

**Steuerliche Verlustverrechnungsbeschränkungen
bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen**
Eine rechtsdogmatische und rechtskritische Analyse

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines

Doktors der Wirtschaftswissenschaften

(Dr. rer. pol.)

durch die Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der

Universität Duisburg-Essen

Campus Essen

vorgelegt von

Anja Gabener, Essen

Essen, 2017

Tag der mündlichen Prüfung: 21.11.2017
Erstgutachter: Prof. Dr. Ute Schmiel
Zweitgutachter: Prof. Dr. Rainer Elschen

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis	III	
Tabellenverzeichnis	IV	
Abkürzungsverzeichnis	V	
1	Einleitung.....	1
2	Methodologische Grundlagen der Betrachtung.....	8
2.1	Motivation und Abgrenzung.....	8
2.2	Wissenschaftsverständnis und wirtschaftstheoretische Position.....	12
2.3	Rechtsdogmatischer und rechtskritischer Ansatz	18
3	Rechtsdogmatische Analyse der allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkungen	21
3.1	Ermittlungstechnische und inhaltliche Dimensionen steuerlicher Verluste	21
3.2	Systematisierung steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen....	30
3.3	Konsequenzen aus der rechtsdogmatischen Analyse der steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen	46
4	Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen	50
4.1	Steuerliche Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsgesellschaften ..	50
4.2	Steuerliche Verlustverrechnung bei Mantelkäufen.....	61
4.3	Spezialgesetzliche Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung ..	64
4.4	Gesetzlicher Regelungsinhalt des § 15a EStG	68
4.5	Gesetzlicher Regelungsinhalt des § 15b EStG (§ 2b EStG a. F.).....	74
4.6	Gesetzlicher Regelungsinhalt des § 8c KStG (§ 8 Abs. 4 KStG a. F.).....	79
4.7	Ergebnis	86
5	Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen	89
5.1	Grundlagen.....	89
5.2	Entscheidungsneutralität der Besteuerung	89
5.3	Gleichmäßigkeit der Besteuerung	93
5.4	Konkretisierung einer gleichmäßigen Besteuerung	102
5.5	Ergebnis	121
6	Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen	126
6.1	Steuerliche Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsgesellschaften	126
6.1.1	Erforderlichkeit steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen ...	126

Inhaltsverzeichnis

6.1.2	Grenzen der steuerlichen Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Gesellschaftern.....	149
6.2	Steuerliche Verlustverrechnung bei Mantelkäufen.....	159
6.2.1	Steuerliche Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften	159
6.2.2	Ausgestaltung einer spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsvorschrift bei Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen	161
6.2.3	Ausgestaltung einer allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkung bei Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen	172
6.3	Ergebnis der rechtskritischen Analyse	187
6.3.1	Grundlegende Aspekte	187
6.3.2	Steuerliche Verlustverrechnung bei Personengesellschaften	190
6.3.3	Steuerliche Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften	194
6.4	Steuergestaltungsempfehlung zur Ableitung von Verlustverrechnungsbeschränkungen de lege ferenda	199
6.4.1	Allgemeine Hinweise.....	199
6.4.2	Gesetzgeberische Definition eines steuerlichen Verlusts aus ermittlungstechnischer und inhaltlicher Perspektive.....	200
6.4.3	Gesetzgeberische Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit	201
6.4.4	Formulierung allgemeiner Verlustverrechnungsvorschriften unter Berücksichtigung rechtsformspezifischer Besonderheiten	204
6.4.5	Verlustverrechnungsregeln im Zusammenspiel mit anderen steuerlichen Regeln	207
7	Zusammenfassung und Ausblick.....	209
	Literaturverzeichnis	214
	Rechtsprechungsverzeichnis.....	239
	Quellenverzeichnis.....	241

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Ermittlungstechnische Dimensionen eines steuerlichen Verlusts..	22
Abbildung 2:	Inhaltliche Dimensionen eines steuerlichen Verlusts.....	24
Abbildung 3:	Steuerliche Verlustverrechnungsbeschränkungen im Kontext der steuerlichen Gewinnermittlung	31
Abbildung 4:	Formen von Verlustzuweisungsgesellschaften	56
Abbildung 5:	Elemente eines steuerlichen Mantelkaufs	61
Abbildung 6:	Steuerlicher Missbrauch.....	66
Abbildung 7:	Prüfschema § 8c KStG	79
Abbildung 8:	Prinzipien zur Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit.....	103
Abbildung 9:	Kriterien wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit	107
Abbildung 10:	Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit	122

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen im Ertragsteuerrecht	33
Tabelle 2:	Historische Entwicklung § 10d EStG	42
Tabelle 3:	Historische Entwicklung § 10a GewStG	45
Tabelle 4:	Elemente von Verlustzuweisungsgesellschaften	51
Tabelle 5:	Prüfschema § 15a EStG	69
Tabelle 6:	Historische Entwicklung § 15a EStG	73
Tabelle 7:	Prüfschema § 15b EStG	75
Tabelle 8:	Historische Entwicklung § 15b EStG/§2b EStG a. F.....	77
Tabelle 9:	Historische Entwicklung § 8c KStG	84
Tabelle 10:	Steuerliche Fördermöglichkeiten.....	144

Abkürzungsverzeichnis

a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AIFM-StAnpG	Gesetz zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BerlinFG	Berlinfördergesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesministerium der Finanzen
BMG	Bemessungsgrundlage
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	Beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
Co.	Compagnie
CSU	Christlich-Soziale Union
Diss.	Dissertation
d. h.	das heißt
EL	Ergänzungslieferung
ESTDV	Einkommensteuer-Durchführungsverordnung
ESTG	Einkommensteuergesetz
ESTGÄndG	Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes und des Investitionszulagengesetzes
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EUR	Euro
e. V.	eingetragener Verein
f.	Folgend
FDP	Freie Demokratische Partei
ff.	Folgende
FG	Finanzgericht
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
Fn.	Fußnote/Fußnoten
FöGbG	Fördergebietsgesetz
gem.	Gemäß

Abkürzungsverzeichnis

GewStDV	Gewerbsteuer-Durchführungsverordnung
GewStG	Gewerbsteuergesetz
GewStR	Gewerbsteuerrichtlinien
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHs	Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GrS	Großer Senat
Habil.	Habilitation
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i. V. m.	in Verbindung mit
IFSt	Institut Finanzen und Steuern
JStG	Jahressteuergesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KPMG	KPMG AG Wirtschaftsprüfungsgesellschaft
KStG	Körperschaftsteuergesetz
MGP	Maßgeblichkeitsprinzip
Mio.	Millionen
MoRaKG	Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen
NeuOrdng	Gesetz zur Neuordnung der Steuern
Nr.	Nummer
REStG	Reichseinkommensteuergesetz
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RFH	Reichsfinanzhof
Rn.	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
RStBl.	Reichssteuerblatt
Rz.	Randzahl(en) oder Randziffer(n)
S.	Seite(n)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung
StBerG	Steuerberatungsgesetz
UmwStG	Umwandlungssteuergesetz
Univ.	Universität
UntStRefG	Unternehmenssteuerreformgesetz
Vgl.	Vergleiche
WiGBl.	Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes
z. B.	zum Beispiel
zugl.	Zugleich
zzgl.	Zuzüglich

1 Einleitung

Das geltende Ertragsteuerrecht sieht grundsätzlich vor, dass steuerliche Ausgaben von den steuerlichen Einnahmen abzugsfähig sind und damit die ertragsteuerlichen Bemessungsgrundlagen mindern.¹ Übersteigen die Ausgaben die jeweiligen Einnahmen der gleichen Einkunftsart, besteht innerhalb einer Periode regelmäßig die Möglichkeit einer Verrechnung der übersteigenden Ausgaben mit Einnahmen anderer Einkunftsarten.² Des Weiteren ist in § 10d EStG geregelt, dass in Folge intra-periodischer Verrechnungsmöglichkeiten ein Übertrag und eine anschließende Verrechnung einer negativen steuerlichen Bemessungsgrundlage der einen Periode mit positiven steuerlichen Bemessungsgrundlagen der Vorperiode (Verlustrücktrag) oder der nachfolgenden Perioden (Verlustvortrag) möglich sind. Vorgenannte Möglichkeiten werden durch sogenannte Verlustverrechnungsbeschränkungen, die zum Teil auch in Form von Verlustverrechnungsverboten bestehen, begrenzt. Der Gesetzgeber differenziert steuerliche Verluste dadurch implizit in verrechnungsfähige und nicht verrechnungsfähige steuerliche Verluste, wobei er die entsprechenden Kriterien auf Grundlage der anzuwendenden Einzelnorm ableitet.

Im aktuellen Ertragsteuerrecht ist eine Vielzahl steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen vorzufinden, die immer wieder zahlreichen Veränderungen durch Steuerreformen bzw. „Nachbesserungen“ seitens des Gesetzgebers unterliegen und eine hohe Anpassungsfrequenz aufweisen. Der Gesetzgeber ist insbesondere bestrebt, mit entsprechenden gesetzlichen Vorschriften eine sogenannte „übermäßige steuerliche Verlustverrechnung“ einzudämmen und damit sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften und der Gestaltung von steuerlichen Mantelkäufen entgegenzutreten. Im Rahmen dieser gesetzgeberischen Intention wurden die Vorschriften des § 15b EStG und § 8c KStG, nach Überarbeitung der jeweiligen Vorgängervorschriften § 2b EStG a. F. und § 8 Abs. 4 KStG a. F., ins Gesetz aufgenommen.³ Im Dezember 2016 wurde das Gesetzgebungsverfahren für die Vorschrift des § 8d KStG abgeschlossen. § 8d KStG findet rückwirkend ab dem 01.01.2016 Anwendung und schafft eine weitere Ausnahmeregelung zur Anwendung des § 8c KStG.⁴ Im Kontext der Eindämmung von Verlustzuweisungsgesellschaften ist auch die bereits seit Jahrzehnten im Gesetz bestehende Vorschrift des § 15a EStG zu berücksichtigen.⁵

¹ Vgl. *Weber-Grellet* (2016), § 2 EStG, Rn. 10 zum objektiven Nettoprinzip.

² Vgl. § 2 Abs. 3 EStG und *Weber-Grellet* (2016), § 2 EStG, Rn. 58 zum horizontalen und vertikalen Verlustausgleich bei der Saldierung der Einkünfte.

³ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, S. 1, 4, 6; Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 220/07 vom 30.03.2007, S. 60.

⁴ Vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften vom 20.12.2016, BGBl. I 2016, S. 2998.

⁵ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, S. 16.

Einleitung

Nicht zuletzt wurde die zentrale Norm der ertragsteuerlichen Verlustverrechnung, die Vorschrift des § 10d EStG und genauso des § 10a GewStG, in Folge der gesetzgeberischen Intention, eine aus gesetzgeberischer Perspektive übermäßige Verlustverrechnung vermeiden zu wollen, in die aktuelle Fassung der Mindestbesteuerung gebracht.⁶

Das Ziel der Arbeit besteht darin, zu klären, ob die geltenden steuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften zur Eindämmung von Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerlichen Mantelkäufen in Form der §§ 15a EStG, 15b EStG und 8c KStG zieladäquate steuerliche Normen darstellen. Eine zieladäquate steuerliche Norm zeichnet sich nach dem hier vorliegenden Verständnis insbesondere dadurch aus, dass sie dem Ziel einer gleichmäßigen Besteuerung entspricht. Dabei wird nach dem hier vorliegenden Wissenschaftsverständnis ein neoklassischer Theorierahmen abgelehnt. Stattdessen wird ein evolutorisches wirtschaftstheoretisches Verständnis zu Grunde gelegt.

Eine gleichmäßige Besteuerung stellt einen wichtigen Besteuerungsgrundsatz dar. Dieser leitet sich grundlegend aus dem allgemeinen Gleichheitssatz, Gleiches gleich und Ungleiches (im Verhältnis seiner Ungleichheiten; Anmerkung des Verfassers) ungleich zu behandeln, ab.⁷ Es handelt sich demnach um einen verfassungsrechtlich gesicherten Besteuerungsgrundsatz, so dass das Bundesverfassungsgericht vielfach zu einer Einschätzung, ob eine Norm einer gleichmäßigen Besteuerung entspricht, aufgerufen wird.⁸

Die vorliegende Analyse wird von der Vermutung geleitet, dass die aktuellen gesetzlichen Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung bei sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerlichen Mantelkäufen zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen. Die Analyse soll mit dem Ergebnis schließen, dem Gesetzgeber Empfehlungen zur Ausgestaltung gleichmäßiger steuerlicher Verlustverrechnungsnormen zu geben.

Im Rahmen dieser Arbeit wird davon ausgegangen, dass sich eine ungleichmäßige Besteuerung in Form verschiedener Ausprägungen äußern kann. Es kann beispielsweise ein Gesetz bereits so formuliert sein, dass es Gleiches ungleich und bzw. oder Ungleiches relativ ungleich besteuert. Eine solche ungleichmäßige Besteuerung würde sich zum Beispiel ergeben, wenn bei zwei Besteuerungssachverhalten gleiche Besteuerungsmerkmale vorliegen, aber dennoch eine unterschiedliche Besteuerung

⁶ Vgl. *Heinicke* (2016), § 10d EStG, Rz. 1.

⁷ Vgl. Artikel 3 des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland; *Kriele* (1963), S. 91.

⁸ Vgl. zum Beispiel BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 09.03.2004 - 2 BvL 17/02 - Rn. 1-134; BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 17.12.2014 - 1 BvL 21/12 - Rn. 1-7; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 09.12.2008 - 2 BvL 1/07 - Rn. 1-91.

Einleitung

erfolgt, ohne dass besondere Gründe dafür vorliegen. So könnte beispielsweise eine ungleichmäßige Besteuerung vorliegen, wenn für bestimmte Verluste gesetzliche Sonderregeln bestehen, die die Verrechnung dieser Verluste im Vergleich zu anderen Verlusten unbegründet einschränken. Eine solche Sonderbehandlung könnte insbesondere von spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsnormen vorgenommen werden, die im Fokus der Kapitel 4 und Kapitel 6 stehen. Ungleichmäßigkeiten können außerdem vorliegen, wenn ein Gesetz Interpretationsspielraum bereithält. Dadurch kann sich bei gleichen Besteuerungssachverhalten Spielraum ergeben, ein Gesetz entweder anzuwenden oder nicht oder es kann sich Spielraum ergeben, ein Gesetz nur in einer abgeschwächten Form anzuwenden. Insofern kann Interpretationsspielraum dazu führen, dass bei zwei Besteuerungssachverhalten mit gleichen Besteuerungsmerkmalen unterschiedliche Besteuerungsfolgen eintreten und es dadurch zu einer ungleichmäßigen Besteuerung kommt. So könnte beispielsweise die gesetzlich nicht vorhandene Definition eines steuerlichen Verlusts zu Interpretationsspielraum und gegebenenfalls einer ungleichmäßigen Besteuerung führen, wie in Kapitel 3 und Kapitel 6 analysiert werden wird. Gleichwohl ist anzumerken, dass Interpretationsspielraum in Bezug auf steuergesetzliche Formulierungen nicht völlig vermieden werden kann. Es kann insofern nur darum gehen, eine Verringerung von Interpretationsspielraum anzustreben. Des Weiteren kann eine ungleichmäßige Besteuerung auch dadurch entstehen, dass eine grundlegende gesetzgeberische Entscheidung in den Einzelnormen nicht konsistent berücksichtigt wird. Hat sich der Gesetzgeber beispielsweise grundlegend dazu entschieden, alle Einkünfte gleich zu besteuern, würde er inkonsistent handeln, wenn ein Gesetz eine ungleiche Besteuerung bestimmter Einkünfte regelt, ohne dass besondere Gründe dafür vorliegen. Eine solche ungleichmäßige Besteuerung könnte dann bestehen, wenn bestimmte steuerliche Einkünfte durch besondere gesetzliche Vorschriften bei der Ermittlung der steuerlichen Bemessungsgrundlage unberücksichtigt bleiben. Eine solche Sonderbehandlung sieht beispielsweise die Vorschrift des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG vor. Wie in Kapitel 4.1 dargestellt wird, schließt die Vorschrift des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG Minderungen des steuerlichen Einkommens, die allein durch steuerliche Verlustzuweisungen erzielt wurden, von einer Berücksichtigung im Rahmen der steuerlichen Bemessungsgrundlage aus. Dies könnte zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen, was die Analyse in Kapitel 6 eingehend betrachten wird. Außerdem können inkonsistente Grundlagenentscheidungen des Gesetzgebers zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen. Eine solche inkonsistente Grundlagenentscheidung seitens des Gesetzgebers besteht beispielsweise dann, wenn er die Besteuerung von der Rechtsform abhängig macht, obwohl diese Entscheidung mit dem Besteuerungsziel einer gleichmäßigen Besteuerung in Konflikt stehen würde. Im Rahmen dieser Ausführungen wird das geltende Steuerrecht akzeptiert und daher die Rechtsformabhängigkeit der Besteuerung nicht in Frage gestellt. Eine ungleichmäßige Besteuerung in Folge inkonsistenter Grundlagenentscheidungen liegt damit nicht im Fokus der Betrachtungen.

Einleitung

Um das hier vorliegende Besteuerungsziel einer gleichmäßigen Besteuerung zu realisieren, geht es insbesondere um eine Vermeidung oder Verringerung einer ungleichmäßigen Besteuerung. Eine als ungleichmäßig identifizierte Besteuerung zeigt demnach einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf in Form einer Anpassung der gesetzlichen Regelungen an. Um das Ziel der Ableitung von Gestaltungsempfehlungen an den Gesetzgeber zu erreichen, gliedert sich die vorliegende Arbeit in zwei miteinander verbundene Analyseteile, die sich aus einer rechtsdogmatischen und einer rechtskritischen Analyse zusammensetzen. Im Rahmen des rechtsdogmatischen Analyseteils wird analysiert, wie das steuerliche Verlustverrechnungssystem des geltenden Rechts aussieht und welche Bedeutung und Funktion den Vorschriften der §§ 15a EStG, 15b EStG und 8c KStG darin zukommen. Der rechtsdogmatische Analyseteil soll herausarbeiten, welche Sachverhalte der Gesetzgeber als steuerlich gleich bzw. ungleich einordnet und einer gleichen bzw. ungleichen steuerlichen Behandlung zuführt. Dies zu Grunde liegend wird im rechtskritischen Analyseteil untersucht, ob die ausgewählten steuerlichen Vorschriften im Hinblick auf das Besteuerungsziel einer evolutorischen Gleichmäßigkeit der Besteuerung adäquat ausgestaltet sind oder ob alternative Regelungen erforderlich sind. Ausgehend von diesem Analyseergebnis werden Empfehlungen an den Gesetzgeber für gleichmäßige steuerliche Verlustverrechnungsvorschriften im Kontext von steuerlichen Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen ausgearbeitet.

Die Auswahl der Vorschriften der §§ 15a EStG, 15b EStG und 8c KStG ergibt sich dadurch, dass diese zur Eindämmung einer aus Sicht des Gesetzgebers übermäßigen bzw. nicht gewünschten steuerlichen Verlustverrechnung dienen sollen.⁹ Die Vorschriften werden daher hier als zusammengehöriger „Sanktionsmechanismus“ verstanden. Die vorliegende Analyse wurde bereits vor der Einführung des neuen § 8d KStG, der rückwirkend zum 01.01.2016 geltenden Ausnahmeregelung zur Anwendung von § 8c KStG, erstellt. Demnach konnte beim Verlauf der Analyse noch keine Berücksichtigung der neuen Vorschrift erfolgen. Die Neuregelung wurde jedoch an den aus hier vertretener Sicht erforderlichen Stellen in die Analyse eingearbeitet, um die Aktualität der Ausführungen zu gewährleisten. Die Neuregelung stellt eine „Rückausnahme“ dar, die unter bestimmten Voraussetzungen zu einer Nichtanwendung von § 8c KStG führt.¹⁰ Infolgedessen wird die Neuregelung, auch wenn sie einen eigenständigen Paragraphen umfasst, als Annex zu § 8c KStG verstanden. § 8d KStG wird damit nicht der Stellenwert einer separat zu analysierenden Vorschrift beigemessen. Dies bedeutet für die folgenden

⁹ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, S. 16; Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, S. 1, 4, 6; Entwurf eines Steuerreformgesetzes 1990, BT-Drs. 11/2157 vom 19.04.1988, S. 171; Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 220/07 vom 30.03.2007, S. 60.

¹⁰ Vgl. *Brinkmeier* (2016), S. 342.

Ausführungen auch, dass bei Nennung des § 8c KStG die Vorschrift des § 8d KStG implizit miteinbezogen ist und nicht als separate, eigenständige Vorschrift mitaufgezählt wird. Inhaltlich zeigt sich, dass die neue Ausnahmeregelung zu keiner Veränderung des Analyseergebnisses führt, sondern dieses vielmehr bekräftigt.

Bislang schien es, dass die hier betrachteten Vorschriften, so kritisch sie zum Teil auch gesehen werden,¹¹ verfassungsrechtlich nicht angezweifelt werden und nach vielen (umfangreichen) gesetzgeberischen Veränderungen (dies betrifft insbesondere § 8c KStG) fester Bestandteil des Ertragsteuerrechts geworden sind.¹² Unmittelbar vor Einreichung dieser Arbeit hat das Bundesverfassungsgericht mit Pressemitteilung vom 12.05.2017 seinen Beschluss vom 29.03.2017, 2 BvL 6/11, zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 8c KStG veröffentlicht. Das dem Beschluss zu Grunde liegende Vorlageverfahren des Finanzgerichts Hamburg, 2 K 33/10, datiert vom 04.04.2011 und war seitdem beim Bundesverfassungsgericht anhängig. Im Beschluss stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die Regelung des § 8c KStG zumindest teilweise, das heißt, hinsichtlich § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG in der bis zum 31.12.2015 geltenden Fassung, mit dem in Artikel 3 GG gesicherten Gleichheitsgrundsatz unvereinbar ist. Die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts und die vorliegende Analyse berücksichtigen ähnliche Aspekte, wie später noch gezeigt wird.¹³

Im Einzelnen gestaltet sich der Aufbau der vorliegenden Analyse wie folgt:

Kapitel 2 beschreibt die für die Themenstellung bestehende Motivation und nimmt eine Abgrenzung zu bisher erfolgten Analysen zur steuerlichen Verlustverrechnung vor. Es wird erläutert, welche Forschungslücke besteht und mit dieser Arbeit geschlossen werden soll. Darüber hinaus wird die für die Analyse eingenommene wissenschafts- und wirtschaftstheoretische Position dargestellt sowie die rechtsdogmatische und rechtskritische Haltung beschrieben.

