsrisiko hiermit tatsächlich verbunden ist – nicht unterschätzt werden darf. Überdies stehen Verluste im Geruch des Missbrauchs. Es herrscht die Vorstellung, Verluste korrespondierten nicht mit realen Vermögenseinbußen, seien „unecht“, „künstlich“, lediglich zur Steuerminderung aufgebaut, was – wenn dem so wäre – in der Tat dafür spräche, sie nicht zum Abzug zuzulassen.

2. Das Chaos geltender Verlustverrechnungsbeschränkungen

Grob lassen sich die geltenden Verlustverrechnungsbeschränkungen in drei Gruppen einteilen: Systematisch bedingte Beschränkungen, Regelungen zur Missbrauchsabwehr sowie Beschränkungen mit rein haushalterischem Zweck. Ihren Ausgangspunkt nahm die gesetzgeberische Aktivität mit der Diskussion um Verlustzuweisungsgesellschaften (BT-Drucks. 8/3648, 16). Der 1980 eingeführte § 15a EStG war dann aber nicht als Missbrauchsvorschrift konzipiert, sondern beruht auf der zutreffenden Wertung, dass Verluste steuerlich nur geltend gemacht werden dürfen, wenn sie wirtschaftlich getragen werden. Dieser auf Kommanditgesellschaften beschränkte Ansatz war freilich nicht geeignet, sämtliche Fälle, in denen Verluste ohne wirtschaftliche Belastung steuerlich geltend gemacht werden, zu erfassen. Die verbleibenden Steuersparmodelle versuchte der Gesetzgeber zunächst durch § 2b EStG idF des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 auszutrocknen. In ihrer Abstraktheit untauglich, wurde die Vorschrift jedoch nur wenig später mit Gesetz vom 22.12.2005 (BGBl. I 2005, 542) durch den gegen Steuerstundungsmodelle gerichteten § 15b EStG ersetzt.

Doch mit diesen – mehr oder weniger gezielten – Maßnahmen hat es der Gesetzgeber nicht bewenden lassen, sondern mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 den Versuch unternommen, die Verlustverrechnung zusätzlich allgemein durch § 2 Abs. 3 Satz 2-8 EStG 1999 zu beschränken. Diese Beschränkung erwies sich als zur Zielerreichung untauglich und überkomplex (s. den diesbezüglichen

chen Normenkontrollantrag des BFH, BStBl. II 2007, 167) und wurde zum 1.1.2004 durch die Mindestbesteuerung des § 10d Abs. 2 EStG ersetzt, wonach der Verlustvortrag, soweit er 1 Mio. € übersteigt, auf 60% des laufenden Gewinns begrenzt wird (sog. „Korb II“-Gesetz vom 22.12.2003, BGBl. I S. 2840).

Mittlerweile gibt es eine Reihe von Verlustverrechnungsbeschränkungen mit dem alleinigen Ziel der Aufkommenssteigerung. Hierzu gehört neben der Mindestbesteuerung (§§ 10d Abs. 2 EStG; 10a GewStG) der Verlustuntergang beim Anteilseignerwechsel (§ 8c KStG) als Nachfolgeregel zum ursprünglich gegen den missbräuchlichen Handel mit Verlustmänteln gerichteten § 8 Abs. 4 KStG. Auch die Versagung des Verlustübergangs bei Umstrukturierungen (Streichung von § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG durch SEStEG v. 7. 12. 2006, BGBl. I 2006, 2782) verfolgt in erster Linie fiskalische Interessen; der Gesetzgeber war von der Furcht einer unkontrollierbaren Hineinverschmelzung von Auslandsverlusten getrieben.

Aus ähnlichen Gründen – und auch hierbei geht es allein um die Vermeidung von Haushaltseinbußen – ignoriert der Gesetzgeber beharrlich die Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs für die Verrechnung von Auslandsverlusten. Dabei hat der EuGH zurückhaltend geurteilt, dass nur finale Verluste, die im Quellenstaat nicht mehr geltend gemacht werden können, im Sitzstaat anzuerkennen sind (EuGH v. 15. 5. 2008 Rs. C-414/06 – Lidl Belgium, EuGHE 2008, I-3601). Aber auch diesen europarechtlichen Minimalanforderungen verschließen sich Gesetzgeber und Finanzverwaltung.