Kapitel 3 stellt den ersten Teil der rechtsdogmatischen Analyse dar, bei der mögliche Dimensionen eines steuerlichen Verlusts unterschieden und aus einer ermittlungstechnischen und einer inhaltlichen Perspektive betrachtet werden. Es zeigt sich, dass die Definition eines steuerlichen Verlusts ermittlungstechnisch von der rechtsformspezifischen Gewinnermittlungsweise abhängt und inhaltlich verschiedene Dimensionen aufweisen kann. Eine gesetzliche Definition eines steuerlichen Verlusts besteht darüber hinaus nicht. Die steuerliche Verrechnung eines Verlusts ist im Ertragsteuerrecht durch eine Vielzahl von Vorschriften begrenzt, die in Kapitel 3

¹¹ Vgl. zum Beispiel kritisch zu § 15a EStG *Groh* (1990), zu § 15b EStG *Kaligin* (2006) und zu § 8c KStG *Ernst* (2011) und außerdem die Ausführungen in den Kapiteln 6.1 und 6.2.

¹² Vgl. zu § 15a EStG: BVerfG, Beschluss vom 14.07.2006 - 2 BvR 375/00; zu § 15b EStG: BFH-Urteil vom 06.02.2014, IV R 59/10.

¹³ Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 6.2.3.

systematisiert und in vier Stufen unterteilt werden. Bei dieser Systematisierung erlangt die Differenzierung hinsichtlich der wirtschaftlichen Zuordnung eines steuerlichen Verlusts bzw. der Unterscheidung in sogenannte fiktive und wirtschaftliche Verluste besondere Bedeutung, da ein aus gesetzgeberischer Sicht verrechnungsfähiger Verlust insbesondere auch ein wirtschaftlicher Verlust sein muss. Die steuerliche Verrechnung fiktiver Verluste versucht der Gesetzgeber im Rahmen von spezialgesetzlichen Vorschriften zu unterbinden.

In **Kapitel 4** wird die rechtldogmatische Analyse aus Kapitel 3.1 fortgeführt und der Fokus nun auf die Gestaltungskonzepte von Verlustzuweisungsgesellschaften und von steuerlichen Mantelkäufen gelegt. Aus gesetzgeberischer Sicht führen diese Gestaltungskonzepte fiktive Verluste einer steuerlichen Verrechnung zu und machen daher eine entsprechende Sanktionierung mit spezialgesetzlichen Vorschriften erforderlich. Im Rahmen des Kapitels werden die grundsätzliche Funktionsweise von Verlustzuweisungsgesellschaften und das Konzept eines steuerlichen Mantelkaufs erläutert. Außerdem werden die wesentlichen Regelungsinhalte der spezialgesetzlichen Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung im Kontext von Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerlichen Mantelkäufen in Form der Vorschriften der §§ 15a EStG, 15b EStG (bzw. 2b EStG a. F.) und des 8c KStG (bzw. 8 Abs. 4 KStG a. F.) analysiert.

In **Kapitel 5** werden die Grundlagen der Besteuerungsziele Entscheidungsneutralität und Gleichmäßigkeit der Besteuerung beschrieben und in Bezug zur steuerlichen Verlustverrechnung und deren Beschränkungen gesetzt. Das Besteuerungsziel neoklassischer Entscheidungsneutralität wird im Rahmen der Herleitung des Besteuerungsziels zunächst berücksichtigt, da es die Grundlage zahlreicher anderer Betrachtungen ist.¹⁴ Für die vorliegende Analyse wird jedoch die Anwendung eines neoklassischen Besteuerungsziels ausgeschlossen, da bei diesem Besteuerungsziel bedeutende Widersprüche zur Realität bestehen, die im Rahmen der hier eingenommenen kritisch-rationalistischen Betrachtungsperspektive nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Infolgedessen wird das Besteuerungsziel einer evolutorischen Gleichmäßigkeit der Besteuerung gewählt, mit dem offensichtliche Widersprüche zur Realität vermieden werden. Dieses Besteuerungsziel postuliert, dass steuerliche Normen gleichmäßig auszugestalten sind und damit eine gleiche Besteuerung von gleichen Sachverhalten und eine verhältnismäßig ungleiche Besteuerung von ungleichen Sachverhalten erfolgt. Außerdem ist für eine gleichmäßige Besteuerung zu gewährleisten, dass die seitens des Gesetzgebers getroffenen Grundlagenentscheidungen konsistent und (möglichst) ohne Interpretationsspielraum in die Einzelnormen einbezogen werden. Bei Auswahl eines evolutorischen Besteuerungsziels ist zu berücksichtigen, dass es keine eindeutige Lösung für ein bestimmtes Steuersystem geben kann, sondern das Gesamtgefüge stets in Bewegung ist. Demnach ist es nicht möglich, optimale steuerliche Normen

¹⁴ Siehe zu einem Überblick *Hundsdoerfer/Kiesewetter/Sureth* (2008), S. 68, 69.

Einleitung

abzuleiten, sondern nur Argumente für bestimmte Gestaltungsempfehlungen an den Gesetzgeber zu geben.

Das **Kapitel 6** leitet auf Grundlage des in Kapitel 5 dargestellten Besteuerungsziels einer evolutorischen Gleichmäßigkeit der Besteuerung Anforderungen an die steuerliche Verlustverrechnung in Bezug auf beschränkt haftende Gesellschafter und Verluste bei der Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen ab. Es wird rechtskritisch analysiert, ob für Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerliche Mantelkäufe besondere Regelungen für die Verlustverrechnung erforderlich sind. Dabei wird insbesondere diskutiert, ob die in Kapitel 4 analysierten Vorschriften weiterhin im Gesetzesgefüge Bestand haben sollten oder ob sie einer gleichmäßigen Besteuerung entgegenstehen und damit anzupassen sind. Davon ausgehend werden Steuerrechtsgestaltungsempfehlungen an den Gesetzgeber für die steuerliche Verlustverrechnung beschränkt haftender Gesellschafter und die Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen ausgearbeitet, die eine evolutorisch gleichmäßige Besteuerung gewährleisten sollen.

Kapitel 7 fasst die Analyseergebnisse zusammen.

2 Methodologische Grundlagen der Betrachtung

2.1 Motivation und Abgrenzung

Dass in Bezug auf Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung grundsätzlich gesetzgeberischer Diskussions- und Handlungsbedarf gesehen wird, zeigte sich zum Beispiel durch die Einberufung einer Facharbeitsgruppe „Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung“, die unter der bis 2013 bestehenden Regierung aus CDU, CSU und FDP tätig war. Bezeichnenderweise merkt die Facharbeitsgruppe in ihrem Anschlussbericht vom 15.09.2011 unmittelbar an, dass „...eine umfassende Prüfung des gesamten Regelungsgeflechts der Verlustverrechnung nicht zu leisten war,...“, so dass sich die Diskussion in Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung vorrangig auf Alternativen zur Mindestgewinnbesteuerung und der Verlustverrechnung bei Mantelkäufen beschränkt.¹⁵ Sämtliche Alternativvorschläge wurden dabei allerdings mit der Auflage versehen, dass eine Aufkommensneutralität gewährleistet bleibt. Da Gegenfinanzierungsvorschläge außerhalb der Betrachtungen der Facharbeitsgruppe lagen, sind die diskutierten Veränderungen bei der steuerlichen Verlustverrechnung ohne konzeptionelle Neuerungen und orientieren sich letztlich nur am fiskalischen Ziel einer Aufkommensneutralität. Gleichwohl führten die Ergebnisse der Facharbeitsgruppe nicht zu einer Veränderung der Verlustverrechnungsnormen. Weitere Bestrebungen seitens der Bundesregierung oder des Gesetzgebers in Bezug auf eine umfangreiche und systematische Überarbeitung des Regelungsgeflechts der steuerlichen Verlustverrechnung sind seitdem nicht bekannt.

Im Zuge des Verfahrens zur Prüfung der Sanierungsklausel des § 8c Abs. 2 KStG übte auch die Europäische Kommission Kritik an den deutschen Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung. So wurde bemängelt, dass dem deutschen Ertragssteuerrecht ein allgemeines Prinzip zur Verlustverrechnung nicht zu entnehmen ist.¹⁶ Die Einführung des § 8c KStG sorgt seit Einführung der Norm für intensive Diskussionen. Nicht zuletzt könnte ein neues BMF-Schreiben zur Anwendung des § 8c KStG für eine erneute Diskussion sorgen.¹⁷ Dabei wäre zu erwarten, dass insbesondere die im Entwurf für dieses BMF-Schreiben bereits erkennbare, verstärkt profiskalische Ausrichtung bei der Anwendung des § 8c KStG im Fokus der Kritik steht.¹⁸ Mit Gesetz vom 14.09.2016 hat das Bundesministerium der Finanzen kürzlich eine Veränderung der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung im Kontext von § 8c KStG vorgenommen. Mit Rückwirkung zum 01.01.2016 ergänzt § 8d KStG die

¹⁵ Vgl. BMF-Bericht der Facharbeitsgruppe „Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung“ vom 15.09.2011, Vorbemerkung des BMF.

¹⁶ Vgl. *Wassermeyer* (2011), S. 754; *EU-Kommission*, Beschluss vom 26.01.2011, Rs. C-7/10.

¹⁷ Aktuell liegt nur ein Entwurf für ein BMF-Schreiben zur Anwendung des § 8c KStG vom 15.04.2014, IV C 2 – S 2745-a/09/10002:004, vor.

¹⁸ Vgl. *Breuninger* (2014), R 161-R 162; Entwurf eines BMF-Schreibens vom 15.04.2014, IV C 2 – S 2745-a/09/10002:004.

Regelung des § 8c KStG.¹⁹ § 8d KStG stellt dabei eine weitere, komplexe Ausnahme bei der Anwendung des § 8c KStG dar, die bei Erfüllung bestimmter Tatbestandsvoraussetzungen zu einer Nichtwendigkeit der Verlustverrechnungsbeschränkungen des § 8c KStG führt.²⁰ In der Literatur wird die Neuregelung des § 8d KStG bereits einer umfangreichen kritischen Betrachtung unterzogen. Dabei überwiegen die positiven Einschätzungen zu der Neuregelung, wenngleich im Detail auch Anwendungs- und Interpretationsprobleme gesehen werden.²¹ Des Weiteren wird auch auf eine mögliche europarechtliche Beihilfeproblematik, ähnlich der Sanierungsklausel des § 8c Abs. 1a KStG, hingewiesen. Diese könnte sich insbesondere dadurch ergeben, dass die Ausnahmeregelung zu einer selektiv wirkenden Begünstigung führt.²² Es bleibt demnach abzuwarten, wie sich die tatsächliche Anwendung der neuen Regelung in Zukunft gestalten wird.

Die besondere Aktualität und Relevanz einer Diskussion der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkung unterstreicht der aktuelle Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Unvereinbarkeit der Regelung des § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG mit dem Grundgesetz.²³ In dem Beschluss, der unmittelbar vor Einreichung dieser Arbeit veröffentlicht wurde, fordert das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber auf, bis zum 31.12.2018 rückwirkend für die Zeit von 2008 bis 2015 eine den § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG ersetzende Neuregelung zu erarbeiten. Die dazu seitens des Bundesverfassungsgerichts angeführte Argumentation betrachtet ähnliche Aspekte wie die vorliegende Analyse. Die auf Grundlage des Analyseergebnisses ausgearbeiteten Gestaltungsempfehlungen könnten daher bereits als Hinweise für die seitens des Bundesverfassungsgerichts geforderte Neuregelung der Vorschrift berücksichtigt werden.

Bei den vielfältigen, zur Vermeidung einer übermäßigen Verlustverrechnung seitens des Gesetzgebers bereitgestellten Sanktionsmechanismen ist schwer erkennbar, welche Bedeutung und Funktion den einzelnen Regelungen zukommen. Infolgedessen besteht die Notwendigkeit detaillierter Analysen der Normen zur steuerlichen Verlustverrechnung, die insbesondere davon geleitet sind, ausgehend von den grundlegenden gesetzgeberischen Entscheidungen in Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung, die Ausgestaltung der besonderen Einzelnormen zur Verlustverrechnung zu diskutieren. Die hier zu Grunde liegende Forschungsfrage wird dabei von der Vermutung geleitet, dass sich „[g]esetzliche Sonderregeln

¹⁹ Vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften vom 20.12.2016, BGBl. I 2016, S. 2998.

²⁰ Vgl. Lang (2017), § 8d KStG, Rz. 218-251.

²¹ Vgl. z. B. Förster/von Cölln (2017), S. 8-18; Ortmann-Babel/Bolik (2016), S. 2984-2988; Noël (2016), S. 86-92; Suchanek/Rüsch (2016), S. 7-14; Neyer (2017), S. 415-421.

²² Vgl. Förster/von Cölln (2017), S. 18; von Wilcken (2016), S. 998.

²³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.03.2017, 2 BvL 6/11.

gegenseitig [matt setzen und d]as Fehlen eines einfachen Grundtatbestandes ... die Rechtsordnung scheitern [lässt].²⁴

Grundsätzlich sind in der Literatur in großer Zahl Analysen zu steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen vertreten. Bisherige Analysen zu steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen erfolgten in der Regel in Form der Diskussion der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit der ertragsteuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften seitens Rechtsprechung²⁵ und Wissenschaft²⁶. Sämtliche bisherige Arbeiten nehmen dazu eine isolierte Würdigung von Einzelnormen zur steuerlichen Verlustverrechnung vor und vernachlässigen dabei eine Betrachtung der grundsätzlichen Bedeutung und Funktion der Vorschriften im Gesetzesgefüge. Es bleibt demnach weitgehend unbeachtet, ob sich die betrachteten Einzelnormen überhaupt an den in Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung getroffenen, grundlegenden gesetzgeberischen Entscheidungen orientieren oder zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen. Diese Einschätzung bestätigt sich nunmehr auch erneut im Hinblick auf die Einführung des § 8d KStG. Die Einführung der Neuregelung wird begleitet von einer intensiven Diskussion der Detailregelungen der Vorschrift.²⁷ Die Frage, ob der Vorschrift im Gesetzesgefüge eine Bedeutung und Funktion für eine gleichmäßige Besteuerung zukommt, bleibt bislang außerhalb der bestehenden Betrachtungen.²⁸

Im Unterschied dazu steht bei der hier vorliegenden Analyse steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen im Vordergrund, ausgehend von einer Einschätzung hinsichtlich der Bedeutung und Funktion der Einzelnormen im Gesetzesgefüge, die Ausgestaltung der Normen zu prüfen. Um die grundlegenden gesetzgeberischen Entscheidungen in Bezug auf die steuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften herleiten zu können, wird im Rahmen dieser Arbeit in einem ersten Schritt eine umfangreiche Analyse des gesamten steuerlichen Gesetzesgefüges bezüglich der Verlustverrechnung und zum Teil auch der Rückgriff auf Vorschriften mit mittelbarer Verbindung zur steuerlichen Verlustverrechnung vorgenommen. Zur genaueren

²⁴ Kirchhof (2005), S. 9.

²⁵ Vgl. z. B. BVerfG, Urteil vom 29.11.2012, I R 9/11, BStBl. II 2013, S. 512-516 oder BFH-Urteil vom 20.09.2012, IV R 36/10 vom 20.09.2012, BStBl. II 2013, S. 498 ff. zur verfassungsrechtlichen Überprüfung der Mindestbesteuerung.

²⁶ Vgl. z. B. die Monographien von Bühr (1993); Lüdicke et. al. (2010); Mönikes (2006); Röder (2010), Verfürth (2002); Werz (2003). Bereits bestehende Analysen im Kontext der Vorschriften zu Verlustzuweisungsgesellschaften finden sich z. B. bei Lüdemann (1998), Stenz (2010) und Friedberg (2015). Die Verfasser nehmen insbesondere eine ausführliche verfassungsrechtliche Analyse der Vorschriften des § 15a EStG bzw. § 15b EStG vor.

²⁷ Vgl. z. B. Förster/von Cölln (2017); Ortmann-Babel/Bolik (2016); Noël (2016); Suchanek/Rüsch (2016); Neyer (2017); von Wilcken (2016).

²⁸ Allein von Wilcken (2016), S. 998 regt bislang an, dass „der Gesetzgeber ein Referenzsystem schaffen sollte, bei dem man nicht versucht, die Härten durch Ausnahmeregelung herauszunehmen“.

Analyse der Ausrichtung und Begründung der Vorschriften wird auch die historische Entwicklung der Vorschriften mit einbezogen. Ergebnis dieser rechtsdogmatischen Analyse der steuerlichen Verlustverrechnungsregeln ist die Ableitung von Aussagen über die gesetzlichen Grundlagenentscheidungen hinsichtlich der steuerlichen Verlustverrechnung *de lege lata*. Diese Hypothesen geben Auskunft darüber, welche allgemeinen Regelungen der deutsche Steuergesetzgeber in Bezug auf die Möglichkeit einer Verrechnung steuerlicher Verluste vorsieht. Die Analyse impliziert damit insbesondere die Herleitung der gesetzgeberischen Kriterien zur Definition eines steuerlichen Verlusts im Rahmen des gesamten Gesetzesgefüges zur steuerlichen Verlustverrechnung. Erst diese umfangreiche Analyse der grundlegenden gesetzgeberischen Kriterien zur Definition eines steuerlichen Verlusts ermöglicht die Betrachtung, in welcher Form der Gesetzgeber für die Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen besondere Regelungen vorsieht und die sich anschließende rechtskritische Analyse, ob diese Form der gesetzgeberischen Sanktionierung zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führt oder zieladäquat ist.

Vereinzelt wurde im Rahmen der bislang vorliegenden Literatur auch die Notwendigkeit gesehen, (zusätzlich) zu den juristischen Aspekten betriebswirtschaftliche oder ökonomische Anforderungen in Bezug auf die Verlustverrechnungsbeschränkungen zu berücksichtigen.²⁹ Diese zusätzlichen Anforderungen werden dabei als Forderung nach einer (weitgehenden) Vermeidung von Entscheidungsverzerrungen bei der steuerlichen Verlustverrechnung formuliert.³⁰ Dabei postulieren bislang vorliegende Analysen ein entscheidungsneutrales Besteuerungssystem. Die bisherigen Analysen berücksichtigen nicht, dass die Annahmen und Theorie eines entscheidungsneutralen Besteuerungssystems, wie in Kapitel 5.2 erläutert werden wird, nicht realisierbar sind. Ein entscheidungsneutrales Besteuerungssystem ist deshalb mit dem hier vertretenen Wissenschaftsverständnis nicht vereinbar. Im Unterschied dazu wird bei der vorliegenden Analyse ein kritisch-rationalistisches Wissenschaftsverständnis unterstellt, das sich dadurch auszeichnet, erfahrungswissenschaftliche Widersprüche zur Realität zu berücksichtigen.³¹ Dies führt insbesondere zur Ableitung des in Kapitel 5.4 dargestellten, evolutorischen Analysemaßstabs, mit dem ein deutlich höherer Realitätsgehalt bei der Ableitung von Empfehlungen für den Gesetzgeber einbezogen werden kann.

Untersuchungsgegenstand der folgenden Ausführungen ist, soweit nicht anders vermerkt, das aktuelle Steuerrecht. Forschungsgegenstand und Forschungsergebnisse sind auch in der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre abhängig von der eingenommenen wissenschaftstheoretischen und wirtschaftstheoretischen Position. Das diesbezüglich hier vertretene Verständnis wird in den folgenden Kapiteln erläutert.

²⁹ Vgl. z. B. *Lüdicke et al.* (2010); *Röder* (2010).

³⁰ Vgl. *Röder* (2010), S. 406, 419; *Braunagel* (2010), S. 51-53.

³¹ Vgl. Kapitel 2.2.

2.2 Wissenschaftsverständnis und wirtschaftstheoretische Position

Es wird ein kritisch-rationalistisches Wissenschaftsverständnis vertreten, das sich an Arbeiten von *Albert* und *Gadenne* orientiert.³² Der kritische Rationalismus geht ursprünglich auf *Popper*³³ zurück und wurde darüber hinaus in den Ausführungen von *Albert* umfangreich, insbesondere mit Rückgriff auf die Ausarbeitungen von *Popper*, diskutiert. Ausgangspunkt eines kritischen Rationalismus ist die grundsätzliche Fehlbarkeit des menschlichen Wissens und Handelns.³⁴ Anstelle eines logischen Positivismus steht das Kriterium der Falsifizierbarkeit von Aussagen und eine Methodologie der kritischen Prüfung im Vordergrund.³⁵ In den 1970er Jahren wurde der kritische Rationalismus auch von Vertretern der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre aufgegriffen und in die Formulierung steuerlicher Rechtskritik einbezogen.³⁶ Das hier vertretene Verständnis des kritischen Rationalismus beinhaltet insbesondere die nachfolgend beschriebenen zentralen Elemente.

1. Es wird von einem konsequenten Fallibilismus ausgegangen. Demnach ist jeder Mensch bei seiner Einschätzung fehlbar und keine Methode kann Schutz davor bieten.³⁷ Es gibt also keine Wahrheitsgarantie.³⁸ Demnach kann Wissenschaft nicht eindeutig sein, sondern nur schlussfolgerungsfähiges Wissen über glaubwürdige Regelmäßigkeiten bereitstellen.³⁹ Es wird insofern von einer prinzipiellen Fehlbarkeit und Revidierbarkeit aller Erkenntnisversuche ausgegangen.⁴⁰
2. Es wird ein kritischer Realismus unterstellt. Insofern wird davon ausgegangen, dass es eine vom menschlichen Denken unabhängige, strukturierte Wirklichkeit gibt, die bis zu einem gewissen Grad für uns erkennbar ist.⁴¹
3. Es wird von einer Methodologie der kritischen Prüfung ausgegangen. Demnach können sich Hypothesen in Form von Problemlösungen, Theorien, Erklärungen, Überzeugungen, Systemen nur vorläufig bewähren, weil sie den bisherigen

³² Vgl. *Albert* (1991); *Albert* (2000); *Gadenne* (2002), S. 58-80.

³³ Vgl. *Popper* (2005).

³⁴ Vgl. *Gadenne* (2002), S. 59.

³⁵ Vgl. *Albert* (2000), S. 3; *Albert* (1991), S. 42.

³⁶ Vgl. *Schmiel* (2005), S. 10 ff., die eine genaue historische Rekonstruktion verschiedener Positionen steuerlicher Rechtskritik und ihrer Bezugnahme auf den kritischen Rationalismus vornimmt.

³⁷ Vgl. *Albert* (2000), S. 16.

³⁸ Vgl. *Albert* (2000), S. 15.

³⁹ Vgl. *Schneider* (2001), S. 490; *Schmiel* (2005), S. 141.

⁴⁰ Vgl. *Gadenne* (2002), S. 59.

⁴¹ Vgl. *Albert* (2000), S. 16.

kritischen Prüfungen standgehalten haben.⁴² Methodologisch liegt der Akzent demnach auf der Widerlegbarkeit von Hypothesen, indem nach Alternativen und Anomalien in Bezug auf die Hypothesen gesucht wird.⁴³ Das für die Formulierung von Alternativen zu Grunde gelegte Wissen ist als Kenntnis aus vergangenen Umwelten zu verstehen.⁴⁴ Das bedeutet, dass sich das Wissen durch einen von Versuch und Irrtum gelenkten Lernprozess ergibt. Bei diesem Lernprozess sind Fehler und Irrtümer von besonderer Relevanz. Wissen wird insofern durch die Reflexion erlangt, was sich in der Vergangenheit als eine im Vergleich zu anderen Problemlösungen erfolgreichere Alternative herausgestellt hat. Wird eine für eine Problemlösung erfolgreichere Alternative gefunden, sollte diese die bisherige Problemlösung ersetzen und damit Wissen aus vergangenen Umwelten schaffen. Eine in der Vergangenheit erfolgreiche Problemlösung kann sich außerdem im Rahmen der aktuellen Umwelt als nicht mehr adäquat erweisen, wenn sich wesentliche Aspekte der Umwelt im Zeitablauf verändert haben.⁴⁵ Die bisherige Problemlösung ist dann an die aktuellen Umweltbedingungen anzupassen, indem eine für die Problemlösung erfolgreichere Alternative gesucht wird und damit weiteres Wissen aus vergangenen Umwelten geschaffen wird.

Es ist zu berücksichtigen, dass die methodologischen Regeln als heuristische Prinzipien zu verstehen sind, die zwar Orientierung geben, aber keine „Erfolgs-garantie“ bereithalten.⁴⁶

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist eine fundierte Einschätzung, ob die steuerlichen Verlustverrechnungsregelungen, hier fokussiert auf Verlustverrechnungsbeschränkungen betreffend Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerliche Mantelkäufe, einer gleichmäßigen Besteuerung entsprechen. Auf Grundlage der Ergebnisse einer rechtsdogmatischen Analyse der Vorschriften, bei der die Einordnung der Vorschriften in das Gesetzesgefüge der steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen von besonderer Bedeutung ist, erfolgt eine rechtskritische Analyse. Diese mündet in Empfehlungen für eine Korrektur der Vorschriften zur Gewährleistung evolutorisch gleichmäßiger steuerlicher Normen.

Das Ziel, Gestaltungsaussagen für ein gleichmäßiges Steuerrecht treffen zu können, soll über die Formulierung zweckadäquater steuerlicher Regeln erfolgen. Die Arbeit „durchleuchtet daher die steuergesetzlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen im Lichte möglicher Alternativen bzw. alternativer Formulierungen für steuergesetzliche

⁴² Vgl. *Albert* (2001), S. 290 f.

⁴³ Vgl. *Albert* (1991), S. 42 ff.

⁴⁴ Vgl. *Vanberg* (1998), S. 405.

⁴⁵ Vgl. *Vanberg* (1998), S. 405.

⁴⁶ Vgl. *Gadenne* (2002), S. 62.

Verlustverrechnungsbeschränkungen“.⁴⁷ Das bedeutet, dass eine kritische Prüfung der bestehenden Normen erfolgt, die im Ergebnis zeigen soll, ob die betrachteten Normen im Hinblick auf das Besteuerungsziel einer gleichmäßigen Besteuerung adäquate Lösungen sind. Sofern die bestehenden Normen keine adäquaten Lösungen darstellen, indem sie zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen, ist nach alternativen Normen zu suchen. Eine Alternative sollte sich dadurch auszeichnen, dass sie im Hinblick auf das Besteuerungsziel eine im Vergleich zur bisherigen Lösung (vorläufig) bessere Lösung bereithält.⁴⁸ Es sollte demnach berücksichtigt werden, dass sich auch eine adäquate Norm nur solange bewähren kann, bis eine Alternative gefunden wird, die den Anforderungen mehr entspricht.

Die Ableitung von Gestaltungsaussagen für gleichmäßige steuerliche Verlustverrechnungsbeschränkungen ist an wissenschaftliche Anforderungen gebunden. Es wird vom Postulat der Werturteilsfreiheit der Wissenschaft ausgegangen. Unter einem Werturteil wird hier in Anlehnung an *Max Weber* ein praktischer Imperativ verstanden, der darin besteht, dass eine bestimmte Tatsache als wünschenswert oder als unerwünscht gilt.⁴⁹ Bei der Konkretisierung dieser Definition durch *Hans Albert* wird der Anspruch auf die allgemeine Geltung eines Werturteils, insbesondere dadurch, dass etwas vorgeschrieben wird, hervorgehoben.⁵⁰ Die Aussage, was jemand tun soll, stellt sich demnach als subjektive Aussage dar, die von wissenschaftlichen Aussagen, die objektiv zu formulieren sind, zu trennen ist. Folglich könnte eine Wissenschaft nicht werturteilsfrei sein, da eine Wissenschaft bewerten und entscheiden muss.⁵¹ Gestaltungsempfehlungen sind im Rahmen der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre dann werturteilsfrei möglich, sofern Ziele und Mittel hypothetisch formuliert und nicht mit Allgemeinverbindlichkeitsanspruch vertreten werden.⁵² Eine werturteilsfreie Wissenschaft muss sich demnach von einem Anspruch auf Allgemeingültigkeit lösen und Möglichkeiten aufzeigen, die es in Bezug auf eine Problemlösung geben kann. Demzufolge wird die Formulierung von Steuerrechtsregeln zur Verlustverrechnung nicht mit einem Allgemeinverbindlichkeitsanspruch versehen. Vielmehr werden Gestaltungsempfehlungen ausgesprochen und diese einer kritischen Diskussion zugeführt. Der Informationscharakter steuerlicher Rechtskritik wird dabei unterstrichen, um zu zeigen, dass diese nicht als normative Wissenschaft verstanden wird.

Im Rahmen der Suche nach Alternativen für adäquate steuerliche Normen geht es, wie bereits beschrieben, nicht um die Entwicklung eines abstrakten Ideals, sondern

⁴⁷ *Albert* (2001), S. 295.

⁴⁸ Vgl. *Albert* (2000), S. 15.

⁴⁹ Vgl. *Schmiel* (2005), S. 147 unter Bezugnahme auf *Weber* (1913/1964), S. 113 und S. 115.

⁵⁰ Vgl. *Schmiel* (2005), S. 148.

⁵¹ Vgl. *Albert* (2000), S. 53.

⁵² Vgl. *Schmiel* (2005), S. 535.

vielmehr um die Herleitung von Steuerrechtsregeln, die sich an der konkreten Situation ausrichten und für diese eine adäquate Lösung darstellen. Bei der Erarbeitung von Alternativen wird tatsächliches, theoretisches und historisches Wissen einbezogen. Es wird analysiert, ob die betrachteten steuergesetzlichen Verlustverrechnungsnormen zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen. Wie bereits eingangs erläutert und in Kapitel 5 noch einmal ausführlich beschrieben wird, kann sich eine ungleichmäßige Besteuerung in verschiedenen Ausprägungen äußern. Sofern eine ungleichmäßige Besteuerung vorliegt, werden Alternativvorschläge entwickelt und Argumente dafür und dagegen kritisch diskutiert. Die Suche nach alternativen Lösungen für adäquate steuerliche Verlustverrechnungsregeln ist an das Realisierbarkeitspostulat gebunden.⁵³ Gestaltungsempfehlungen für adäquate Verlustverrechnungsregeln müssen nach dem hier vertretenen Wissenschaftsverständnis der Anforderung genügen, auch realisierbar zu sein.⁵⁴ Ist eine Alternative nicht realisierbar, soll sie nicht weiter in Betracht gezogen werden. Die Ableitung von Gestaltungsempfehlungen geht demnach von der Forderung aus, dass „Sollen Können impliziert“.⁵⁵

Es wird davon ausgegangen, dass ein Werturteil im Metabereich zu formulieren ist, um steuerliche Rechtskritik äußern und Gestaltungsempfehlungen an den Gesetzgeber geben zu können. Dadurch richtet sich die vorgebrachte steuerliche Rechtskritik an einem Besteuerungsziel aus, das es im Einzelnen zu begründen gilt.⁵⁶ Eine detaillierte Erläuterung des hier zu Grunde gelegten Besteuerungsziels erfolgt in Kapitel 5. Für die Formulierung eines Besteuerungsziels ist der Rückgriff auf eine wirtschaftstheoretische Betrachtungsperspektive notwendig. Eine Vielzahl von Forschungsarbeiten in der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre nimmt dabei eine an der neoklassischen Wohlfahrtsökonomie ausgerichtete Betrachtungsperspektive ein.⁵⁷

Die Wirtschaftssubjekte agieren in einer neoklassischen Modellwelt rational und unter Vorhandensein perfekten Wissens über die Umweltzustände und Entscheidungskonsequenzen.⁵⁸ Im Rahmen dieser Perspektive erfolgt die Betrachtung einer Modellwelt mit einem vollkommenen Markt. Es wird dabei unterstellt, dass die Wirtschaftssubjekte ähnlich einem „perfektem Allzweck-Computer“ handeln, der sämtliche Entscheidungsprobleme optimal löst.⁵⁹ Wirtschaftssubjekte verfolgen in dieser Modellwelt das objektiv rationale Ziel einer

⁵³ Vgl. *Albert* (1991), S. 76.

⁵⁴ Vgl. *Albert* (1991), S. 76.

⁵⁵ *Albert* (1991), S. 91, 92.

⁵⁶ Vgl. *Schmiel* (2005), S. 537.

⁵⁷ Siehe zu einem Überblick *Schmiel* (2013), S. 138.

⁵⁸ Vgl. *Vanberg* (2003), S. 120, 121.

⁵⁹ Vgl. *Vanberg* (2003), S. 122, 123.

Nutzenmaximierung in Form der Maximierung des finanziellen Nutzens.⁶⁰ Unter den Bedingungen eines vollkommenen Marktes ergibt sich ein Gleichgewichtszustand. Der Gleichgewichtszustand ist dadurch gekennzeichnet, dass sich ein gesamtwirtschaftliches Wohlstandsmaximum im Sinne von Pareto-Effizienz ergibt. Bei diesem Zustand der Gesamtwirtschaft kann niemand besser gestellt werden, ohne dass ein anderer schlechter gestellt wird.⁶¹

Bei einem neoklassischen Theorieverständnis ergeben sich jedoch weitreichende Widersprüche zur Realität. Diese folgen in Bezug auf Verlustverrechnungsbeschränkungen, wie in Kapitel 5.2 dargestellt wird, aus der neoklassischen Prämisse eines vollkommenen Kapitalmarktes. In einem vollkommenen Kapitalmarkt verlangen Gläubiger stets den Marktwert ihrer Forderung und können diesen auch durchsetzen.⁶² Demnach wird eine Forderung nicht mit dem Nominalwert, sondern stets mit dem Marktwert vergütet. Schuldner können sich zur Vergütung der Forderung auf dem Kapitalmarkt die entsprechende Liquidität beschaffen, da keine Liquiditätsprobleme bestehen.⁶³ Der Marktwert der Forderungen entspricht maximal dem Gesamtwert des Unternehmens. Damit sind ein negativer Unternehmenswert und das Vorliegen von Totalverlusten im Rahmen der neoklassischen Modellwelt nicht erklärbar. Steuerliche Totalverluste lassen sich demgemäß in einer neoklassischen Modellwelt nicht ohne Widerspruch zwischen Realität und neoklassischem Theorierahmen erklären. Weitere Widersprüche zwischen Realität und neoklassischem Theorierahmen, dies betrifft insbesondere die Existenz von steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen und die Existenz von Steuern, werden in den Kapiteln 5.2 und 5.3 erläutert.

Im Rahmen eines evolutorischen Theorieverständnisses ist es möglich, die bei einem neoklassischen Theorieverständnis bestehenden Widersprüche zur Realität zu berücksichtigen. Ausgangspunkt eines solchen Theorieverständnisses ist die Annahme von realistischer Unsicherheit, die über eine durch die Wahrscheinlichkeitsrechnung erfassbare Unsicherheit hinausgeht. Für das Handeln von Wirtschaftssubjekten bedeutet dies, dass den Wirtschaftssubjekten zum Entscheidungszeitpunkt nicht sämtliche Umweltzustände bekannt sind, die eintreten können.⁶⁴ Wirtschaftssubjekte verfügen insoweit nur über unvollständiges Wissen und sind sich dessen bewusst. Die Unvollständigkeit des Wissens resultiert zum einen daraus, dass eine Vielzahl möglicher Handlungsalternativen besteht und zum anderen, dass nicht sämtliche Handlungsalternativen zum Zeitpunkt einer Entscheidung

⁶⁰ Vgl. *Kleinewefers* (2008), S. 43.

⁶¹ Vgl. *Kleinewefers* (2008), S. 64.

⁶² Vgl. *Drukarczyk* (1993), S. 43, 44.

⁶³ Vgl. *Zisowski* (2001), S. 53, 54; zum vollkommenen Kapitalmarkt vgl. z. B. *Schmidt/Terberger* (1997), S. 57; *Drukarczyk* (1993), S. 31.

⁶⁴ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 140.

feststehen. Zum Teil werden Handlungsalternativen auch erst in Folge der Handlungen der Wirtschaftssubjekte geschaffen.⁶⁵ Daraus folgt, dass die Handlungen von Wirtschaftssubjekten auf Grundlage ihres subjektiv vorhandenen Wissens über die Handlungsalternativen getroffen werden. Die Handlungen der Wirtschaftssubjekte sind damit an einer subjektiv rationalen Zielgröße ausgerichtet. Die Handlungen der Wirtschaftssubjekte lassen sich demnach als subjektiv rationales Handeln charakterisieren, sind aber von einem objektiv rationalen Handeln, das sich auf die Auswahl einer optimalen Handlungsalternative fokussiert, abzugrenzen.⁶⁶ Eine objektiv rationale Zielgröße gibt es unter den Bedingungen eines evolutorischen Theorieverständnisses nicht.⁶⁷ Damit wird den Wirtschaftssubjekten bzw. dem menschlichen Verstand die Befähigung eines „Allzweck-Computers“ aberkannt.⁶⁸ Zielgröße der subjektiv rational handelnden Wirtschaftssubjekte könnte eine Maximierung ihres erwarteten Einkommens nach Abzug von Steuern sein. Die Entscheidungen der Wirtschaftssubjekte werden dabei zielorientiert unter Einbezug ihres subjektiv vorhandenen Wissens über die Steuergesetze getroffen. Falls im Rahmen dieser Zielgröße für Wirtschaftssubjekte erkennbar wäre, dass eine Anwendung oder Nichtanwendung einer gesetzlichen Norm ihr erwartetes Einkommen erhöht, könnte dies zu steuergestalterischen Maßnahmen seitens der Wirtschaftssubjekte führen. Wirtschaftssubjekte könnten dann im Rahmen der ihnen subjektiv bekannten Handlungsalternativen gezielt eine wirtschaftliche Situation herbeiführen, bei der sie einer Steuer ausweichen können und damit ihr erwartetes Einkommen nach Steuern erhöhen (sogenannte Steuerausweichentscheidungen). Sofern der Gesetzgeber erkennt, dass Wirtschaftssubjekte bzw. Steuerpflichtige Steuerausweichentscheidungen tätigen und damit einer Besteuerung ausweichen, müsste dies zu einer Anpassung und Veränderung der Steuergesetze seitens des Gesetzgebers führen, sofern dieser eine gleichmäßige Besteuerung erreichen möchte. Infolgedessen würde sich ein wechselseitiger Aktions- und Reaktionsmechanismus bzw. Lern- und Anpassungsprozess zwischen Steuerpflichtigem und Gesetzgeber ergeben. Es wird insofern davon ausgegangen, dass das Konstrukt der steuerrechtlichen Regelungen zu keiner Zeit vollständig und in sich geschlossen ist.⁶⁹ Das in der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre dominierende Gleichgewichtsparadigma wird bei einem evolutorischen Theorieverständnis insofern durch einen prozessorientierten evolutionstheoretischen Erklärungsansatz ersetzt. Der Markt lässt sich dabei als „offene Experimentierarena“ beschreiben, der einem spontanen und zukunfts-offenen Prozess ausgesetzt ist.⁷⁰ Es existiert kein gesichertes ex-ante Wissen,

⁶⁵ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 141.

⁶⁶ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 141.

⁶⁷ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 146.

⁶⁸ Vgl. *Vanberg* (2003), S. 122.

⁶⁹ Vgl. *Bös* (2009), S. 10, 11.

⁷⁰ Vgl. *Vanberg* (2003), S. 126, 127.

sondern es ist von einem evolutionären Lernprozess auszugehen.⁷¹ Der Lernprozess erfolgt unter den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, so dass er als bedingte Evolution, im Gegensatz zu einem Lernprozess ohne bekannte Rahmenbedingungen, einzuordnen ist.⁷² Im Unterschied zu den meisten bisherigen Analysen der steuerlichen Verlustverrechnungsregelungen berücksichtigt die vorliegende Analyse demnach, dass das steuerliche Gesetzesgefüge kein starres Konstrukt von Regelungen darstellt. Vielmehr entwickelt sich das Gesetzesgefüge unter Anderem in Folge der zuvor beschriebenen Steuerausweichentscheidungen der Steuerpflichtigen fortwährend. Das Handeln der Steuerpflichtigen, verbunden mit den gesetzgeberischen Reaktionen darauf, führt zu einem vorab nicht vorhersehbaren Prozess der Formulierung von gesetzgeberischen Vorschriften. Dabei entstehen neue gesetzliche Regelungen immer dann, wenn sie den gesetzgeberischen Anforderungen mehr entsprechen oder in Bezug auf diese gesetzgeberischen Anforderungen als sinnvoller erachtet werden als die vorherige Regelung. Dieser Lernprozess ist eingebunden in eine Rahmenordnung, die bei der Formulierung von zieladäquaten steuerlichen Verlustverrechnungsnormen Orientierung gibt.

Die vorliegende Arbeit soll einen Beitrag zur Steuerrechtsgestaltungslehre in Form der Ableitung von Empfehlungen an den Steuergesetzgeber für die Ausgestaltung des Steuerrechts leisten. Eine Steuergestaltungslehre, die auf neoklassischen Prämissen beruht, führt nach dem hier vertretenen Verständnis zu Gestaltungsempfehlungen auf Grundlage nicht realistischer Prämissen. In Folge der hier eingenommenen kritisch-rationalistischen Betrachtungsperspektive „dürfen Widersprüche zu Erfahrungstatbeständen nicht außer Acht gelassen werden“.⁷³ Ein in diesem Sinne für die folgenden Ausführungen verwendbarer Theorierahmen, auf den das gewählte Besteuerungsziel zurückgreift, müsste insofern insbesondere realistische Unsicherheit, zu Totalverlusten führende Illiquidität bzw. die Nichtexistenz vollkommener Kapitalmärkte und Anpassungshandlungen seitens der Steuerpflichtigen in Folge der Ausgestaltung der Steuergesetze abbilden können. Deshalb wird hier als Besteuerungsziel evolutorische Gleichmäßigkeit der Besteuerung zu Grunde gelegt, die in Kapitel 5 näher betrachtet wird.

2.3 Rechtsdogmatischer und rechtskritischer Ansatz

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, fundierte Vorschläge zur Steuerrechtskritik zu entwickeln. Dazu wird in einem ersten Schritt eine Erforschung geltenden Rechts in Form einer rechtsdogmatischen Analyse der steuerlichen Verlustverrechnungsregeln *de lege lata* vorgenommen. Das Ergebnis der Analyse sind vorläufig bewährte Aussagen über normativ geltendes Recht. Die sich anschließende rechtskritische Analyse überprüft, ob die in der rechtsdogmatischen Analyse gewonnenen Aussagen

⁷¹ Vgl. *Vanberg* (2003), S. 130, 131.

⁷² Vgl. *Vanberg* (2003), S. 127, 128.

⁷³ *Gadenne* (2002), S. 68; *Schmiel* (2013), S. 155.

mit dem Besteuerungsziel gleichmäßiger Steuerrechtsnormen vereinbar sind. Im Rahmen der rechtskritischen Analyse sollen eine begründete Kritik am geltenden Steuerrecht und die Erarbeitung von Vorschlägen für zieladäquate Normen erfolgen. Die rechtskritische Analyse löst sich von einer Betrachtung *de lege lata* und wendet sich Vorschriften *de lege ferenda* zu.

Rechtsdogmatik wird hier als wissenschaftliches Ziel qualifiziert, das über die reine Beschreibung des bestehenden Rechts hinausgeht. Dies liegt darin begründet, dass die Rechtsordnung als unvollständig gesehen wird. Die Rechtsordnung ist nicht in der Lage, sämtliche Fallkonstellationen zu identifizieren, zu erfassen und zu regeln.⁷⁴ Außerdem wird davon ausgegangen, dass eine Deutung des Rechts stets theoriebeladen ist. Sie erfolgt in Abhängigkeit von dem spezifischen Vorverständnis des Deutenden, so dass sich subjektiv verschiedene Deutungsvarianten ergeben.⁷⁵ Rechtsdogmatik wird infolgedessen als Entdeckung des geltenden Rechts verstanden, bei der es um die Formulierung möglicher und zulässiger Deutungen der bestehenden Rechtsnormen geht.

Als eine Aufgabe der Rechtsdogmatik wird dabei auch gesehen, grundlegende gesetzgeberische Entscheidungen innerhalb der Rechtsordnung herauszuarbeiten.⁷⁶ Eine grundlegende gesetzgeberische Entscheidung stellt beispielsweise die gesetzgeberische Auswahl des Besteuerungssubjekts dar oder die Entscheidung, rechtsformabhängig zu besteuern.

Die rechtsdogmatische Analyse mündet in Tatsachenaussagen zum geltenden Recht, ohne dass ein allgemeiner Geltungsanspruch für diese Aussagen unterstellt wird.⁷⁷ Die rechtsdogmatische Analyse betrachtet das aktuelle deutsche Steuerrecht. Des Weiteren bezieht die rechtsdogmatische Analyse zum Teil steuergesetzliche Normen der Vergangenheit ein, soweit diese benötigt werden, um die Vorschriften hinsichtlich ihrer Bedeutung und Funktion einordnen zu können.