Zu gravierenden Einschränkungen der Verlustverrechnung ist es schließlich im Zuge der Einführung der Abgeltungsteuer gekommen. Es liegt im Wesen der Schedulenbesteuerung, dass Verluste aus dem Niedrigsteuerbereich der Abgeltungsteuer nicht mit normal progressiv besteuerten Einkünften verrechnet werden können und umgekehrt (§ 20 Abs. 6 Sätze 2-4 EStG). Man mag hierin einen Fluch der mit der Einführung der Abgeltungsteuer verbundenen Abkehr von der synthetischen Einkommensteuer sehen, systematisch ist diese Beschränkung richtig. Die weitergehenden Einschränkungen innerhalb der Abgeltungsteuer, wonach Aktienverluste nur mit Aktiengewinnen, nicht aber mit anderen niedrig besteuerten Kapitaleinkünften verrechnet werden dürfen (§ 20 Abs. 6 Satz 5 EStG), sind dagegen nicht im System angelegt. Vielmehr steht auch hier allein die Furcht dahinter, dass ein Einbruch der Aktienmärkte sich negativ auf das Steueraufkommen auswirken kann. Kleinlich ist der Gesetzgeber auch bei der Umstellung vorgegangen, indem er die Verrechnung von unter der alten Spekulationsbesteuerung des § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG erlittenen Verlusten nur bis Ende 2013 mit nach Einführung der Abgeltungsteuer erzielten Gewinnen zulässt (§ 52a Abs. 11 Satz 11 EStG). Es handelt sich um eine rein fiskalische Maßnahme.

3. Verlustberücksichtigung als Grundprinzip ökonomisch rationaler und leistungsfähigkeitsgerechter Besteuerung

So aggressiv der Gesetzgeber mittlerweile gegen die Verlustverrechnung vorgeht, so unstrittig ist es, dass selbige elementare Grundbedingung eines ökonomisch rationalen und leistungsfähigkeitsgerechten Steuersystems ist.

Die steuerrechtliche Berücksichtigung von Verlusten gehört zu den Grundlagen einer leistungsfähigkeitskonformen Besteuerung unter Beachtung des objektiven Nettoprinzips. Der horizontale Verlustausgleich zwischen mehreren Einkunftsquellen, sowie der vertikale Verlustausgleich zwischen unterschiedlichen Einkunftsarten sind Wesensmerkmale einer synthetischen Einkommensteuer, der die Summe der Einkünfte zugrundeliegt. Nicht nur der innerperiodische Verlustausgleich, sondern auch der überperiodische Verlustabzug ist unverzichtbar. Es handelt sich um eine notwendige Modifikation des rein technischen Jährlichkeitsprinzips. Verlustausgleich und Verlustabzug sind keine Steuervergünstigungen, sondern „Akte richtiger Leistungsfähigkeitsbemessung“ (J. Lang, in Tipke/Lang, Steuerrecht, 20. Aufl., 2010, § 9 Rz. 62).

Steuerliche Verlustverrechnung ist überdies ein Gebot ökonomischer Rationalität des Steuersystems und wirtschaftspolitischer Vernunft. Verlustverrechnungsverbote behindern risikobehaftete Investitionen, von denen man sich Innovationen verspricht. Wirkt sich der Verlust steuerlich nicht mehr voll und unmittelbar aus, so belastet dies die Liquiditätssituation ohnehin schon angeschlagener Unternehmen. Die Schicksalsgemeinschaft zwischen Fiskus und Steuerzahler wird nachhaltig gestört, wenn der Staat sich nur noch am Erfolg, nicht aber am Misserfolg privaten Wirtschaftens beteiligt. Nimmt der Bürger Risiko auf sich – zum eigenen Nutzen, aber durchaus auch volkswirt-

schaftlich erwünscht – muss der Staat, wenn er die zu Gewinn gewordenen Chancen unmittelbar und voll erfasst, das im Verlust verwirklichte Risiko steuerlich in gleicher Weise anerkennen.