Die rechtskritische Analyse wird auf Grundlage des Besteuerungsziels einer gleichmäßigen Besteuerung vorgenommen.⁷⁸ Es wird analysiert, ob die in der rechtsdogmatischen Analyse hergeleiteten Aussagen zur Besteuerung *de lege lata* mit dem Ziel einer gleichmäßigen Besteuerung vereinbar sind. Dazu sollen Ungleichmäßigkeiten bei der Besteuerung *de lege lata* identifiziert und Vorschläge für ein

⁷⁴ Vgl. *Schmiel* (2005), S. 215. Dies entspricht der hier zu Grunde liegenden wissenschaftstheoretischen Position, dass Aussagen immer nur vorläufig bewährt sein können und berücksichtigt auch die hier vorliegende wirtschaftstheoretische Prämisse realistischer Unsicherheit (vgl. Kapitel 2.2).

⁷⁵ Vgl. *Schmiel* (2005), S. 215.

⁷⁶ Vgl. *Schmiel* (2005), S. 124, 125.

⁷⁷ Vgl. *Schmiel* (2005), S. 216.

⁷⁸ Vgl. zur Herleitung des hier vorliegenden Besteuerungsziels die Ausführungen in Kapitel 5.

gleichmäßiges Steuerrecht aufgezeigt werden. Damit verbunden ist auch eine kritische Diskussion der in der Analyse entwickelten Vorschläge für gleichmäßige steuerliche Verlustverrechnungsregeln.

Wie bereits erläutert, ist die Definition eines Besteuerungsziels erforderlich, um steuerliche Rechtskritik äußern und zieladäquate Steuerrechtsregeln formulieren zu können.⁷⁹ Dieses ist als Werturteil im Metabereich zu verstehen.⁸⁰ Da das Steuersystem einen Teil der Wirtschaftsordnung darstellt, ist es erforderlich, dass das ausgewählte Besteuerungsziel mit den Zielen der Marktwirtschaftsordnung übereinstimmt. Wie in Kapitel 2.2 bereits beschrieben, muss dabei beachtet werden, dass das unterstellte Ziel auch realisierbar ist (Realisierbarkeitspostulat oder Brückenprinzip).⁸¹

Im Hinblick auf die in der rechtsdogmatischen Analyse identifizierten, grundlegenden gesetzgeberischen Entscheidungen wird in der rechtskritischen Analyse auch überprüft, ob diese Entscheidungen konsequent in den Einzelnormen berücksichtigt werden. Damit knüpft die hier vorliegende Analyse auch an die Position von *Moxter* an.⁸² Entscheidungen, die im Konflikt mit den Grundlagenentscheidungen stehen, stellen systemwidrige Entscheidungen dar. Bei derartigen systemwidrigen Entscheidungen sind die entsprechenden Widersprüche der gesetzlichen Regelungen aufzuzeigen und die betroffenen Systemelemente bzw. Vorschriften einer Korrektur zuzuführen. Im Falle eines besonderen sachlichen Anlasses ist es möglich, die getroffenen Grundlagenentscheidungen (ausnahmsweise) zu durchbrechen. Systemwidrige Entscheidungen können auch eine Änderung der grundlegenden Entscheidungen erforderlich machen. Damit kommt auch die wirtschaftstheoretisch, hier vertretene evolutorische Position zum Ausdruck, die von einem Lernprozess ohne anvisierten Gleichgewichtszustand der Rechtsordnung ausgeht.⁸³ Abschließend sei noch einmal betont, dass die Annahme, dass das Besteuerungssystem, hier fokussiert auf die Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung, ein offenes System darstellt, das veränderbar und nie abgeschlossen ist, die Grundlage der rechtsdogmatischen und rechtskritischen Analyse darstellt.

⁷⁹ Vgl. dazu die Ausführungen in Kapitel 5.

⁸⁰ Vgl. *Schmiel* (2005), S. 537.

⁸¹ Vgl. *Albert* (1991), S. 91 und S. 92; dazu auch Ausführungen in Kapitel 2.2.

⁸² Vgl. *Schmiel* (2005), S. 127, 128; *Larenz* (1991), S. 193 f.

⁸³ Vgl. dazu Ausführungen in Kapitel 2.2 und Kapitel 5.

3 Rechtsdogmatische Analyse der allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkungen

3.1 Ermittlungstechnische und inhaltliche Dimensionen steuerlicher Verluste

Für eine Einschätzung, wie die Verrechnung steuerlicher Verluste bei Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerlichen Mantelkäufe ausgestaltet werden sollte, ist zunächst zu klären, was der Steuergesetzgeber überhaupt unter einem steuerlichen Verlust versteht. Die deutschen Steuergesetze enthalten keine unmittelbare und einheitliche definitorische Abgrenzung eines steuerlichen Verlusts.⁸⁴ Dies führt dazu, dass ein steuerlicher Verlust zum einen hinsichtlich der Vorgehensweise bei seiner Ermittlung (technische Dimension) und zum anderen hinsichtlich seiner begrifflichen Herleitung (inhaltliche Dimension) gesetzlich unbestimmt bleibt.⁸⁵ Im Folgenden soll erläutert werden, wie es zu dieser definitorischen Unbestimmtheit kommt und welche Problematik daraus entsteht.

Der deutsche Steuergesetzgeber verwendet die Begrifflichkeit eines steuerlichen Verlusts auch ohne vorherige Definition gleich an mehreren Stellen. Die Begrifflichkeit „Verlust“ ist z. B. in den Vorschriften der §§ 15a EStG, 15b EStG, 20 Abs. 6 EStG zu finden, ohne dass diese Begrifflichkeit dort näher erläutert wird. Es sieht jedoch zunächst so aus, dass die Definition eines steuerlichen Verlusts im Rahmen der Vorschrift des § 10d Satz 1 EStG gegeben wird. Demnach stellen steuerliche Verluste „negative Einkünfte“ dar. Die vorgenannte definitorische Herleitung des steuerlichen Verlusts als negative Einkünfte geht von einer Betrachtung des Verlusts als negativem Saldo zwischen Einnahmen und Ausgaben aus. Gleichwohl verwendet der Steuergesetzgeber die Begrifflichkeit der „negativen Einkünfte“ neben der Begrifflichkeit des Verlusts parallel. So gebrauchen die Vorschriften der §§ 2a EStG, 34a Abs. 8 EStG die Bezeichnung „negative Einkünfte“. Die parallele Verwendung beider Begrifflichkeiten lässt sich allerdings nicht darauf zurückführen, dass die Formulierung negativer Einkünfte im Kontext eines negativen Saldos einer Einkunftsart und die Formulierung Verlust im Kontext eines negativen Saldos sämtlicher Einkunftsarten zu verstehen wäre, da zum Teil bereits im Rahmen der Einkunftsarten von Verlust gesprochen wird, wie die Vorschriften § 15a EStG, § 15b EStG, § 20 Abs. 6 EStG zeigen. Ausgehend von diesen Überlegungen bleibt die Begrifflichkeit eines steuerlichen Verlusts unbestimmt und lässt Raum für vielfältige Bedeutungsmöglichkeiten, wie nachfolgend erläutert werden soll.

⁸⁴ Vgl. *Bender* (2002), S. 8; *Eckhoff* (2005), S. 15.

⁸⁵ Die begriffliche Bedeutungsvielfalt der Bezeichnung eines Verlusts beschreibt z. B. auch *Nebe* (1999), S. 2-8.

Ermittlungstechnisch setzt ein steuerlicher Verlust auf Grundlage der aktuellen Steuergesetze in einem ersten Schritt steuerlich relevante Einkünfte voraus, so dass das Vorliegen eines steuerlichen Verlusts eng mit der Definition steuerlicher Einkünfte verbunden ist. Liegen steuerliche Einkünfte vor, kann ein steuerlicher Verlust aus einer ermittlungstechnischen Perspektive weiter differenziert werden. Infolgedessen ergeben sich verschiedene Arten steuerlicher Verluste, wie die Abbildung 1 darstellt.

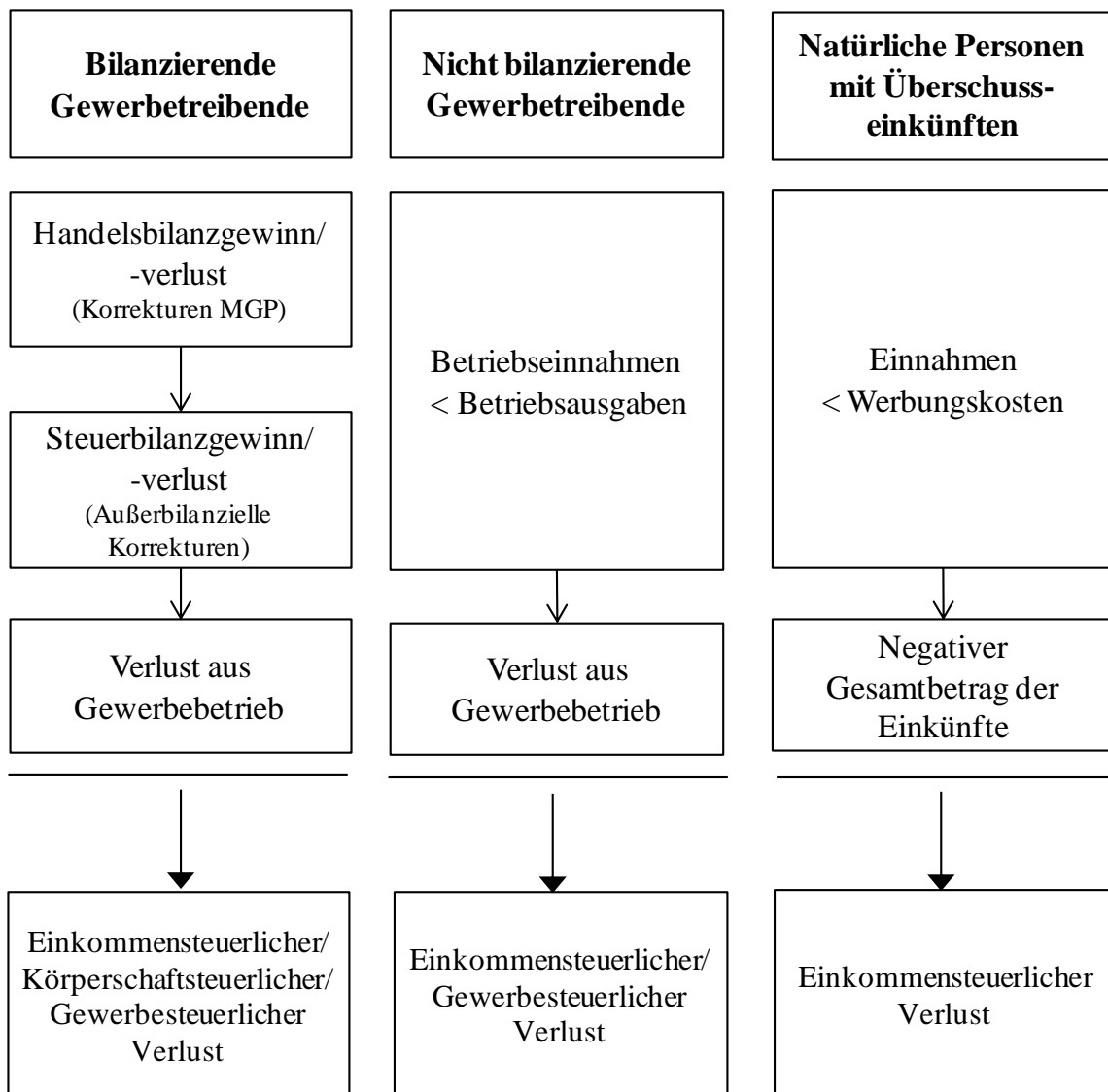


Abbildung 1: Ermittlungstechnische Dimensionen eines steuerlichen Verlusts

Wie Abbildung 1 zeigt, ist die Art eines steuerlichen Verlusts von der verwendeten Rechnungslegungsart und dem zu Grunde liegenden Rechnungslegungszweck ab-

hängig.⁸⁶ Infolgedessen kann es zu steuerlichen Bilanzverlusten, Überschüssen der Betriebsausgaben über die Betriebseinnahmen (vgl. § 4 Abs. 3 EStG) und Überschüssen der Werbungskosten über die Einnahmen (vgl. § 2 Abs. 2 Satz 2 EStG) kommen.⁸⁷ Steuerliche Bilanzverluste können bei Kapitalgesellschaften und bei anderen bilanzierenden Gewerbetreibenden, wie z. B. gewerblich tätigen, bilanzierenden Einzelunternehmern oder bilanzierenden Personengesellschaften, entstehen.⁸⁸ Diese führen bei bilanzierenden Einzelunternehmern zu einkommensteuerlichen und gewerbsteuerlichen Verlusten des Einzelunternehmers, bei Personengesellschaften zu einkommensteuerlichen Verlusten auf Ebene der Gesellschafter und einem gewerbsteuerlichen Verlust auf Ebene der Gesellschaft, bei Kapitalgesellschaften zu körperschaftsteuerlichen und gewerbsteuerlichen Verlusten der Kapitalgesellschaft. Überschüsse der Betriebsausgaben über die Betriebseinnahmen gemäß § 4 Abs. 3 EStG bestehen z. B. bei gewerblich tätigen, nicht bilanzierenden Einzelunternehmern oder Personengesellschaften.⁸⁹ Infolgedessen ergeben sich bei einer nicht bilanzierenden Personengesellschaft einkommensteuerliche Verluste auf Ebene der Gesellschafter. Auf Ebene der Personengesellschaft können bei Vorliegen negativer gewerblicher Einkünfte gewerbsteuerliche Verluste entstehen. Im Falle eines nicht bilanzierenden Einzelunternehmers entstehen einkommensteuerliche und gewerbsteuerliche Verluste des Einzelunternehmers. Überschüsse der Werbungskosten über die Einnahmen können sich in Analogie zu § 2 Abs. 2 EStG bei natürlichen Personen ergeben und führen bei diesen zu einkommensteuerlichen Verlusten.

Des Weiteren lassen sich steuerliche Verluste auf Grundlage der aktuellen Steuergesetze auch in Abhängigkeit vom jeweiligen Aufbau, der Art und der Situation eines Unternehmens unterscheiden. Diesbezüglich können Verluste im Rahmen einer ermittlungstechnischen Betrachtung einen Unternehmensbereich bzw. Unternehmensanteil oder das gesamte Unternehmen betreffen. Abhängig von der Gliederungstiefe der internen Erfolgsrechnung könnte ein Verlust ermittlungstechnisch z. B. sogar einer einzelnen Maschine zugeordnet werden.⁹⁰ Ist ein Unternehmensbereich, wie z. B. ein rechtlich unselbständiger Unternehmensteil betroffen, besteht die Möglichkeit, dass andere Unternehmensbereiche Gewinne erzielen, so dass sich bei Ermittlung sämtlicher Einkünfte nicht zwingend ein negativer Saldo und damit ein Gesamtverlust ergeben muss. Erst ein Gesamtverlust würde bei den steuerlichen Bemessungsgrundlagen offensichtlich werden.⁹¹ Besteht zwischen Gesellschaften eine

⁸⁶ Vgl. *Bender* (2002), S. 7.

⁸⁷ Vgl. *Hey* (2015), § 8, Rz. 60; *Mönikes* (2006), S. 5.

⁸⁸ Vgl. *Scheffler* (2014), S. 7-14.

⁸⁹ Vgl. *Scheffler* (2014), S. 14-17, hinsichtlich Details zur Einnahmen- und Ausgabenrechnung vgl. *Scheffler* (2014), S. 369 ff.

⁹⁰ Vgl. *Voß* (1989), S. 24.

⁹¹ Vgl. *Voß* (1989), S. 24.

ertragsteuerliche Organschaft gemäß der §§ 14 bis 19 KStG, ist zwischen dem steuerlichen Verlust auf Ebene der Organgesellschaften und auf Ebene des Organträgers zu unterscheiden. Handelt es sich um einen Verlust einer Organgesellschaft, die ihr steuerliches Ergebnis gemäß §§ 14 und 15 KStG an einen Organträger abführt, muss es in Folge der Saldierung der steuerlichen Ergebnisse des gesamten Organkreises auf Ebene des Organträgers nicht zwingend auch dort zu einem steuerlichen Verlust kommen.⁹²

Die Mehrdeutigkeit der Begrifflichkeit eines steuerlichen Verlusts ist insofern aus einer ermittlungstechnischen Perspektive insbesondere auf rechtsformspezifische Unterschiede zurückzuführen. In Folge der rechtsformabhängigen steuerlichen Einkünfteermittlung kommt es zu verschiedenen Dimensionen steuerlicher Verluste, die einer einheitlichen steuergesetzlichen Definition eines steuerlichen Verlusts im Weg stehen. Darüber hinaus bestehen bei der steuerlichen Einkünfteermittlung Besonderheiten in Form der ertragsteuerlichen Organschaft, die die Unbestimmtheit des Vorliegens eines steuerlichen Verlusts aus einer ermittlungstechnischen Perspektive weiter erhöhen. Letztlich lässt sich nur festhalten, dass ein steuerlicher Verlust steuergesetzlich als negativer Saldo zu verstehen ist, dessen Ermittlung von der Art des Steuersubjekts und der damit verbundenen Art der steuerlichen Einkünfteermittlung abhängt.

Auch aus einer inhaltlichen Perspektive bleibt die Begrifflichkeit eines steuerlichen Verlusts unbestimmt. Um die verschiedenen inhaltlichen Dimensionen eines steuerlichen Verlusts aufzuzeigen, wird eine Abgrenzung nach den in Abbildung 2 dargestellten Unterscheidungskriterien vorgenommen.

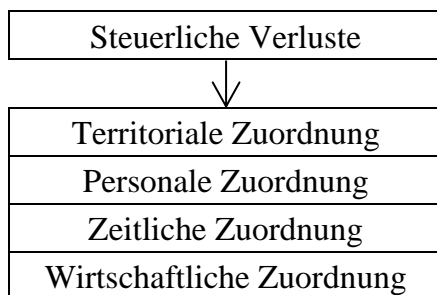


Abbildung 2: Inhaltliche Dimensionen eines steuerlichen Verlusts

Beginnend bei der *territorialen Zuordnung* eines steuerlichen Verlusts ist ein inländischer Verlust von einem ausländischen Verlust abzugrenzen. In der Regel stimmt die territoriale Zugehörigkeit mit der staatlichen Zugehörigkeit eines Verlusts überein. Allerdings könnte es auch bereits innerstaatlich, in Folge von regionalen steuerlichen Fördermaßnahmen oder von Gesetzen, die innerstaatlich nicht einheitlich

⁹² Vgl. Walter (2016), § 14 KStG, Rz. 957; ausführlich dazu Müller (2014), Rz. 512-515.

sind, zu Besteuerungsunterschieden kommen. Derartige Besteuerungsunterschiede sollen in die weiteren Betrachtungen nicht einbezogen werden, sondern eine Gleichsetzung von staatlicher und territorialer Zugehörigkeit eines Verlusts erfolgen. Im Kontext obiger Ausführungen würde ein steuerlicher Verlust im Inland, bedingt durch divergierende Rechnungslegungsvorschriften und steuerliche Einkünfteermittlungsvorschriften, nicht zwingend einen Verlust im Ausland darstellen. Dementsprechend sind steuerliche Verluste immer in Verbindung zu ihrer territorialen Zuordnung zu sehen. Zu berücksichtigen ist, dass in Folge des Welteinkommensprinzips grundsätzlich auch ausländische Einkünfte in die Ermittlung der inländischen ertragsteuerlichen Bemessungsgrundlage einzubeziehen sind. In Folge dessen können sich, abhängig von der Ausgestaltung etwaig anwendbarer Doppelbesteuerungsabkommen und anderer vertraglicher Vereinbarungen, Abgrenzungsprobleme und Überschneidungen bei der Besteuerung ergeben. Insbesondere vor dem Hintergrund der Grundfreiheiten des europäischen Binnenmarktes gibt es weitreichende Diskussionen in Bezug auf die Berücksichtigung ausländischer Verluste. Hierbei geht es vor allem um die Frage, inwieweit Verluste einer ausländischen Tochtergesellschaft⁹³ oder einer ausländischen Betriebsstätte grenzüberschreitend bei der Besteuerung der inländischen Muttergesellschaft berücksichtigt werden müssen, ohne die europäische Niederlassungsfreiheit⁹⁴ zu verletzen. Die Niederlassungsfreiheit sieht grundsätzlich vor, dass eine inländische Muttergesellschaft, unabhängig davon, ob sie inländische oder ausländische Tochtergesellschaften oder Betriebsstätten unterhält, gleich zu behandeln ist.⁹⁵ Die Niederlassungsfreiheit steht bei der Frage einer grenzüberschreitenden Verlustberücksichtigung in Konflikt mit der nationalen Besteuerungskompetenz der europäischen Staaten und deren Sorge um ihr Steueraufkommen.⁹⁶ Der Europäische Gerichtshof hat sich in den Urteilen zu den Rechtssachen *Lidl Belgium*⁹⁷ und *Marks & Spencer*⁹⁸ zu entsprechenden Sachverhalten geäußert. Demnach ist eine Berücksichtigung von Verlusten einer im EU-Ausland ansässigen Betriebsstätte oder Tochtergesellschaft bei der Besteuerungsgrundlage der inländischen Muttergesellschaft möglich, sofern es sich bei diesen Verlusten definitiv um sogenannte finale Verluste handelt. Finale Verluste zeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass

⁹³ Voraussetzung ist dabei das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Gruppenbesteuerungssystems, wie z. B. das Group-Relief-Konzept in Großbritannien. Vgl. zu grenzüberschreitenden Gruppenbesteuerungssystemen zum Beispiel IFSt-Arbeitsgruppe (2011), S. 106-113.

⁹⁴ Vgl. Art. 49 und 54 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union); *Rublack* (2011), S. 9.

⁹⁵ Vgl. *Rublack* (2011), S. 9.

⁹⁶ Vgl. *Rublack* (2011), S. 11 ff.

⁹⁷ Vgl. EUGH vom 15.05.2008 – C-414/06, Slg. 2008, I-3601.

⁹⁸ Vgl. EUGH vom 13.12.2005 – C-446/03, Slg. 2005, I-10837.

ihre Verrechnung im EU-Ausland ausgeschlossen ist.⁹⁹ Hinsichtlich der definitorischen Abgrenzung eines finalen Verlusts ergeben sich jedoch Unklarheiten und intensive Diskussionen, insbesondere im Hinblick auf die Übertragung der Definition in die jeweiligen nationalen Besteuerungssysteme.¹⁰⁰ Überlegungen zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung bleiben im Rahmen dieser Arbeit jedoch unberücksichtigt, da der Fokus allein auf inländische steuerliche Verluste gelegt wird.

Des Weiteren lassen sich Verluste hinsichtlich ihrer *personalen Zuordnung*¹⁰¹ in eigene steuerliche Verluste und in im Übertragungsweg erlangte steuerliche Verluste abgrenzen. Die Übertragung eines steuerlichen Verlusts könnte z. B. im Rahmen von Veräußerungen der Anteile an der Verlustgesellschaft, bei Umwandlungsvorgängen oder bei Erb- oder Schenkungsfällen erfolgen. Es wäre dabei jeweils fraglich, ob die steuerlichen Verluste auf die neuen Anteilseigner oder die neue Rechtsform übergehen. Zur Beantwortung dieser Frage wäre zu klären, ob steuerliche Verluste einem Gesellschaftsanteil zuzuordnen sind, ob sie an die Rechtsform einer Gesellschaft gebunden oder dem Unternehmen, z. B. in Form des näher zu typisierenden wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs der Gesellschaft, zuzuordnen sind. In Abhängigkeit davon könnte auch eine Veränderung des Unternehmensgegenstands bzw. der Art des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs Konsequenzen für die steuerliche Verlustverrechnung mit sich bringen.

Im Hinblick auf eine *zeitliche Zuordnung* könnten Verluste hinsichtlich ihres Realisierungsgrads in entstandene und in nicht entstandene Verluste unterschieden werden. Es wäre zu klären, wo der Steuergesetzgeber die Grenze zwischen einem bereits entstandenen und einem nicht entstandenen Verlust zieht und ab welchem Realisierungsgrad ein steuerlicher Verlust überhaupt steuerliche Beachtung findet. Eine Beantwortung dieser Frage könnte in besonderer Abhängigkeit zu dem unterstellten steuerbilanziellen Verständnis in Bezug auf Rückstellungen für ungewisse Verbindlichkeiten gesehen werden. Eine Rückstellung für ungewisse Verbindlichkeiten muss gemäß § 249 HGB in der Handelsbilanz passiviert werden, wenn eine Verpflichtung gegenüber einem anderen am Bilanzstichtag rechtlich entstanden ist oder die wirtschaftliche Verursachung vor dem Bilanzstichtag liegt und der Schuldner ernsthaft mit einer Inanspruchnahme rechnen muss. Über die Anwendung der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz sind Verbindlichkeitsrückstellungen auch in der Steuerbilanz grundsätzlich nach den vorgenannten handelsbilanziellen Ansatzvorschriften zu passivieren.¹⁰² In Bezug auf die Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz ergeben sich darüber

⁹⁹ Vgl. *Rublack* (2011), S. 8 ff.

¹⁰⁰ Für weiterführende Literatur vgl. z. B. *Rublack* (2011); *Musil* (2011), S. 2451-2460; *Richter* (2010), S. 1-13; *Fellinger/Schmidt-Fehrenbacher* (2012), S. 217-222; *Lenz/Ribbrock* (2010), S. 1963-1968; *Stockmann* (2000).

¹⁰¹ Gemeint sind hier sowohl natürliche als auch juristische Personen.

¹⁰² Vgl. *Schubert* (2016), § 249 HGB, Rz. 14-15; *Scheffler* (2014), S. 270-272.

hinaus steuerbilanzielle Ausnahmen.¹⁰³ Diese Ausnahmen sind für den weiteren Verlauf der Ausführungen jedoch nicht von Bedeutung und werden daher hier nicht weiter erläutert. Die Berücksichtigung einer Verbindlichkeitsrückstellung in der Steuerbilanz setzt insofern voraus, dass zum Bilanzstichtag bereits eine wirtschaftliche Belastung beim Steuerpflichtigen eingetreten ist.¹⁰⁴

Des Weiteren kann im Rahmen einer zeitlichen Zuordnung hinsichtlich des zeitlichen Anfalls der Verluste anhand des Unternehmenslebenszyklus unterschieden werden. Im Rahmen der Vorbereitungshandlungen für ein Unternehmen kann es bereits zu Verlusten kommen (Gründungsverluste), deren Andauer in der Regel sehr begrenzt ist.¹⁰⁵ Während der Startphase eines Unternehmens können Anlaufverluste und während der Ausübung der Unternehmenstätigkeit laufende Verluste entstehen. Stellen sich langfristig Verluste ein, können diese das Ende der Unternehmenstätigkeit erzwingen oder Reorganisations- und Sanierungsmaßnahmen erforderlich machen. In Abhängigkeit von der Art der Reorganisations- und Sanierungsmaßnahme können dabei erneut bzw. weiterhin Verluste entstehen.

Weitere inhaltliche Dimensionen steuerlicher Verluste ergeben sich hinsichtlich der *wirtschaftlichen Zuordnung* des Verlusts bzw. durch eine Abgrenzung sogenannter fiktiver von sogenannten wirtschaftlichen Verlusten. Gesetzlich ist eine solche Unterscheidung nicht kodifiziert, jedoch auf Grundlage von Rechtsprechung und Schrifttum ableitbar.¹⁰⁶ Die Grenze zwischen fiktiven und wirtschaftlichen Verlusten ist jedoch darin nicht eindeutig bestimmt, so dass unterschiedliche Verständnisse eines fiktiven Verlusts bestehen.

Der gesetzlichen Unterscheidung zwischen fiktiven und wirtschaftlichen Verlusten liegt die Überlegung zu Grunde, dass die wirtschaftliche Vermögenseinbuße eines steuerlichen Verlusts nicht zwangsläufig mit der bilanziellen Abbildung dieses steuerlichen Verlusts übereinstimmen muss, so dass sich ein Auseinanderfallen zwischen bilanzieller Abbildung des wirtschaftlichen Aufwands und tatsächlichem wirtschaftlichen Aufwand ergeben würde.¹⁰⁷ Es könnte daher zwischen steuerlichen Verlusten, die mit einem tatsächlichen wirtschaftlichen Aufwand beim Steuerpflichtigen verbunden sind, den sogenannten wirtschaftlichen oder echten Verlusten und den Verlusten, die zwar bilanziell erfasst sind, aber zu keinem tatsächlichen wirtschaftlichen Aufwand beim Steuerpflichtigen geführt haben, den sogenannten

¹⁰³ Vgl. dazu z. B. *Schubert* (2016), § 249 HGB, Rz. 14; *Scheffler* (2014), S. 272ff.

¹⁰⁴ Vgl. *Weber-Grellet* (2016), § 5 EStG, Rz. 361; *Breithecker/Schmiel* (2003), S. 158; *Moxter* (1988), S. 455-457; *Schubert* (2016), § 249 HGB, Rz. 34.

¹⁰⁵ Vgl. *Vofß* (1989), S. 55 sowie detaillierte weitere Informationen zu Gründungsverlusten auf S. 55 ff.

¹⁰⁶ Vgl. *Braunagel* (2010), S. 54.

¹⁰⁷ Vgl. *Röder* (2010), S. 9.

Buchverlusten, fiktiven oder unechten Verlusten, unterschieden werden.¹⁰⁸ Fiktive Verluste führen zum Aufbau stiller Reserven¹⁰⁹, indem sie einen Aufwand über den eigentlichen wirtschaftlichen Aufwand hinaus in frühe Perioden vorziehen. Fraglich ist, welche Aufwendungen keinen tatsächlichen wirtschaftlichen Aufwand darstellen bzw. als überbewertete Aufwendungen gelten. Dabei rückt regelmäßig die Inanspruchnahme von erhöhten Absetzungen für Abnutzung und Sonderabschreibungen in den Fokus der Betrachtungen. Diese werden in der Regel als steuerliche Fördermaßnahmen mit lenkungspolitischen Absichten eingesetzt. Sonderabschreibungen können dabei in Ergänzung zu den eigentlichen Abschreibungen eingesetzt werden, erhöhte Absetzungen für Abnutzung werden anstelle der planmäßigen Abschreibung eingesetzt.¹¹⁰ Es könnte argumentiert werden, dass insofern die Inanspruchnahme von erhöhten Absetzungen für Abnutzung und Sonderabschreibungen keinen tatsächlichen wirtschaftlichen Aufwand darstellt und demnach zu fiktiven Verlusten führt.¹¹¹ Andererseits lässt sich auch anführen, dass Sonderabschreibungen einen überdurchschnittlichen tatsächlichen wirtschaftlichen Aufwand verdeutlichen, da diese die, ohne die Möglichkeit der Sonderabschreibungen bestehende geringe Attraktivität der entsprechenden Investitionen kompensieren. Nach dieser Auffassung würde es in Folge der Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen gerade nicht zu fiktiven Verlusten kommen.¹¹²

Der BFH konstatiert, dass steuerliche Verluste, die gezielt und planvoll herbeigeführt werden, von anderen Verlusten differenziert werden sollen, so dass zwischen wirtschaftlichen und fiktiven Verlusten unterschieden wird.¹¹³ Im Rahmen der Auslegung der Steuergesetze durch den BFH und im Schrifttum wird demnach davon ausgegangen, dass ein fiktiver wirtschaftlicher Aufwand vom Steuerpflichtigen gezielt dazu herbeigeführt wird, um eine steuerliche Verlustverrechnung zur Minderung der aktuellen Steuerzahllast zu erreichen. Im Unterschied dazu würden wirtschaftliche Verluste zwangsläufig, das heißt, ohne gezielte Herbeiführung entstehen.¹¹⁴ Bei wirtschaftlichen Verlusten stünde demnach grundsätzlich eine wirtschaftliche Betrachtung im Vordergrund, die über einen bloßen steuerlichen Vorteil hinausgeht, während bei fiktiven Verlusten noch ein subjektives Element in Form der bewussten Herbeiführung steuerlicher Verluste hinzuzufügen sein

¹⁰⁸ Vgl. *Klein* (2005), S. 65 ff.; *Kirchhof* (2005), S. 7.

¹⁰⁹ Vgl. *Nestler* (2006), S. 15.

¹¹⁰ Vgl. *Kulosa* (2016), § 7a EStG, Rz. 1.

¹¹¹ Vgl. *Nebe* (1999), S. 8.

¹¹² Vgl. *Hergarten* (2001), S. 1878.

¹¹³ Vgl. BFH-Beschluss vom 09.05.2011, XI B 151/00, BStBl. II 2001, S. 552 ff., ähnlich auch BVerfG, Beschluss vom 29.05.1990, BVerfGE 82, 60, BStBl. II 1990, S. 653-663, der ebenfalls eine Differenzierung von Verlusten, die durch Ausnutzung von steuerlichen Vergünstigungen oder Ähnlichem beruhen, vorsieht.

¹¹⁴ Vgl. *Birk* (1988), S. 823.

könnte.¹¹⁵ Wird eine Grenze zwischen fiktiven und wirtschaftlichen Verlusten gezogen, so ist zu berücksichtigen, dass sich diese im Zeitablauf verändern kann, da aus sogenannten fiktiven Verlusten oft auch sogenannte wirtschaftliche Verluste werden.¹¹⁶ Die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und fiktiven Verlusten hat insofern für die steuerliche Verlustverrechnung bei Steuerpflichtigen eine erhebliche Bedeutung.¹¹⁷

Eine solche Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und fiktiven Verlusten fand in ähnlicher Form auch Eingang in die steuergesetzgeberischen Überlegungen im Rahmen des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002. Es war zunächst geplant, zwischen sogenannten „aktiven und passiven Verlusten“ zu unterscheiden. Zu den aktiven Einkünften sollten dabei Einkünfte aus Gewerbebetrieb, selbständiger Arbeit, nichtselbständiger Arbeit und Land- und Forstwirtschaft zählen, während Einkünfte aus Kapitalvermögen und Vermietung und Verpachtung als passive Einkünfte eingeordnet werden sollten. Es war vorgesehen, eine steuerliche Verlustverrechnung zwischen aktiven und passiven Einkünften nur unter bestimmten Restriktionen zu ermöglichen. Allerdings wurde die Unterscheidung letztlich nicht gesetzlich verankert.¹¹⁸

Es lässt sich festhalten, dass die nicht vorhandene gesetzliche Definition eines steuerlichen Verlusts dazu führt, dass es verschiedene Dimensionen steuerlicher Verluste gibt, die sich einerseits im Rahmen der technischen Ermittlung und andererseits im Rahmen einer inhaltlichen Bestimmung des steuerlichen Verlusts äußern. Die verschiedenen Dimensionen steuerlicher Verluste sind aus ermittlungstechnischer Perspektive auf rechtsformspezifische Unterschiede bei der steuerlichen Einkünfteermittlung zurückzuführen. Aus inhaltlicher Perspektive ergeben sich die verschiedenen Dimensionen in Folge unterschiedlicher territorialer, personaler, wirtschaftlicher und zeitlicher Zuordnungsmöglichkeiten steuerlicher Verluste. Der Steuergesetzgeber nimmt diesbezüglich keine definitorische Abgrenzung vor. Ein steuerlicher Verlust stellt insofern einen negativen Saldo im Rahmen der steuerlichen Einkünfteermittlung dar, dessen weitere Bestimmung steuergesetzlich weitgehend unregelt bleibt.

¹¹⁵ Vgl. *Kohlhaas* (2002), S. 2528; *Röder* (2010), S. 9 ff., für den unechte Verluste erst bei Vorliegen des objektiven Elementes (fehlender wirtschaftlicher Werteverzehr) und Vorliegen des subjektiven Elementes (gezieltes Herbeiführen von Verlusten) entstehen.

¹¹⁶ Vgl. *Eckhoff* (2005), S. 18.

¹¹⁷ Vgl. *Kohlhaas* (2002), S. 2528.

¹¹⁸ Vgl. *Eckhoff* (2005), S. 35, Fn. 100; *Werz* (2002), S. 76.

3.2 Systematisierung steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

Wie zuvor dargestellt, bleibt die gesetzgeberische Definition eines steuerlichen Verlusts weitgehend offen. Gleichwohl differenziert der Steuergesetzgeber im Rahmen der steuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften implizit zwischen steuerlich verrechnungsfähigen und steuerlich nicht verrechnungsfähigen Verlusten. Demnach sind steuerliche Verluste, die bestimmte Kriterien erfüllen, nicht oder nur beschränkt steuerlich zu verrechnen. Im Folgenden soll daher im Rahmen einer rechtsdogmatischen Analyse des Gesetzesgefüges der steuerlichen Verlustverrechnungsregeln herausgearbeitet werden, welche Grundsätze der Gesetzgeber für die steuerliche Verrechnung von Verlusten vorsieht. Die Betrachtung blendet die Vorschriften zur Regelung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Umwandlungsvorgängen aus.

Die Berücksichtigung steuerlicher Verluste ist im deutschen Ertragsteuerrecht auf vielfältige Weise geregelt und auf genauso vielfältige Art beschränkt. Dabei sind nicht alle Beschränkungen unmittelbar als Verlustverrechnungsbeschränkung erkennbar, sondern vielfach als Vorschrift in die steuerliche Einkünfte- und Gewinnermittlung integriert. Dadurch kommt es auf verschiedenen Stufen der steuerlichen Einkünfte und Gewinnermittlung zu einer beschränkten Verrechnung der jeweiligen negativen Salden. Die Beschränkung der jeweiligen negativen Salden ist in der Regel daran geknüpft, dass die negativen Salden für eine steuerliche Verrechnung bestimmte inhaltliche Kriterien erfüllen müssen. Für eine rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsregeln im Gesetzgefüge ist es insofern erforderlich, eine geeignete Systematisierung der Vorschriften vorzunehmen.

Dazu werden die ertragsteuerlichen Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung auf Grundlage der steuerlichen Einkünfte- und Gewinnermittlung in vier Stufen unterteilt und jeweils skizziert. Abbildung 3 zeigt die an der steuerlichen Einkünfte- und Gewinnermittlung orientierte Systematisierung der steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen, bei der eine Unterscheidung in vier verschiedene Stufen erfolgt.

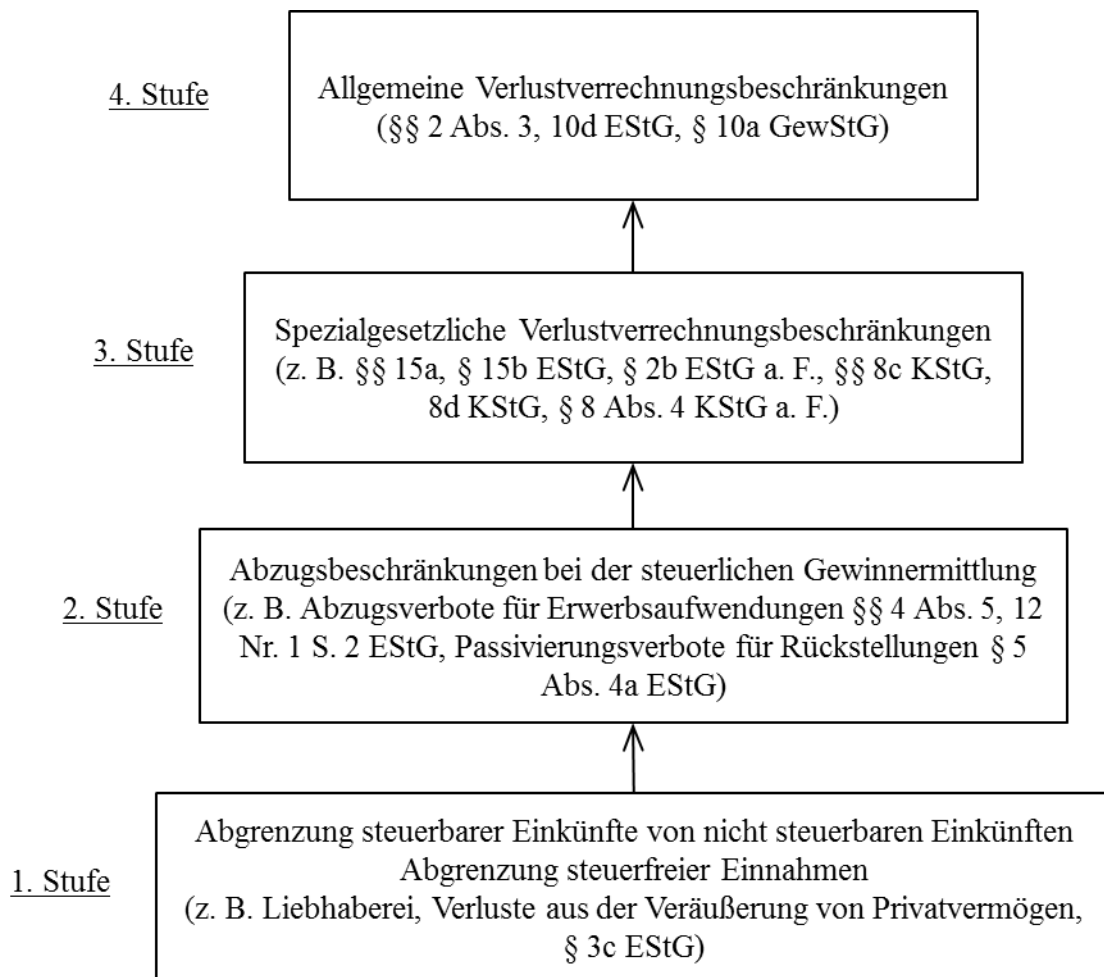


Abbildung 3: Steuerliche Verlustverrechnungsbeschränkungen im Kontext der steuerlichen Gewinnermittlung

Die Verlustverrechnungsbeschränkungen werden hier hinsichtlich ihrer Anwendungsreihenfolge bei der steuerlichen Einkünfte- und Gewinnermittlung systematisiert. Damit unterscheidet sich die vorliegende Systematisierung von anderen Zuordnungen in der Literatur. Diese systematisieren Verlustverrechnungsbeschränkungen zum Teil, ausgehend von der Bestimmung von Teilbemessungsgrundlagen bei der steuerlichen Gewinnermittlung, in einkunftsquellenübergreifende, interperiodische, grenzüberschreitende und interpersonelle Verlustverrechnungsbeschränkungen.¹¹⁹ Andere Systematisierungen unterscheiden in subjektbezogene, zeitliche, einkunftsartbezogene, einkunftsquellenbezogene und nationale Verrechnungsschranken.¹²⁰ Des Weiteren finden sich Systematisierungen, die in Vorschriften, die die Verlustentstehung verhindern, in Vorschriften, die die Verlustentstehung verschieben, in Vorschriften, die den Verlustausgleich verschieben, in Vorschriften, die einen

¹¹⁹ Vgl. Lüdicke/Braunagel (2010), S. 291 ff.

¹²⁰ Vgl. Wollseiffen (1998), S. 47-50.

begrenzten Verlustausgleich erlauben und in Vorschriften, die eine inländische Verlustverrechnung gänzlich ausschließen, unterteilen.¹²¹

Wie Abbildung 3 zeigt, sind Verluste, die sich bei nichtsteuerbaren Einkünften, wie z. B. im Rahmen der Liebhaberei oder der Veräußerung von Privatvermögen ergeben, steuerlich unbeachtlich. Sie werden in Analogie zur Nichtbesteuerung der entsprechenden Einnahmen von der Besteuerung ausgenommen.¹²² Des Weiteren bleiben Verluste, die im Zusammenhang mit steuerfreien Einnahmen stehen, steuerlich unberücksichtigt (insbesondere § 3c EStG). Insofern liegt in der Art der Abgrenzung steuerbarer von nichtsteuerbaren Einkünften und im Rahmen der Definition steuerfreier Einnahmen eine *erste Stufe* der Verlustverrechnungsbeschränkung vor.

Im Rahmen der Ermittlung des steuerlichen Gewinns schränkt eine Reihe von Abzugsbeschränkungen die steuerliche Verlustverrechnung implizit ein. Diese Vorschriften, von denen nachfolgend einige Beispiele beschrieben werden, stellen die *zweite Stufe* der steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkung dar. Beispiele für implizite Schranken wären Abzugsverbote für Erwerbsaufwendungen, wie z. B. §§ 4 Abs. 5 EStG, 12 Nr. 1 Satz 2 EStG, Abzugsverbote für Betriebsausgaben, wie z. B. § 4h EStG, das Abzugsverbot für steuerliche Teilwertabschreibungen, wie z. B. § 8b Abs. 3 KStG¹²³, und Passivierungsverbote für Rückstellungen, wie z. B. §§ 5 Abs. 3, 5 Abs. 4, 5 Abs. 4a, 5 Abs. 4b EStG. Voraussichtliche Wertminderungen können steuerlich grundsätzlich durch eine Teilwertabschreibung gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 und Nr. 2 Satz 2 EStG nachvollzogen werden. Diese setzt allerdings eine voraussichtlich dauernde Wertminderung voraus und darf sowohl für Wirtschaftsgüter des Anlage- als auch Umlaufvermögens ausgeübt werden.¹²⁴ Gemäß § 8b Abs. 3 Satz 3 KStG bestehen Ausnahmen bei Teilwertabschreibungen bzw. Gewinnminderungen gemäß § 8b Abs. 3 Satz 4 KStG auf Anteile gemäß § 8b Abs. 2 KStG, indem diese Wertminderungen steuerlich unberücksichtigt bleiben und die steuerbilanzielle Abwertung durch eine außerbilanzielle Korrektur rückgängig gemacht werden muss. Ferner lassen sich drohende Verluste, das heißt, wirtschaftlich verursachte, aber rechtlich noch nicht entstandene Verluste, handelsrechtlich in Form einer Rückstellung für drohende Verluste abbilden. Eine Drohverlustrückstellung ist handelsrechtlich zu passivieren, wenn am Bilanzstichtag davon auszugehen ist, dass der Wert der eigenen Verpflichtung höher sein wird als der Wert des Anspruchs auf die Gegenleistung.¹²⁵ Steuerlich darf eine Drohverlustrückstellung gemäß § 5 Abs. 4a EStG jedoch nicht nachvollzogen werden. Durch diese Art der Abzugs-

¹²¹ Vgl. Nestler (2006), S. 16.