4. Rechtfertigung von Verlustverrechnungsbeschränkungen?

Wenn der Gesetzgeber von der Grundregel der steuerlichen Beachtlichkeit von Verlusten abweichen will, bedarf er hierfür triftiger Gründe. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht sich bisher nicht festgelegt, ob das Nettoprinzip unmittelbar aus der Verfassung folgt. Jedenfalls handelt es sich aber um eine folgerichtig umzusetzende gesetzgeberische Grundentscheidung (z. B. BVerfGE 112, 210). Die Einkommensteuer ist eine Nettoeinkommensteuer. Jede Abweichung hiervon bedarf der Rechtfertigung, sonst ist sie verfassungswidrig. Besonders gewichtiger Rechtfertigungsgründe bedarf es, wenn Verluste endgültig vom Abzug ausgeschlossen werden. Indes ist auch die zeitliche Verzögerung der Verlustverrechnung rechtfertigungsbedürftig. Die Symmetrie und damit die verfassungsrechtlich gebotene Folgerichtigkeit des Einkommensteuerrechts wird verletzt, wenn Gewinne sofort und voll, Verluste aber nur mit zeitlicher Verzögerung berücksichtigt werden.

Gerechtfertigt sind Beschränkungen, soweit sie sich aus der Systematik der Abgeltungsteuer ergeben (§ 20 Abs. 6 Satz 2 EStG) oder zur Voraussetzung der steuerlichen Verlustnutzung die wirtschaftliche Verlusttragung machen (§§ 15a, b EStG).

Auch das Ziel der Missbrauchsvermeidung ist grundsätzlich legitimer Rechtfertigungsgrund. Indes muss es sich zum einen tatsächlich um Missbrauch handeln, zum anderen dürfen die Vorschriften nicht über das hinausgehen, was zur Missbrauchsvermeidung erforderlich ist. Unzutreffend ist die Gleichsetzung „unechter“ Verluste mit Missbrauch. Als unecht können Verluste bezeichnet werden, die infolge von Sonderabschreibungen entstehen. *Missbräuchlich* ist indes weder die verlustverursachende Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen noch der spätere Verlustabzug. Ganz im Gegenteil: Der Steuerpflichtige entspricht ja gerade den Erwartungen des Gesetzgebers, wenn er dessen Subventionsangebote annimmt. Treuwidrig handelt hier der Gesetzgeber, wenn er hinterher mit dem Hinweis, es handle sich um unechte Verluste, den Verlustabzug verwehrt (*M. Jachmann*, ThürVBl. 1999, 269 [274]).

Aber auch in den Fällen, in denen es tatsächlich (auch) um Missbrauchsbekämpfung geht, schießt der Gesetzgeber mit unverhältnismäßigen Verlustverrechnungsverboten über das Ziel hinaus. Dies betrifft insbesondere die Nachfolgeregelung zu § 8 Abs. 4 KStG in § 8c KStG. Der Anteilseignerwechsel, den der Gesetzgeber nun zum Anknüpfungspunkt für den Untergang von Verlusten nimmt, ist nicht missbräuchlich. Entlarvt wird der Gesetzgeber durch einen Blick in die Gesetzesmaterialien zum Unternehmensteuerreformgesetz 2008, wo § 8c KStG als wesentlicher Baustein einer Gegenfinanzierung der Absenkung des Körperschaftsteuersatzes mit Mehreinnahmen von 1,485 Mrd. € veranschlagt wird (BT-Drucks. 14/4841, 43). Zwar hat der Gesetzgeber § 8c KStG mehrfach nachgebessert und um eine Sanierungsklausel (§ 8c Abs. 1a KStG) sowie die – aus systematischer Sicht zu begrüßende – Möglichkeit der Verrechnung der Verluste mit stillen Reserven (§ 8c Abs. 1 Sätze 5 ff. KStG) ergänzt. Die Vorschrift bleibt aber von ihrem Ansatz her verfehlt.