¹²² Vgl. Nebe (1999), S. 41.

¹²³ Vgl. Wassermeyer (2011), S. 752.

¹²⁴ Vgl. § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG; Hennrichs (2015), § 9, Rz. 91.

¹²⁵ Vgl. Schubert (2016), § 249, Rz. 60.

beschränkungen verhindert oder schränkt der Gesetzgeber eine steuerliche Verlustentstehung und die damit verbundene Verrechnung mit steuerlichen Gewinnen ein und weicht vom Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz ab. Die Unzulässigkeit steuerlicher Drohverlustrückstellungen, die seit 1997 gesetzlich in gemäß § 5 Abs. 4a EStG verankert ist, stößt allerdings auf Kritik.¹²⁶

Außerdem sorgen im Rahmen der Ermittlung des steuerlichen Gewinns eine Reihe expliziter Verlustverrechnungsvorschriften, hier bezeichnet als spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen, dafür, dass der negative Saldo bestimmter Einkunftsquellen nicht oder nur eingeschränkt verrechnet werden kann. Diese Vorschriften schließen in der Regel eine Verrechnung mit einem positiven Saldo anderer Einkunftsquellen und Einkunftsarten aus und stellen die *dritte Stufe* steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen dar. Das aktuelle Ertragsteuerrecht beinhaltet insbesondere die in Tabelle 1 aufgeführten Verlustverrechnungsbeschränkungen der dritten Stufe. Diese werden als spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen bezeichnet.

§ 2a EStG
§ 15 Abs. 4 EStG
§ 15a EStG
§ 15b EStG/§ 2b EStG a. F.
§ 20 Abs. 6 EStG
§ 22 Nr. 3 EStG
§ 23 Abs. 3 S. 9 EStG
§ 34a Abs. 8 EStG
§ 8c KStG/§ 8 Abs. 4 KStG a. F./§ 8d KStG

Tabelle 1: Spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen im Ertragsteuerrecht

Die in Tabelle 1 aufgeführten Beschränkungen lassen sich in Vorschriften, die zwar eine betragsmäßig uneingeschränkte Verrechnung gewähren, diese aber nur mit bestimmten Einkünften in künftigen Veranlagungsperioden zulassen und Vorschriften, die eine betragsmäßige beschränkte Verrechnung nur mit bestimmten Einkünften in künftigen Veranlagungsperioden vorsehen, unterteilen.¹²⁷ Darüber hinaus regeln die Vorschriften des § 8c KStG und § 8d KStG bzw. § 8 Abs. 4 KStG a. F. den Übergang eines steuerlichen Verlusts im Rahmen der Übertragung von Gesellschaftsanteilen. Unter Berücksichtigung der in Kapitel 2.1 beschriebenen Differenzierungskriterien wird eine steuerliche Verrechnung der Verluste im Rahmen der vorgenannten

¹²⁶ Vgl. z. B. Moxter (1998), S. 509 ff.; Groh (1976), S. 32 ff.; Siegel (2000a), S. 564; Siegel (2000b), S. 29 ff.; Siegel (1999), S. 195 ff.; Küting/Kessler (2000), S. 21 ff.; Hoffmann (2000), S. 248 ff.; Prinz (2011), S. 492 ff.

¹²⁷ Vgl. Eisgruber (2007), S. 630.

Verlustverrechnungsbeschränkungen nur dann zugelassen, wenn diese die nachfolgend beschriebenen Kriterien erfüllen.

Steuerliche Verluste können hinsichtlich ihrer *territorialen Zuordnung* steuerlich nur dann berücksichtigt werden, wenn sie dem Inland zuzuordnen sind. Ausnahmen ergeben sich, sofern es sich um Verluste aus dem europäischen Ausland handelt.¹²⁸ In diesem Kontext regelt § 2a EStG, dass beim Erzielen bestimmter Einkunftsarten aus einem anderen Staat die negativen Einkünfte nur mit positiven Einkünften derselben Einkunftsart und desselben Staates ausgeglichen werden. Damit ergibt sich für grenzüberschreitende negative Einkünfte eine einkunftsartbezogene Verrechnungsbeschränkung. Eine Anwendung dieser Verlustverrechnungsbeschränkung erfolgt nur bei Einkünften aus Staaten, mit denen kein bilaterales Abkommen besteht. Die Anwendung der Norm ist abhängig von der Art der Einkünfte. Derzeit ist eine Anwendung der Vorschrift auf Einkünfte aus Drittstaaten begrenzt.¹²⁹

Im Rahmen der *personalen Zuordnung* des steuerlichen Verlusts sieht § 8c KStG, zuvor § 8 Abs. 4 KStG a. F., eine Beschränkung des Übergangs steuerlicher Verluste im Rahmen der Übertragung von Gesellschaftsanteilen vor. § 8c KStG enthält diesbezüglich im Vergleich zu § 8 Abs. 4 KStG a. F. eine stärkere Beschränkung. Demnach ist die Verrechnung eines Verlustvortrags beim Erwerb von Gesellschaftsanteilen nur sehr bedingt möglich. Der Ursprung der Vorschriften liegt in einer Sanktionierung der Übertragung und Verrechnung von sogenannten fiktiven Verlusten mit steuerlichen Gewinnen anderer Steuerpflichtiger. Demnach ist auch hier die Unterscheidung des fiktiven und wirtschaftlichen Verlusts von zentraler Bedeutung. Eine besondere Ausnahmeregelung bei der Anwendung des § 8c KStG enthält die Vorschrift des § 8d KStG.

Hinsichtlich der *zeitlichen Zuordnung* steuerlicher Verluste bestehen keine spezialgesetzlichen Regelungen.

Im Rahmen der *wirtschaftlichen Zuordnung* eines steuerlichen Verlusts veranlasste das etwaige Auseinanderfallen zwischen einem fiktiven und einem wirtschaftlichen Verlust den Gesetzgeber dazu, insbesondere durch die Regelungen der §§ 2b EStG a. F., 15b EStG, 15a EStG, die Verlustverrechnung auf den an bestimmten Kriterien

¹²⁸ Vgl. dazu die Thematik der finalen Verluste bzw. die Ausführungen in Kapitel 3.1. Für weiterführende Literatur vgl. z. B. Rublack (2011); Musil (2011), S. 2451-2460; Richter (2010), S. 1-13; Fellingner/Schmidt-Fehrenbacher (2012), S. 217-222; Lenz/Ribbrock (2010), S. 1963-1968; Stockmann (2000).

¹²⁹ Vgl. Heinicke (2016), § 2a EStG Rz. 2-8.

ausgemachten, wirtschaftlichen Verlust zu begrenzen.¹³⁰ Dabei geht es bei den Vorschriften der §§ 2b EStG a. F., 15b EStG und 15a EStG um eine Beschränkung in Form einer einkunftsartbezogenen Verrechnung. Auch die oben bereits zugeordnete Vorschrift des § 2a EStG kann dieser Kategorie zugeordnet werden, da sie der Bekämpfung ausländischer Verlustzuweisungsmodelle dienen sollte bzw. die Verrechnung fiktiver Verluste aus Drittstaaten begrenzt.¹³¹ Außerdem ist gemäß § 15 Abs. 4 EStG bei bestimmten Einkunftsquellen der Einkünfte aus Gewerbebetrieb nur eine Verrechnung mit entsprechenden positiven Einkünften zulässig. Die Beschränkung basiert auf der gesetzgeberischen Sorge vor unerwünschten Gestaltungen bei der Verlustverrechnung.¹³² In der Vergangenheit beschränkte der Steuergesetzgeber die Auswirkungen von Sonderabschreibungen und steuerfreier Rücklagen im Rahmen von sogenannten Verlustklauseln. Zunächst wurden diese Vorschriften im Jahre 1971 für ausgewählte Sonderabschreibungen und steuerfreie Rücklagen vorgesehen, bevor im Jahre 1974 eine allgemeine Verlustklausel in Form des § 7a Abs. 6 EStG a. F. eingeführt wurde. Diese regelte, dass erhöhte Absetzungen oder Sonderabschreibungen bei Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens nicht zur Entstehung oder Erhöhung eines Verlusts führen. Ausgenommen von dieser Regelung waren Sonderabschreibungen gemäß § 14 BerlinFG.¹³³ Die Verlustklauseln wurden im Jahre 1980 wieder aufgehoben.¹³⁴

In Folge der Anwendung besonderer Steuersätze oder einer Steuerfreiheit für bestimmte Einkunftsarten und Einkunftsquellen ist eine Verrechnung der entsprechenden negativen Einkünfte nur in derselben Einkunftsart bzw. derselben Einkunftsquelle möglich oder gar nicht zulässig. Die steuerlichen Verluste werden insofern in Analogie zur Besteuerung der positiven Einkünfte berücksichtigt. Entsprechende Vorschriften liegen demnach in der Besteuerungssystematik selbst begründet. Dies betrifft derzeit z. B. die mit einem besonderen Steuersatz besteuerten Einkünfte aus Kapitalvermögen im Rahmen der Vorschrift des § 20 Abs. 6 EStG und thesaurierte Einkünfte im Rahmen des § 34a Abs. 8 EStG. Die §§ 22 Nr. 3 EStG und 23 Abs. 3 S. 8 EStG regeln die Verlustverrechnung im Rahmen privater Veräußerungsgeschäfte, wobei sich die Regelungen im Wesentlichen auf die Steuerbarkeit der entsprechenden Einkünfte beziehen. Eine Verlustverrechnung

¹³⁰ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, S. 1, 4, 6; Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, S. 16.

¹³¹ Vgl. *Mössner* (2010), S. 62; *Heinicke* (2016), § 2a EStG, Rz. 2.

¹³² Vgl. *Wacker* (2016), § 15, Rz. 895-910.

¹³³ Vgl. zu den Verlustklauseln *Schulze-Osterloh* (1985b), S. 285, 286 und zum BerlinFG auch die Ausführungen in Kapitel 4.1

¹³⁴ Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 20.08.1980, BGBl. I 1980, S. 1525.

privater Veräußerungsgeschäfte wird insoweit ausgeschlossen, wenn der Verlust entsprechende Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften übersteigt.¹³⁵

Die Unterteilung der spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen zeigt, dass diese im Wesentlichen auf die vom Gesetzgeber angenommene Unterscheidung in fiktive und wirtschaftliche Verluste zurückzuführen sind. Neben dieser Unterscheidung ergeben sich spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen der territorialen und personalen Zuordnung steuerlicher Verluste. Außerdem bestehen spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen, die in Folge der Besteuerungssystematik erforderlich sind. Grundsätzlich führen spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen dazu, dass sie eine Verrechnung von Verlusten im Rahmen der vierten Stufe der Verlustverrechnungsbeschränkungen ausschließen. Derartige Verluste gelangen damit erst gar nicht in den Anwendungsbereich der von der Stufe vier erfassten Vorschriften. Infolgedessen werden in der hier vorgenommenen Systematisierung die spezialgesetzlichen Regelungen stufenmäßig bzw. hinsichtlich ihrer Anwendungsreihenfolge vor den allgemeinen Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung eingeordnet. Damit unterscheidet sich die hier vorgenommene Systematisierung erneut von bisherigen Systematisierungen in der Literatur. Diese ordnen spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen regelmäßig als die den allgemeinen Verlustverrechnungsregeln nachgeschaltete Vorschriften ein, die zusätzliche Beschränkungen bereithalten.¹³⁶ Eine derartige Systematisierung würde jedoch suggerieren, dass die von spezialgesetzlichen Normen erfassten steuerlichen Verluste zunächst in den Anwendungsbereich der allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkungen gelangen, bevor sie einer steuerlichen Sonderbehandlung zugeführt werden. Diese Einschätzung wird jedoch hier nicht geteilt. Die hier vorgenommene Systematisierung verdeutlicht vielmehr, dass für Verluste, die in den Anwendungsbereich einer spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsbeschränkung fallen, unmittelbar striktere Beschränkungen gelten, als es die vierte Stufe steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen vorsieht. Derartige Verluste scheinen demnach aus gesetzgeberischer Perspektive Kriterien zu erfüllen, die eine steuerlich ungleiche Behandlung im Vergleich zu anderen Verlusten erforderlich machen. Infolgedessen werden sie unmittelbar einer anderen steuerlichen Behandlung zugeführt, so dass die allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkungen nicht zur Anwendung kommen.

Die *vierte Stufe* der Verlustverrechnungsbeschränkungen besteht aus weiteren expliziten Verlustverrechnungsbeschränkungen, hier bezeichnet als allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen. Diese Vorschriften regeln zum einen die Verrechnung negativer Einkünfte zwischen den Einkunftsarten innerhalb einer Periode (intraperiodischer Verlustausgleich) und zum anderen die Verrechnung eines negativen Saldos des Gesamtbetrags der negativen Einkünfte mit einem positiven

¹³⁵ Vgl. *Weber-Grellet* (2016), § 22 EStG, Rz. 130 ff.; *Weber-Grellet* (2016), § 23 EStG, Rz. 70 ff.

¹³⁶ Vgl. z. B. *Nestler* (2006), S. 16; *Mönikes* (2006), S. 13-16.

Gesamtbetrag der Einkünfte anderer Perioden (interperiodischer Verlustausgleich). Sie bilden damit den Kern der ertragsteuerlichen Verlustverrechnung und werden im Folgenden auch als allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkungen bezeichnet. Im aktuellen Ertragsteuerrecht regeln § 2 Abs. 3 EStG den intraperiodischen Verlustausgleich und § 10d EStG bzw. § 10a GewStG den interperiodischen Verlustabzug. Der einkommen- und körperschaftsteuerliche¹³⁷ Verlustausgleich sieht einen Ausgleich negativer Einnahmen mit positiven Einnahmen innerhalb einer Einkunftsart (horizontaler Verlustausgleich) und einen Ausgleich positiver und negativer Einkünfte innerhalb verschiedener Einkunftsarten (vertikaler Verlustausgleich) vor.¹³⁸ Der Verlustausgleich ist insofern an Verrechnungspotential in Form positiver Einnahmen oder Einkünfte geknüpft. Reicht das vorhandene Verrechnungspotential weder für einen horizontalen, noch für einen vertikalen intraperiodischen Verlustausgleich aus, kann der resultierende negative Saldo grundsätzlich als Verlustabzug interperiodisch verrechnet werden. Der interperiodische Verlustabzug ist in Form einer Verrechnung mit einem positiven zu versteuernden Einkommen der Vorjahresperiode in Form eines Verlustrücktrags gemäß § 10d Abs. 1 EStG oder einer Verrechnung mit einem positiven Gesamtbetrag der Einkünfte künftiger Perioden in Form eines Verlustvortrags gemäß § 10d Abs. 2 EStG möglich. Das aktuelle Einkommensteuerrecht beschränkt den Verlustrücktrag zeitlich auf die Vorperiode und betragsmäßig auf 1 Million EUR und sieht für dessen Inanspruchnahme eine Wahlmöglichkeit, auch hinsichtlich der Höhe der Inanspruchnahme, vor. Der Verlustvortrag bleibt zeitlich unbeschränkt, wird jedoch in Form einer sogenannten „Mindestbesteuerung“ betragsmäßig beschränkt.¹³⁹ Demnach ist gemäß § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG über einen Verlustvortrag eine jährliche Verrechnung in Höhe von 1 Million EUR des Gesamtbetrags der Einkünfte möglich. Darüber hinaus können von einem nach dieser Verrechnung noch verbleibenden positiven Gesamtbetrag der Einkünfte 60% mit einem bestehenden Verlustabzug verrechnet werden. Auch im Rahmen des interperiodischen Verlustabzuges wird eine Verlustverrechnung grundsätzlich an das Vorhandensein von Verrechnungspotential in Form eines positiven zu versteuernden Einkommens oder Gesamtbetrags der Einkünfte geknüpft. Beschränkungen ergeben sich in Form einer zeitlichen und betragsmäßigen Begrenzung des Verlustrücktrags und einer betragsmäßigen Begrenzung des Verlustvortrags. Des Weiteren regelt § 10d EStG implizit, dass der zuvor beschriebene Verlustabzug personenbezogen ist. Demnach findet ein Verlustabzug bei der Person bzw. dem Steuersubjekt Anwendung, die bzw. das den Verlust auch erlitten hat. Bezeichnet wird dies als Personenidentität.¹⁴⁰

¹³⁷ Ein vertikaler Verlustausgleich läuft im Rahmen der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung in Folge des ausschließlichen Vorliegens von Einkünften aus Gewerbebetrieb ins Leere.

¹³⁸ Vgl. § 2 Abs. 3 EStG und *Weber-Grellet* (2016), § 2 EStG, Rn. 58.

¹³⁹ Vgl. *Heinicke* (2016), § 10d EStG, Rz. 31; *Hey* (2015), § 8, Rz. 67.

¹⁴⁰ Vgl. *Heinicke* (2016), § 10d EStG, Rz. 12; ausführlich *Pfarrmann* (2016), § 10d EStG, Rn. 6-11.

Durch den Rückgriff auf die einkommen- und körperschaftsteuerlichen Vorschriften gemäß der §§ 7, 8 GewStG gelten die oben genannten Ausführungen zur Ermittlung eines einkommen- und körperschaftsteuerlichen Verlusts grundsätzlich auch für gewerbsteuerliche Verluste. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Entstehung und Höhe eines gewerbsteuerlichen Verlusts, insbesondere durch den Umfang der gewerbsteuerlichen Hinzurechnungen und Kürzungen gemäß §§ 8, 9 GewStG beeinflusst werden kann. Die Höhe des gewerbsteuerlichen Verlusts weicht dadurch möglicherweise von der Höhe des einkommen- oder körperschaftsteuerlichen Verlusts ab.¹⁴¹ Gewerbsteuerliche Hinzurechnungen und Kürzungen sind daher als besonderer Einflussfaktor gewerbsteuerlicher Verluste zu sehen.

Für die gewerbsteuerliche Verlustverrechnung findet über den allgemeinen Verweis des § 7 GewStG ebenfalls ein intraperiodischer Verlustausgleich und ein interperiodischer Verlustabzug Anwendung. Vorgenannte Ausführungen zur einkommen- und körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung gelten insofern grundsätzlich auch für die gewerbsteuerliche Verlustverrechnung.¹⁴² Besonderheiten der gewerbsteuerlichen Verlustverrechnung ergeben sich darüber hinaus gemäß § 10a GewStG. Demnach schließt das Gewerbesteuergesetz einen gewerbsteuerlichen Verlustrücktrag aus.¹⁴³ Des Weiteren erfordert eine Verrechnung eines gewerbsteuerlichen Verlusts eine Identität zwischen dem Gewerbebetrieb, bei dem der Verlust entstanden ist und dem Gewerbebetrieb, der den Verlust verrechnet. Dieser als Unternehmensidentität bezeichnete Grundsatz wird auf die gemäß § 2 Abs. 1 GewStG kodifizierte Objektgebundenheit der Gewerbesteuer zurückgeführt.¹⁴⁴ Neben dem Grundsatz der Unternehmensidentität sorgt das Erfordernis der Unternehmeridentität bei der gewerbsteuerlichen Verlustverrechnung dafür, dass gewerbsteuerliche Verluste auch an die Anteilseigner des Unternehmens gebunden sind. Demnach setzt eine gewerbsteuerliche Verlustverrechnung voraus, dass der Gewerbebetrieb, der den Verlust erlitten hat und verrechnen möchte, weiterhin von dem gleichen Unternehmer betrieben wird wie im Wirtschaftsjahr der Entstehung des Verlusts.¹⁴⁵

Um die Ausrichtung der Vorschriften und die damit seitens des Gesetzgebers verfolgte Intention zu verstehen, wird nachfolgend die historische Entwicklung der

¹⁴¹ Vgl. *Braunagel* (2010), S. 27; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a EStG, Rz. 56, 57.

¹⁴² Vgl. *Vofßkuhl* (2009), § 7 GewStG, Rz. 149.

¹⁴³ Vgl. *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rz. 13.

¹⁴⁴ Vgl. Erläuterungen zur Unternehmensidentität, R 10a.2 GewStR 2009; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rz. 10; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rz. 93 und ausführlich Rz. 98-117.

¹⁴⁵ Vgl. Erläuterungen zur Unternehmeridentität R 10a.3 GewStR 2009; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rz. 10; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG Rz. 94 und ausführlich Rz. 118-137; Weiterführend zur gewerbsteuerlichen Verlustnutzung vgl. *Wehrheim/Haussmann* (2008), S. 317 ff.

§§ 10d EStG und 10a GewStG betrachtet. Die zentralen Vorschriften der steuerlichen Verlustverrechnung waren in den vergangenen Jahren von einem stetigen Wandel geprägt, der sich insbesondere in einer mehrfachen Anpassung der Regelungen des § 10d EStG äußerte. Die folgende Tabelle fasst die Veränderungen der Regelungen des § 10d EStG seit dem Jahre 1891 zusammen und zeigt die Art der Verlustverrechnungsbeschränkung der Vorschrift in seinen einzelnen Fassungen.