Rein fiskalisch motivierte Verlustverrechnungsbeschränkungen sind per se nicht zu rechtfertigen. Das Bundesverfassungsgericht lässt keinerlei Zweifel, dass die Erzielung von Steuermehreinnahmen bzw. die Verhinderung von Steuermindereinnahmen als Rechtfertigungsgründe ungeeignet sind (ständige Rechtsprechung, vgl. BVerfGE 6, 55 [80]; 82, 60 [89]; 116, 164 [182]). Schließlich produziert jede noch so ungerechte Steuerbelastung Einnahmen. Damit fehlt vor allem der Mindestbesteuerung jede Rechtfertigung. Dies gilt insbesondere in den Fällen, in denen § 10d Abs. 2 EStG nicht nur zu einer Streckung des Verlustvortrags führt, sondern die nicht aufgebrauchten Verlustvorträge untergehen, etwa infolge von Anteilseignerwechsel, Umwandlung, Wegzug oder Tod des Steuersubjekts. Aber auch die bloße Streckung des Verlustabzugs bedarf als einseitige Abweichung von der sofortigen Ergebniserfassung der Rechtfertigung, und auch hier reicht das bloße Fiskalargument nicht aus. Es mag sich gegenüber dem Untergang der Verluste um einen minder schweren Eingriff handeln, die Rechtfertigungsnotwendigkeit bleibt indes bestehen.

Kann dem Fiskalargument die Berechtigung auch vor der Kulisse der gigantischen Verlustvortragsberge abgesprochen werden? Problematisch wären die akkumulierten Verlustvorträge, wenn der Wegfall der Mindestbesteuerung einen Haushaltsnotstand zur Folge hätte. Doch dies ist nicht der Fall. Die Verlustberge sind argumentativ maßlos aufgebauscht. Denn die akkumulierten Verlustvorträge dürfen nicht mit einem Steuerausfall in entsprechender Höhe gleichgesetzt werden. Das Bun-

des Finanzministerium selbst geht davon aus, dass eine übergangslose Streichung der Mindestbesteuerung im ersten Jahr insgesamt maximal 1,8 Mrd. € (600 Mio. € Körperschaftsteuer, 800 Mio. € Gewerbesteuer und 400 Mio. € Einkommensteuer) kosten würde. Kein kleiner Betrag, aber, wenn man an die mit leichter Hand verschenkte Milliarde zugunsten des Hotelgewerbes denkt (Kosten der Ermäßigung des Umsatzsteuersatzes für Beherbergungsdienstleistungen, vgl. BT-Drucks. 17/5, S. 24), scheinbar auch in schlimmsten Krisenzeiten nichts, was den Staat in den Ruin treibt (ausführlich zu den Haushaltsauswirkungen der Mindestbesteuerung C. Dorenkamp, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 [2010], S. 41 ff.).

5. Wiederherstellung der Verluststeuergerechtigkeit: Hilfe aus Karlsruhe?

Aktuell zeigt die Politik allerdings wenig Bereitschaft, die Mindestbesteuerung abzuschaffen oder § 8c KStG auf bloße Missbrauchsvermeidung zurückzuführen. Im Gegenteil, im Gespräch sind sogar noch radikalere Lösungen, wie etwa den Verlustvortrag generell zeitlich zu beschränken, z. B. auf 5 oder 7 Jahre.

Damit stellt sich die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht dem Verlustbeschränkungsunwesen Einhalt gebieten wird: Wann schlägt wirtschaftspolitische Unvernunft in Verfassungswidrigkeit um?