Jahr	Verlustrücktrag		Verlustvortrag		Anmerkungen
	Zeitlich	Betrags- mäßig	Zeitlich	Betrags- mäßig	
	beschränkt				
1891/ 1906	Besteuerung nach dem Durchschnitt der drei dem Steuerjahr unmittelbar vorangegangenen Wirtschaftsjahre (Durchschnittsbesteuerung). Einen dem heutigen Steuerrecht vergleichbaren Verlustabzug kannte diese Durchschnittsbesteuerung erst ab dem Jahr 1906. Der Verlustabzug war jedoch auf bestimmte Einkunftsarten (Handel, Gewerbe und Bergbau buchführender natürlicher Personen und Land- und Forstwirtschaft, wenn geordnete Bücher geführt wurden) beschränkt. ¹⁴⁶				
1920 ¹⁴⁷	/	/	/	/	Durchschnittsbesteuerung abgeschafft, so dass kein automatischer Verlustausgleich mehr stattfindet
1929 ¹⁴⁸	/	/	2 Jahre	Nein	Einführung eines steuerlichen Verlustvortrags für Gewerbetreibende sowie Land- und Forstwirte
1934 ¹⁴⁹	/	/	/	/	Abschaffung des steuerlichen Verlustvortrags
1938 ¹⁵⁰	/	/	2 Jahre	Nein	Einführung eines steuerlichen Verlustvortrags für buchführende Land- und Forstwirte sowie buchführende Gewerbetreibende, Berücksichtigung als Sonderausgabe

¹⁴⁶ Vgl. § 9 Nr. 3 Preußisches EStG von 1891, Preußische Gesetzessammlung 1891, S. 174/175; Stein (1983), S. 30; Hallerbach (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁴⁷ Vgl. EStG 1920, RGBl. I 1920, S. 359; Hallerbach (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁴⁸ Vgl. Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes und des Körperschaftsteuergesetzes von 1929 vom 29.06.1929, RGBl. I 1929, S. 123; Littmann (1981), § 10d EStG, Rn. 1; Hallerbach (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁴⁹ Vgl. EStG 1934 vom 16.10.1934, RSBl. I 1934, S. 1261; Hallerbach (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

Jahr	Verlustrücktrag		Verlustvortrag		Anmerkungen
	Zeitlich	Betragsmäßig	Zeitlich	Betragsmäßig	
	beschränkt				
1949 ¹⁵¹	/	/	3 Jahre	Nein	Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Verluste aus selbständiger Arbeit bei Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 1 oder § 5 EStG
1954 ¹⁵²	/	/	5 Jahre	Nein	Einführung des § 10d EStG, Abzug der Verluste nun in gesondertem Paragraphen wie eine Sonderausgabe
1974 ¹⁵³	/	/	5 Jahre	Nein	Abschaffung der Voraussetzung der ordnungsmäßigen Buchführung
1976 ¹⁵⁴	1 Jahr	5 Mio. DM	5 Jahre	Nein	Einführung des Verlustrücktrags (erstmalig für Verluste ab 1974 möglich)/Abschaffung der Beschränkung auf bestimmte Gewinneinkunftsarten
1981 ¹⁵⁵	2 Jahre	5 Mio. DM	5 Jahre	Nein	
1983 ¹⁵⁶	2 Jahre	10 Mio. DM	5 Jahre	Nein	
1988 ¹⁵⁷	2 Jahre	10 Mio. DM	Nein	Nein	

¹⁵⁰ Vgl. Gesetz zur Änderung der Einkommensteuer vom 01.02.1938, RStBl. 1938, S. 101; *Stein* (1983), S. 30; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁵¹ Vgl. Gesetz zur vorläufigen Neuordnung von Steuern vom 20.04.1949, WiGBI. 1949, S. 69; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁵² Vgl. Gesetz zur Neuordnung der Steuern gem. Art. 2 Abs. 9 NeuOrdng vom 16.12.1954, BStBl. I 1954, S. 575; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁵³ Vgl. Einkommensteuerreformgesetz vom 05.08.1974, BGBl. I, S. 1769; *Littmann* (1981), § 10d EStG, Rn. 8.

¹⁵⁴ Vgl. Einkommensteueränderungsgesetz 1976, BStBl. I 1976, S. 282; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁵⁵ Vgl. Haushaltsstrukturgesetz vom 22.12.1981, BStBl. I 1982, S. 235; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁵⁶ Vgl. Steuerentlastungsgesetz 1984 vom 22.12.1983, BStBl. I 1984, S. 14; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

Jahr	Verlustrücktrag		Verlustvortrag		Anmerkungen
	Zeitlich	Betragsmäßig	Zeitlich	Betragsmäßig	
	beschränkt				
1999-2000 ¹⁵⁸	1 Jahr	2 Mio. DM	Nein	100.000 DM, zzgl. 50% der verbleibenden positiven Einkünfte	Der horizontale Verlustabzug ist unbeschränkt; der vertikale Verlustabzug ist bis DM 100.000 unbeschränkt, darüber hinaus nur bis zur Hälfte der Summe der positiven Einkünfte anderer Einkunftsarten möglich. Verluste sind wie Sonderausgaben zu behandeln.
2001 ¹⁵⁹	1 Jahr	1 Mio. DM	Nein	100.000 DM, zzgl. 50% der verbleibenden Einkünfte	
2001 ¹⁶⁰	1 Jahr	511.500 EUR	Nein	51.500 EUR zzgl. 50% der verbleibenden Einkünfte	Der horizontale Verlustabzug ist unbeschränkt; der vertikale Verlustabzug ist bis EUR 51.500 unbeschränkt, darüber hinaus nur bis zur Hälfte der Summe der positiven Einkünfte anderer Einkunftsarten möglich.

¹⁵⁷ Vgl. Steuerreformgesetz 1990 vom 25.07.1988, BStBl. I 1988, S. 224; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁵⁸ Vgl. Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/ 2002 vom 24.03.1999, BStBl. I 1999, S. 304; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2

¹⁵⁹ Vgl. Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000, BStBl. I 2000, S. 1428; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁶⁰ Vgl. Steuer-Euroglättungsgesetz vom 19.12.2000, BStBl. I 2001, S. 3; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

Jahr	Verlustrücktrag		Verlustvortrag		Anmerkungen
	Zeitlich	Betragsmäßig	Zeitlich	Betragsmäßig	
	beschränkt				
ab 2004 ¹⁶¹	1 Jahr	511.500 EUR	Nein	1 Mio. EUR zzgl. 60% des verbleibenden Gesamtbetrags der Einkünfte	
ab 2013 ¹⁶²	1 Jahr	1.000.000 EUR	Nein	1 Mio. EUR zzgl. 60% des verbleibenden Gesamtbetrags der Einkünfte	Erhöhung des Betrags für den Verlustrücktrag
ab 2013 ¹⁶³	1 Jahr	1.000.000 EUR	Nein	1 Mio. EUR zzgl. 60% des verbleibenden Gesamtbetrags der Einkünfte	Erhöhung des Betrags für den Verlustrücktrag

Tabelle 2: Historische Entwicklung § 10d EStG

Die Übersicht zeigt einen jahrzehntelangen Wechsel zwischen zulässigen und unzulässigen, zeitlich und betragsmäßig begrenzten und unbegrenzten Verlustausgleichs-, Verlustvortrags- und Verlustrücktragungsmöglichkeiten. Die Entwicklung führte letztlich zur aktuellen Fassung des § 10d EStG unter Einbezug der sogenannten Mindestbesteuerung, die bereits zuvor beschrieben wurde. Die aktuelle Regelung der Mindestbesteuerung wird weiterhin von einer intensiven kritischen Diskussion begleitet, wobei insbesondere die Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung im Fokus der

¹⁶¹ Vgl. Gesetz zur Umsetzung der Protokolländerung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003, BStBl. I 2004, S. 14; *Hallerbach* (2012), § 10d EStG, Rz. 2.

¹⁶² Vgl. Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 20.02.2013, BGBl. I 2013, S. 285.

¹⁶³ Vgl. Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 20.02.2013, BGBl. I 2013, S. 285.

Diskussion steht.¹⁶⁴ Mit Urteil vom 22.8.2012, I R 9/11, hat der I. Senat des BFH entschieden, dass die Mindestbesteuerung gemäß § 10d Abs. 2 EStG in ihrer Grundkonzeption nicht verfassungswidrig ist.

Auch die gesetzgeberische Ausrichtung und Intention der Vorschrift des § 10a GewStG soll nachfolgend in der Tabelle 3 unter Rückgriff auf deren historische Entwicklung betrachtet werden.

Jahr	Vorschrift	Anmerkungen
1940	§ 19 der Dritten GewStDV	Gewerbetreibende dürfen erstmalig den Gewerbeertrag um Fehlbeträge der zwei vorangegangenen Veranlagungszeiträume mindern, sofern sie Bücher nach den Vorschriften des HGB führen. ¹⁶⁵
1951	§ 10a GewStG	Einführung des § 10a GewStG: Erweiterung des Vortragszeitraums gewerblicher Verluste auf drei Jahre. ¹⁶⁶
1954	§ 10a GewStG	Erweiterung des Vortragszeitraums gewerblicher Verluste auf fünf Jahre. Verlustabzugsberechtigung für Gewerbetreibende mit Gewinnermittlung auf Grundlage ordnungsgemäßer Buchführung. ¹⁶⁷
1961	§ 10a GewStG	Wegfall des Verlustvortrags bei Übergang des Unternehmens auf ein neues Unternehmen im Ganzen. ¹⁶⁸
1974	§ 10a GewStG	Wegfall der Voraussetzung einer Gewinnermittlung nach § 5 EStG. Gewerbetreibende, die ihren Gewinn nach § 4 Abs. 3 EStG ermitteln, sind (mit Wirkung ab 1975) zum Verlustvortrag bzw. -abzug nach § 10a GewStG berechtigt. ¹⁶⁹

¹⁶⁴ Eine Darstellung der intensiven Diskussion der Mindestbesteuerung soll hier nicht weiterverfolgt werden. Hierzu wird z. B. auf *Desens* (2011), S. 745-751; *Diller* (2005), S. 668-672; *Dorenkamp* (2010); *Dorenkamp* (2011), S. S. 733-740; *Hackmann* (2006), S. 124-133; *Herzig/Wagner* (2004), S. 53-64; *Karrenbrock* (2004), S. 559-564; *Kessler* (2011), S. 754-756; *Korezkij* (2006), S. 1778-1783; *Lang/Englisch* (2005), S. 3-24; *Niemann* (2004), S. 359-383; *Palm* (2002), S. 152-160; *Rennings* (2011), S. 741-745; *Röder* (2010); *Sistermann/Brinkmann* (2011), S. 2230-2232; *Wassermeyer* (2011), S. 752-754; *Weber-Grellet* (2004), 31-39 verwiesen. Hinsichtlich der verschiedenen verfassungsrechtlichen Positionen zur Mindestbesteuerung sei insbesondere auf *Drüen* (2013), S. 393-404 verwiesen.

¹⁶⁵ Vgl. RGBI. 1940 I, S. 284; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 1; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2

¹⁶⁶ Vgl. Gesetz zur Änderung des Gewerbebesteuerrechts vom 27.12.1951, BStBl. I 1951, S. 2; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 2; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

¹⁶⁷ Vgl. Steuerneuordnungsgesetz vom 16.12.1954, BStBl. I 1954, S. 575; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 2; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

¹⁶⁸ Vgl. Steueränderungsgesetz vom 13.07.1961, BStBl. I 1961, S. 444; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 3; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

¹⁶⁹ Vgl. Steuerbereinigungsgesetz vom 21.12.1974, BStBl. I 1975, S. 2; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 4; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

Jahr	Vorschrift	Anmerkungen
1988	§ 10a GewStG	Aufhebung der zeitlichen Beschränkung der Vortragsfähigkeit von Verlusten für Fehlbeträge ab 1985. Gesonderte Feststellung der gewerblichen Fehlbeträge. Untergang des Verlustvortrags bei steuerlichen Mantelkäufen durch Verweis auf § 8 Abs. 4 KStG (in der Fassung des Steuerreformgesetzes; mit Wirkung ab 1990; bei Rechtsgeschäften, bei denen keine wirtschaftliche Identität mehr gegeben ist und die nach dem 23.06.1988 durchgeführt wurden, bereits frühere Anwendung ab 1990). ¹⁷⁰
2003	§ 10a GewStG	Gewerbeerträge dürfen gem. § 10a Satz 1 GewStG grundsätzlich um einen Verlustvortrag von bis zu 1 Million Euro gekürzt werden, darüber hinaus dürfen gemäß § 10a Satz 2 GewStG 60% des verbleibenden Gewerbeertrags mit Verlustvorträgen verrechnet werden. Im Falle der Gründung einer Organschaft ist die Nutzung vororganschaftlicher Verluste laut § 10a Satz 3 GewStG ausgeschlossen (Verluste werden eingefroren). ¹⁷¹
2007	§ 10a S. 4 GewStG	Aufteilung der Fehlbeträge bei Mitunternehmerschaften nach dem allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssel. Sonder- und Ergänzungsbilanzen sind demnach nicht zu berücksichtigen. ¹⁷²
2008	§ 10a GewStG	Anpassung des Gesetzes durch Verweis auf § 8c KStG statt auf § 8 Abs. 4 KStG (mit Wirkung ab 2008 anzuwenden auf Anteilsübertragen nach dem 31.12.2007) ¹⁷³
2008	§ 10a S. 7 GewStG	Einfügung des § 10a Satz 7 GewStG: Definition des Begriffs des vortragsfähigen Fehlbetrags ¹⁷⁴
2009	§ 10a S. 10 GewStG	§ 8c KStG ist auch auf die Fehlbeträge von Mitunternehmerschaften anzuwenden, wenn diese mittelbar oder unmittelbar den an den Personengesellschaften beteiligten Kapitalgesellschaften zuzuordnen sind. Regelungen zur Verlustverrechnung bei Betrieben gewerblicher Art. ¹⁷⁵

¹⁷⁰ Vgl. Steuerreformgesetz 1990 vom 25.07.1988, BStBl. I 1988, S. 224; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 5; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

¹⁷¹ Vgl. Gesetz zur Änderung des Gewerbesteuergesetzes und anderer Gesetze vom 23.12.2003, BStBl. 2004 I, S. 20; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 6; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

¹⁷² Vgl. JStG 2007 vom 13.12.2006, BStBl. I 2007, S. 28; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 7; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

¹⁷³ Vgl. Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007, BStBl. I 2007, S. 630; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 8; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

¹⁷⁴ Vgl. JStG 2008 vom 20.12.2007, BStBl. I 2008, S. 218; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 9; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

¹⁷⁵ Vgl. JStG 2009 vom 19.12.2008, BGBI. I 2008, S. 2794; *Brauer/Sonnenschein* (2009), § 10a GewStG, Rn. 10; *Güroff* (2014), § 10a GewStG, Rn. 2.

Jahr	Vorschrift	Anmerkungen
2016	§ 10a S. 10 GewStG	§ 8d KStG findet Anwendung auf Gewerbeverluste ¹⁷⁶

Tabelle 3: Historische Entwicklung § 10a GewStG

Es zeigt sich, dass auch die zentrale gewerbsteuerliche Verlustverrechnungsvorschrift in der Vergangenheit mehrfachen Anpassungen unterlag. Diese bestanden insbesondere in Veränderungen der zeitlichen Beschränkung des Verlustvortrags und des Verlustrücktrags. Es wird noch einmal deutlich, dass die gewerbsteuerliche Verlustverrechnung sehr eng mit der Vorschrift des § 10d EStG verbunden ist, da sie weitgehend die in § 10d EStG geregelten zentralen Schranken übernimmt. Die Besonderheit des § 10a GewStG in Form des aktuell nicht mehr möglichen Verlustrücktrags wird hier nicht weiter betrachtet, da dieser insbesondere aus Rücksicht auf die Gemeindefinanzen versagt wird.¹⁷⁷ Für die folgenden Ausführungen bleibt daher § 10a GewStG ohne eigene Berücksichtigung. Im Unterschied zur Vorschrift des § 10d EStG enthält deren gewerbsteuerliches Pendant eine explizite Regelung im Hinblick auf die personale Zuordnung des steuerlichen Verlusts. Es gilt zu überprüfen, ob infolgedessen § 10d EStG eine Problematik innewohnt, derart, dass ein steuerlicher Verlust keine explizite personale Zuordnungsregelung erfährt.

Die in Kapitel 3.2 vorgenommene Systematisierung der steuerlichen Verlustverrechnungsregeln *de lege lata* und die Betrachtung der historischen Entwicklung der Vorschriften der §§ 10d EStG und 10a GewStG hat Folgendes gezeigt:

Eine grundsätzliche Beschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung ist seit jeher im deutschen Ertragsteuerrecht verankert. Kern der einkommen- und körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung bildet die Vorschrift des § 10d EStG. Diese sah seit jeher vor, dass zur Verrechnung von Verlusten stets entsprechendes Verrechnungspotential in Form von positiven Einnahmen der jeweiligen Periode, positiven Einkünften der jeweiligen Periode oder einem positiven Saldo des Gesamtbetrags der Einkünfte vorheriger oder nachfolgender Perioden vorhanden sein muss. Grundsätzlich unterliegen dabei sämtliche Einkunftsarten den gleichen Regelungen.¹⁷⁸ In

¹⁷⁶ Vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften vom 20.12.2016, BGBl. I S. 2998 ff.

¹⁷⁷ Vgl. *Schnitter* (2015), § 10a GewStG, Rz. 1.

¹⁷⁸ Nach Einführung der Abgeltungsteuer (§ 20 i. V. m. § 32d EStG) und Einführung der Thesaurierungsbegünstigung des § 34 EStG gilt diese Aussage aktuell nur eingeschränkt.

den vergangenen 100 Jahren ergaben sich „Nuancen“¹⁷⁹ in Bezug auf Veränderungen hinsichtlich der Ausgestaltung der jeweiligen Detailregelung. Trotz diverser umfangreicher Reformen des Einkommen- und Körperschaftsteuergesetzes blieb die zentrale Ausrichtung der Vorschrift des § 10d EStG erhalten. Diese sieht eine steuerliche Verlustverrechnung vor, bei der folgende Schranken greifen:

- intraperiodisch: Schranke in Form von vorhandenem Verrechnungspotential,
- interperiodisch: zeitliche (Verlustrücktrag) und betragsmäßige (Verlustrücktrag und Verlustvortrag) Schranke.

Die vorgenannten zentralen Schranken finden seit langer Zeit auch Anwendung bei der gewerbsteuerlichen Verlustverrechnung. Darüber hinaus ist der gewerbsteuerliche Verlustvortrag explizit an personen- bzw. unternehmensbezogene Schranken gebunden.

Die zentralen Verlustverrechnungsvorschriften des § 10d EStG und § 10a GewStG werden um eine Vielzahl weiterer Vorschriften ergänzt. Diese sind auf verschiedenen Stufen der steuerlichen Einkünfte- und Gewinnermittlung zu finden und knüpfen eine steuerliche Verrechnung negativer Salden in der Regel an bestimmte Kriterien der steuerlichen Verluste an. Erfüllen steuerliche Verluste diese Kriterien, erfolgt deren Verrechnung nicht auf Grundlage der zentralen Vorschriften des § 10d EStG bzw. § 10a GewStG. Es könnte sein, dass der Gesetzgeber dadurch eine gleichmäßige Besteuerung sicherstellt, indem er ungleiche steuerliche Sachverhalte einer relativ ungleichen steuerlichen Behandlung zuführt. Im Folgenden geht es darum, dies zu analysieren.

3.3 Konsequenzen aus der rechtsdogmatischen Analyse der steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen

Wie in Kapitel 3.1 und 3.2 gezeigt, gewinnt die Definition eines steuerlichen Verlusts sowohl für den Steuerpflichtigen als auch für den Steuergesetzgeber in Folge der Verrechnungsmöglichkeiten eines steuerlichen Verlusts und der daraus resultierenden Minderung von Steuerzahlungen eine besondere Bedeutung. Für den Steuerpflichtigen hat ein negativer Saldo steuerlich relevanter Einkünfte stets zur Folge, dass entweder keine oder bei Verrechnung mit anderen positiven Einkünften zumindest reduzierte Steuerzahlungen zu leisten sind. Bei Vorliegen negativer Einkünfte entfallen für den Fiskus die entsprechenden Steuereinnahmen. Darüber hinaus erfolgt auch eine Verminderung der aus den positiven Einkünften zuzuordnenden Steuerzahlungen. Dadurch zeigt sich ein grundlegender Interessenkonflikt zwischen Fiskus und Steuerpflichtigem. Der Steuerpflichtige könnte bemüht sein, steuerliche Verluste möglichst umfangreich geltend zu machen. Um eine aus der

¹⁷⁹ Auch wenn die Einführung der Mindestbesteuerung nicht als bloße „Nuancenveränderung“ einzuordnen ist, soll die Einführung dieser Form der umfangreichen Beschränkung an dieser Stelle nicht weiter hervorgehoben und diskutiert werden.

subjektiv rationalen Perspektive eines Steuerpflichtigen möglichst umfangreiche Nutzung der steuerlichen Verrechnungsmöglichkeiten zu erreichen, kann für den Steuerpflichtigen eine detaillierte Verlustverrechnungsplanung erforderlich sein.¹⁸⁰ Für den Fiskus bedeutet ein steuerlicher Verlust in Form eines negativen zu versteuernden Einkommens oder eines negativen Gewerbeertrags dagegen eine Einbuße von Steuereinnahmen.¹⁸¹ Demnach sollte der Gesetzgeber grundsätzlich bestrebt sein, den Einnahmeausfällen im Rahmen von Verlustverrechnungsbeschränkungen insoweit Grenzen zu setzen, als diese mit den gesetzgeberischen Grundsätzen steuerlicher Verlustverrechnung im Widerspruch stehen. Dazu ist jedoch zu klären, welche gesetzgeberischen Grundsätze in Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung überhaupt bestehen.

Die bisherige rechtsdogmatische Analyse hat bereits gezeigt, dass die Auslegung der bestehenden steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen problematisch ist. Dies liegt insbesondere darin begründet, dass eine steuergesetzliche Definition eines Verlusts nicht existiert, sondern die Begrifflichkeit des steuerlichen Verlusts von Mehrdeutigkeit geprägt wird. Diese ergibt sich zum einen dadurch, dass die Ermittlung eines steuerlichen Verlusts im Rahmen der steuerlichen Einkünfteermittlung rechtsformspezifische Besonderheiten aufweist. Zum anderen ergibt sich eine mehrdeutige Definition eines steuerlichen Verlusts in Folge von unterschiedlichen inhaltlichen Dimensionen in Bezug auf die Kriterien der zeitlichen, personalen, territorialen und wirtschaftlichen Zuordnung. Wie in Kapitel 3.2 gezeigt wurde, rückt dabei insbesondere die Abgrenzung zwischen wirtschaftlichen und fiktiven Verlusten in den Fokus der Betrachtungen.