Die bisherige Rechtsprechung ist nicht sonderlich ermutigend. Eine Verfassungsbeschwerde gegen die frühere Beschränkung des Verlustvortrags auf 5 Jahre (§ 10d EStG 1976) hat das Bundesverfassungsgericht mangels Erfolgsaussichten gar nicht erst zur Entscheidung angenommen. Die Befristung diene der Rechtssicherheit (BVerfG v. 22. 7. 1991, DStR 1991, 1278). Andererseits hat es den vollständigen Ausschluss der Verrechnung von Verlusten aus sonstigen Einkünften (§ 22 Nr. 3 EStG) für verfassungswidrig erklärt. Weder Vereinfachungs- noch Missbrauchsvermeidungsinteressen konnten die Regelung rechtfertigen (BVerfGE 99, 88).

Der Bundesfinanzhof hatte in einem Aussetzungsverfahren ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des mittlerweile abgeschafften § 2 Abs. 3 S. 2-8 EStG 1999 geäußert für den Fall, dass die Verluste im Veranlagungszeitraum die positiven Einkünfte überschreiten, so dass die Steuerfreiheit des Existenzminimums nicht mehr gewährleistet ist (BStBl II 2003, 523). Damit wurde allerdings lediglich ein Minimalschutz eingefordert, und nicht die Lanze für die Liquiditätsbedürfnisse von Unternehmen in konjunkturschwachen Zeiten gebrochen. Derselbe Senat hatte zwei Jahre zuvor keinen Anstoß an der Grundentscheidung des Gesetzgebers genommen, die Verlustverrechnung durch § 2 Abs. 3 EStG zu strecken (BStBl. II 2001, 552).

Dagegen halten zwei aktuelle FG-Beschlüsse (FG München vom 31. Juli 2008, EFG 2008, 1736 und FG Nürnberg vom 17. März 2010, 1 V 1379/09) die Mindestbesteuerung verfassungsrechtlich für ernstlich zweifelhaft, jedenfalls für den Fall, dass die Verlustvorträge nicht nur zeitlich gestreckt, sondern aufgrund der zeitlichen Streckung endgültig nicht mehr anerkannt werden.

Zu hoffen ist, dass der Gesetzgeber von sich aus Vernunft annimmt und das Thema nicht über Jahre bis zu einem Richterspruch aus Karlsruhe verschleppt.

Allein im Jahr 2010 sind drei grundlegende Arbeiten erschienen, die eindringlich eine Reform fordern (E. Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht. Verfassungsrechtliche Vorgaben und Ausgestaltung de lege ferenda, 2010; Lüdicke/Kempff/Brink (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, 2010; C. Dorenkamp, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung - Haushaltsvertraglicher Ausstieg aus der Mindestbesteuerung, IFSt-Schrift Nr. 461).

Verlustverrechnungsbeschränkungen mit dem alleinigen Zweck, das Steueraufkommen zu erhöhen oder zu „stabilisieren“, sind blanke Fiskalungerechtigkeit. Sie sind wirtschaftspolitisch unvernünftig, weil sie wirtschaftlich schwache statt leistungsfähige Steuerpflichtige zur Finanzierung heranziehen und Risikobereitschaft behindern. Bevor der Steuergesetzgeber das Füllhorn der Steuervergünstigungen ausgießt und mit Tarifierleichterungen lockt, muss er sich auf die Grundregel zurückbesinnen: Verluste mindern die Bemessungsgrundlage. Wenn der Gesetzgeber aus haushaltspolitisch nachvollziehbaren Gründen den Verlustrücktrag nur in engen Grenzen zulässt, dann darf er den Verlustabzug nicht zeitlich strecken, erst recht nicht ganz untergehen lassen. Keinesfalls darf einer zeitlichen Befristung des Verlustabzugs, und sei es auch nur für Altverluste, das Wort geredet werden. Um aus der Mindestbesteuerung auszusteigen, gibt es andere haushaltsverträgliche Lösungen (s. C. Dorenkamp, IFSt-Schrift Nr. 461, S. 66-74). Eine zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags wird dagegen immer willkürlich bleiben und würde das bestehende Fiskalunrecht nur noch vertiefen.