Grundsätzlich ist zu erwarten, dass ein steuerlicher Verlust ebenso mit einer entsprechenden wirtschaftlichen Einbuße einhergeht. Es wäre demnach für einen subjektiv rational handelnden Steuerpflichtigen nicht von Interesse, Verluste zu erzielen, selbst wenn die dadurch mögliche steuerliche Verlustverrechnung eine reduzierte Steuerlast mit sich bringt. Vielmehr würde ein subjektiv rational handelnder Steuerpflichtiger, wie in Kapitel 2.2 dargestellt zielorientiert unter Einbezug seines subjektiv vorhandenen Wissens über die Steuergesetze versuchen, sein erwartetes Einkommen nach Steuern zu maximieren. Dabei könnte für den Steuerpflichtigen ein Anreiz bestehen, steuerliche Verluste, die der steuerlichen Verlustverrechnung zugänglich sind, den Steuerpflichtigen aber wirtschaftlich nicht oder nur eingeschränkt treffen, geltend zu machen. Er könnte damit die steuergesetzlich bestehenden Verrechnungsmöglichkeiten gezielt dazu verwenden, um Steuerzahlungen auszuweichen und sein Einkommen nach Steuern zu erhöhen. Die steuerliche Bemessungsgrundlage würde den tatsächlichen wirtschaftlichen Aufwand bei dieser Art von Verlusten nicht zwingend vollständig erfassen.¹⁸² Es würde sich

¹⁸⁰ Vgl. dazu weiterführende Ausführungen bei *Becker/Loitz/Stein* (2009).

¹⁸¹ Vgl. *Eckhoff* (2005), S. 14.

¹⁸² Vgl. *Kröner* (1986), S. 85.

dann um fiktive steuerliche Verluste handeln, deren betragsmäßige Höhe von der ihres wirtschaftlichen Werts abweicht. Eine steuerliche Verlustverrechnung ließe sich im Rahmen von fiktiven Verlusten gestalterisch herbeiführen, ohne die wirtschaftliche Situation des Steuerpflichtigen beeinflussen zu müssen. Dies könnte zu steuerlichen Gestaltungen führen, bei denen die Entstehung eines steuerlichen Verlusts oder eines entsprechenden Verrechnungspotentials forciert wird. Die Grenze zwischen rein steuergestalterischen Absichten und einer auf Grundlage von wirtschaftlichen Verlusten vorzunehmenden Steueroptimierung wäre dabei schwierig zu überblicken. Ohne entsprechende Sanktionsmaßnahmen könnten fiktive Verluste den Steuerpflichtigen in die Lage versetzen, steuerliche Verluste verrechnen zu können, ohne wirtschaftlich in die Situation eines Verlusts zu kommen. Diese Steuerabweichentscheidungen könnten Ausdruck einer ungleichmäßigen Besteuerung sein.

Der Steuergesetzgeber geht davon aus, dass es derartige Sachverhalte gibt, bei denen Steuerpflichtige gestalterisch eine Verrechnung fiktiver steuerlicher Verluste herbeiführen, um ihre Steuerzahlungen zu mindern.¹⁸³ Wie in Kapitel 3.2 dargestellt, hat der Steuergesetzgeber diverse gesetzliche Normen, insbesondere spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen, implementiert, die derartige Verluste von der steuerlichen Verrechnung ausschließen sollen. Die zentralen Verlustverrechnungsbeschränkungen des § 10d EStG bzw. § 10a GewStG werden dazu um weitere Verlustverrechnungsbeschränkungen ergänzt, die insbesondere in Form der Vorschriften der §§ 15a EStG, 15b EStG und 8c KStG bestehen. Es ist jedoch fraglich, ob die gesetzlichen Vorschriften einer gleichmäßigen steuerlichen Verlustverrechnung entsprechen oder ob diese zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen können.

Auch durch die kontinuierliche Veränderung der gesetzgeberischen Normen zur Eindämmung übermäßiger Verlustverrechnung, zum Beispiel in Folge ihrer Anpassung an bestimmte Gestaltungsmaßnahmen, wäre eine ungleichmäßige Besteuerung im Rahmen der Vorschriften denkbar. Den Vorschriften könnte dadurch der Vorwurf entgegengebracht werden, gesetzgeberisches „Flickwerk“ darzustellen, bei dem eine systematische Aufstellung der steuergesetzlichen Regelungen zur Verlustverrechnung nicht mehr zwingend erkennbar ist.¹⁸⁴ Demzufolge könnten sich die Anreize für Steuerpflichtige zu Steuerabweichentscheidungen und damit das Gestaltungspotential für eine erhöhte Verlustverrechnung verstärkt haben.¹⁸⁵

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf eine Betrachtung nationaler Sachverhalte, so dass Begrenzungen zur grenzüberschreitenden Verlustverrechnung bzw. die spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkung der Kategorie

¹⁸³ Vgl. Ausführungen in Kapitel 3.1.

¹⁸⁴ Vgl. *Lüdemann* (1998), S. 39.

¹⁸⁵ Vgl. *Stockmann* (2000), S. 16-18.

„territoriale Zuordnung“ in Form des § 2a EStG ausgeblendet bleiben.¹⁸⁶ Des Weiteren werden systembedingte spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen, wie z. B. bezüglich der mit einem besonderen Steuersatz besteuerten Einkünfte aus Kapitalvermögen im Rahmen der Vorschrift des § 20 Abs. 6 EStG und der thesaurierten Einkünfte im Rahmen des § 34a Abs. 8 EStG sowie die §§ 22 Nr. 3 EStG und 23 Abs. 3 S. 8, nicht in Frage gestellt bzw. nicht betrachtet.¹⁸⁷

¹⁸⁶ Vgl. Ausführungen in Kapitel 3.2.

¹⁸⁷ Vgl. Ausführungen in Kapitel 3.2.

4 Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen

4.1 Steuerliche Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsgesellschaften

Sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften wird aus gesetzgeberischer Sicht regelmäßig zum Vorwurf gemacht, dass sie fiktive Verluste¹⁸⁸, das heißt, Verluste ohne damit einhergehenden wirtschaftlichen Aufwand verrechnen, um Steuerzahlungen zu reduzieren.¹⁸⁹ Im Folgenden soll zunächst die grundlegende Funktionsweise von Verlustzuweisungsgesellschaften und im Anschluss daran das für die weitere Analyse zu Grunde gelegte Verständnis von einer Verlustzuweisungsgesellschaft beschrieben werden.

Verlustzuweisungsgesellschaften nutzen das im deutschen Einkommensteuerrecht bei der Besteuerung von Personengesellschaften angewendete Transparenzprinzip. Dadurch wird das steuerliche Ergebnis auf Unternehmensebene direkt an die Gesellschafter „durchgereicht“ und dort ertragsteuerlich berücksichtigt.¹⁹⁰ Im Fall der Zuweisung negativer Ergebnisse kann dadurch eine Verrechnung der Verluste auf Ebene des Gesellschafters erreicht werden.¹⁹¹ Sofern gesetzlich keine entsprechenden Beschränkungen implementiert sind, ist dabei auch eine Verlustverrechnung über die Einlage eines beschränkt haftenden Gesellschafters hinaus möglich. Dadurch ergibt sich die Möglichkeit einer hohen Zuteilung von Verlusten an die Gesellschafter.¹⁹² Die Gesellschaften bestehen zumeist als Zusammenschluss von Kapitalanlegern zu Gesellschaften, die primär darauf abzielen, den beschränkt haftenden Gesellschaftern in der Anfangsphase ihres Bestehens steuerliche Verluste in Folge der Inanspruchnahme besonderer steuerlicher Regelungen zuzuordnen.¹⁹³ Meistens handelt es sich bei Verlustzuweisungsgesellschaften um Personengesellschaften, hauptsächlich in Form einer GmbH & Co. KG, einer Publikums-KG und zum Teil auch in Form einer atypisch stillen Gesellschaft.¹⁹⁴ Kennzeichnend ist, dass die Anleger regelmäßig

¹⁸⁸ Vgl. zu fiktiven Verlusten die Erläuterungen in Kapitel 3.1.

¹⁸⁹ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, S. 16; Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, S. 1, 4, 6.

¹⁹⁰ Vgl. *Wacker* (2016), § 15 EStG, Rz. 163.

¹⁹¹ Vgl. *von Stein* (1985), S. 66-72.

¹⁹² Vgl. *Kohlhaas* (2003), S. 599.

¹⁹³ Vgl. *von Stein* (1985), S. 13.

¹⁹⁴ Vgl. *Uhlenbruck* (1974), S. 7, 8. Als Publikums-KG wird eine KG bezeichnet, wenn die Kapitalbeschaffung über eine große Vielzahl von Kommanditisten erfolgt, die sich mit Klein- und Kleinstbeträgen an der KG beteiligen.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

nicht als Mitunternehmer, sondern als Anleger ohne eigentliches Interesse am Gesellschaftszweck beteiligt sind. Die Unternehmensleitung erfolgt demnach in der Regel durch die Projektinitiatoren, nicht durch die Kapitalgeber. Die Kapitalgeber überlassen ihr Kapital ohne Übernahme des vollen Risikos der gesellschaftlichen Betätigung, da im Innenverhältnis regelmäßig nur eine Haftung in Höhe der Einlage erfolgt.¹⁹⁵ Die Funktionsweise von Verlustzuweisungsgesellschaften ist eng mit den Möglichkeiten der steuerlichen Verlustverrechnung, insbesondere den Möglichkeiten im Rahmen des vertikalen Verlustausgleichs und bzw. oder des horizontalen Verlustausgleichs auf Gesellschafterebene, verbunden. Die Verrechnung der zugewiesenen Verluste mit anderen Einkünften (unabhängig davon, ob intra- oder interperiodisch) führt zu einer Verminderung der Steuerbemessungsgrundlage und damit zum steuerlichen Gestaltungsziel von Verlustzuweisungsgesellschaften, einer Minderung der Steuerzahlungen. Im Rahmen einer Beteiligung an einer Verlustzuweisungsgesellschaft liegt das vordergründige Ziel demnach nicht in einer hohen Vorsteuerrendite, sondern in der Zuweisung eines steuerlichen Verlusts, der durch die Verrechnung mit Gewinnen (anderer) Einkunftsarten zu einer Minderung der Steuerbelastung führt. Sofern man die steuerlichen Implikationen als negative Steuerzahlung bzw. Steuererstattung fasst, könnte das Ziel auch im Erreichen einer hohen Nachsteuerrendite gesehen werden.¹⁹⁶ Demnach lassen sich die wesentlichen Elemente einer Verlustzuweisungsgesellschaft wie folgt zusammenfassen:

Gesellschafts- ebene	Personengesellschaft	Anwendung Transparenzprinzip	Hoher steuerlicher Aufwand durch Inanspruchnahme steuerlicher Vorschriften
Gesellschafter- ebene	Kapitalgeber	Haftungsbeschränkung auf Einlage bzw. Kapitalverlustrisiko auf geleistete Einlage	Steuerliche Verlustzuweisung

Tabelle 4: Elemente von Verlustzuweisungsgesellschaften

In Bezug auf die Gesellschaftsebene ist festzuhalten, dass es sich bei den hier als Verlustzuweisungsgesellschaften verstandenen Gesellschaften um Personengesellschaften handelt, die transparent besteuert werden. Auf Gesellschaftsebene wird

¹⁹⁵ Vgl. Uhlenbrock (1974), S. 7, 8; Friedberg (2015), S. 27-28.

¹⁹⁶ Uhlenbrock (1974), S. 12 f. beschreibt dies als „Nettorendite, die durch steuerliche Vorteile „künstlich“ verbessert wird“.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

regelmäßig ein hoher steuerlicher Aufwand geltend gemacht. Die Gesellschafter fungieren mit einer Einlage, auf die ihre Haftung begrenzt ist, als Kapitalgeber. Sie erhalten den auf Gesellschaftsebene steuerlich geltend gemachten Aufwand als steuerlichen Verlust zugewiesen. Wurde die Einlage bereits geleistet, ist das Kapitalverlustrisiko der Gesellschafter auf das eingelegte Kapital begrenzt.¹⁹⁷

Auch wenn der Steuergesetzgeber regelmäßig den Begriff der Verlustzuweisungsgesellschaft verwendet, gibt es kein einheitliches Verständnis in Bezug auf derartige Gesellschaften.¹⁹⁸ Vielmehr hat sich die Konzeption von Verlustzuweisungsgesellschaften im Zeitablauf stets dadurch verändert, dass sich die jeweiligen Konzeptionen an die gesetzgeberischen Rahmenbedingungen angepasst haben. Vor allem in Folge der über die Jahre wechselnden Definition steuerlicher Einkünfte, die insbesondere auf ein verändertes gesetzgeberisches Verständnis der steuerlichen Gewinnerzielungsabsicht zurückzuführen ist, hat sich die Konzeption von Verlustzuweisungsgesellschaften gewandelt. Außerdem ergaben sich Anpassungen bei den Konzeptionen durch Veränderungen bei der steuerlichen Gewinnermittlung und bei den Möglichkeiten der Inanspruchnahme steuerlicher Fördermaßnahmen. Wird der Begriff der Verlustzuweisungsgesellschaft gebraucht, wäre demnach hinzuzufügen, welche ertragsteuerlichen Rahmenbedingungen jeweils gelten.

Die veränderten Rahmenbedingungen für Verlustzuweisungsgesellschaften in Bezug auf die Gewinnerzielungsabsicht lassen sich wie folgt skizzieren: Sofern eine Gesellschaft ihr betriebliches Konzept insbesondere auf die steuerliche Zuweisung von Verlusten fokussiert, muss dazu sichergestellt sein, dass steuerlich relevante Einkünfte vorliegen, damit die negativen Einkünfte auch tatsächlich Eingang in die steuerliche Gewinnermittlung finden. Es muss demnach ausgeschlossen werden, dass steuerlich eine Liebhaberei vorliegt. Steuerliche Einkünfte liegen insbesondere dann vor, wenn der Steuerpflichtige eine Einkunftserzielungsabsicht bzw. in Bezug auf die Gewinneinkunftsarten eine Gewinnerzielungsabsicht vorweisen kann. Nach Auffassung des Bundesfinanzhofs in den 1970er Jahren ergab sich eine Gewinnerzielungsabsicht bereits durch mit der Tätigkeit verbundene wirtschaftliche Vorteile, die auch aus einer Steuervergünstigung folgen konnten.¹⁹⁹ Die Erzielung eines steuerlichen Vorteils reichte nach dieser Rechtsprechung insbesondere auch dazu aus, von einer Gewinnerzielungsabsicht auf Gesellschafts- und Gesellschafterebene auszugehen. Es lag allerdings keine Gewinnerzielungsabsicht vor, wenn die Gewähr steuerlicher Vergünstigungen davon abhängig war, dass die Gesellschaft eine gewerbliche Tätigkeit ausübt.²⁰⁰ Diese Ansicht wurde einige Jahre später mit Beschluss des Großen Senats vom 25.06.1984 aufgegeben. Der BFH konstatierte dann,

¹⁹⁷ Vgl. *Engel* (1974), S. 103 ff.

¹⁹⁸ Vgl. *Heintzen* (2005), S. 172; *Kohlhaas* (1999), S. 505.

¹⁹⁹ Vgl. *Kohlhaas* (2003), S. 599; BFH-Beschluss vom 17.01.1972, GrS 10/70, BStBl. II 1972, S. 700 ff. (sogenannte Baupatenrechtsprechung).

²⁰⁰ Vgl. *Mittelbach* (1981), S. 54 f.; BFH-Urteil vom 10.11.1977, BStBl. 1978, S. 15.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

dass keine Gewinnerzielungsabsicht der Personengesellschaft vorliegt, wenn Unternehmen lediglich in der Absicht tätig sind, eine Minderung von Steuern durch Verlustzuweisung und Verrechnung mit anderen Einkünften des Gesellschafters zu erzielen.²⁰¹ Diese Auffassung des BFH wurde im Rahmen der Einfügung des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG bestätigt.²⁰² Demgemäß ist eine durch die Betätigung verursachte Minderung der Steuern vom Einkommen kein Gewinn im Sinne des Satzes 2. Insofern liegt ein Gewerbebetrieb erst bei Anstreben eines wirtschaftlichen Totalgewinns in Form einer Betriebsvermögensmehrung gemäß § 4 Abs. 1 EStG vor. Es handelt sich demnach um das Ergebnis vor Berücksichtigung von Steuern. Als Totalgewinn wird das Gesamtergebnis eines Betriebs in der Totalperiode, das heißt, von dessen Gründung bis zu dessen Beendigung, gefasst.²⁰³ Der zuweilen als typischen Verlustzuweisungsgesellschaft bezeichneten Konzeption einer Gesellschaft, die nur auf die Erlangung steuerlicher Vorteile ausgerichtet ist, wurde insofern auf Grundlage dieser Gesetzeslage die Existenz entzogen.²⁰⁴

Auf Grundlage der vorgenannten Unterscheidung in Bezug auf das Gewinnerzielungsverständnis können Verlustzuweisungsgesellschaften auch in Generationen²⁰⁵ und Typen²⁰⁶ unterteilt werden. So wird in Abhängigkeit von den mit den Gesellschaften verbundenen Vorteilen auch eine Unterteilung in Typus I Gesellschaften oder erste Generation von Verlustzuweisungsgesellschaften²⁰⁷ sowie Typus II und Typus III Gesellschaften (bzw. zweite und dritte Generation von Verlustzuweisungsgesellschaften) vorgenommen. Bei Typus I Gesellschaften besteht eine scheinbar unbegrenzte Möglichkeit der steuerlichen Verlustzuweisung, so dass die Finanzierung der Investition allein durch Steuerersparnisse erfolgen kann. Eine Gewinnerzielungsabsicht auf Gesellschaftsebene, die über die Absicht der Erzielung steuerlicher Vorteile hinausgeht, muss hierbei nicht vorliegen. Allerdings war die Investition in Typus I Gesellschaften in Folge hoher Vorlaufkosten oftmals dennoch mit hohen wirtschaftlichen Verlusten verbunden.²⁰⁸ In Deutschland wurden Verlustzuweisungsgesellschaften des Typus I zunächst in Form von Abschreibungsgesellschaften bekannt. Im Rahmen des sogenannten Berlinförderungsgesetzes wurden Investitionen in Berlin (West) besondere steuerliche Fördermaßnahmen zuteil, die insbesondere in hohen Abschreibungsvolumina

²⁰¹ Vgl. BFH-Beschluss vom 25.06.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751 ff.

²⁰² Vgl. Steuerentlastungsgesetz 1984 vom 22.12.1983, BGBl. I 1983, S. 1586.

²⁰³ Vgl. Kohlhaas (2003), S. 598; Wacker (2016), § 15 EStG, Rz. 26 ff.

²⁰⁴ Vgl. Wacker (2016), § 15 EStG, Rz. 26.

²⁰⁵ Vgl. vom Stein (1985), S. 46.

²⁰⁶ Vgl. Kohlhaas (2003), S. 598-605.

²⁰⁷ Vgl. vom Stein (1985), S. 46; Kohlhaas (2003), S. 599 ff.

²⁰⁸ Vgl. Hellwig (1984), S. 287.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

bestanden.²⁰⁹ Die ersten Gründungen solcher Verlustzuweisungsgesellschaften in Berlin (West), auch bezeichnet als Abschreibungsgesellschaften, erfolgten im Jahr 1962.²¹⁰ Ab Beginn der 1980er Jahre können Verlustzuweisungsgesellschaften als Typus II Gesellschaften bezeichnet werden. Bei Typus II Gesellschaften ist eine Verlustzuweisung maximal in Höhe der gesamten Einlage möglich. Damit kann eine Finanzierung nicht mehr allein durch Steuerersparnisse erreicht werden. Nur noch der eigenfinanzierte Anteil der Einlage könnte aus Steuerersparnissen zurückfließen. Typus II Gesellschaften handeln daher zwangsläufig in Gewinnerzielungsabsicht.²¹¹ Den Typus II Gesellschaften folgten Anfang der 1990er Jahre die Typus III Gesellschaften. Diese können als Gesellschaften beschrieben werden, die in Gewinnerzielungsabsicht tätig sind und mit Verlustzuweisungen werben.²¹² Im Unterschied zu den Typus II Gesellschaften ist es bei Typus III Gesellschaften auch nicht mehr möglich, den eigenfinanzierten Anteil der Einlageverpflichtung aus Steuerersparnissen zu finanzieren. Außerdem ist eine Verrechnung der zugewiesenen Verluste nur noch mit zukünftigen Gewinnen aus dem gleichen Investment möglich.²¹³

Es ist festzuhalten, dass Verlustzuweisungsgesellschaften aus der Perspektive des Gesetzgebers regelmäßig hohen steuerlichen Aufwand über die gezielte Anwendung steuerlicher Vorschriften geltend machen, der nicht zwingend mit einem entsprechend hohen wirtschaftlichen Aufwand einhergeht.²¹⁴ Bei gleichzeitigem Aufbau stiller Reserven wird eine Verrechnung der steuerlichen Verluste mit anderen positiven steuerlichen Einkünften angestrebt, die zu einer Steuerersparnis beim Gesellschafter führt. Ist eine Verrechnung mit anderen positiven Einkünften des Steuerpflichtigen nicht möglich, kann zumindest die durch die Aufwandsvorverlagerung zeitlich nach hinten verschobene Steuerzahlung für den Steuerpflichtigen vorteilhaft sein. Eine Steuerersparnis kann sich für den Steuerpflichtigen darüber hinaus auch als Folge von Steuersatzeffekten ergeben. In Bezug auf eine Steuerersparnis in Folge von Steuersatzeffekten ist eine weitere Unterscheidung erforderlich. Bei Typus I, Typus II und Typus III Gesellschaften bzw. sämtlichen Gesellschaften, die auf eine Aufwandsvorverlagerung abzielen, können im Zeitablauf sinkende Steuersätze zu einer Steuerersparnis in Folge eines Steuersatzeffekts führen.²¹⁵ Gleichwohl wäre zu berücksichtigen, dass sich bei im Zeitablauf steigenden Steuersätzen auch eine höhere Steuerzahlung ergeben könnte.

²⁰⁹ Vgl. *Hecker* (1982), S. 7-11.

²¹⁰ Vgl. *Hecker* (1982), S. 63.

²¹¹ Vgl. *Kohlhaas* (2003), S. 601, 602.

²¹² Vgl. *Kohlhaas* (2003), S. 602-604.

²¹³ Vgl. *Kohlhaas* (2003), S. 604.

²¹⁴ Vgl. *vom Stein* (1985), S. 42.

²¹⁵ Vgl. *Kohlhaas* (2003), S. 602-604.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Ein bereits entstandener steuerlicher Vorteil könnte dadurch neutralisiert oder sogar konterkariert werden. Bei Typus I Gesellschaften wäre außerdem eine Steuerersparnis als Folge eines Steuersatzeffekts dann möglich, wenn eine Veräußerung des Gesellschaftsanteils steuerbegünstigt oder steuerfrei gestellt wird.²¹⁶

In Bezug auf die Art der angewendeten steuerlichen Vorschriften, die zu steuerlichem Aufwand auf Gesellschaftsebene führen, können Verlustzuweisungsgesellschaften in die folgenden zwei Gruppen unterschieden werden: In Gesellschaften, die zwecks Zuweisung steuerlicher Verluste gezielt die Anwendung steuerlicher Sondervorschriften oder steuerlicher Fördermaßnahmen beanspruchen und in Gesellschaften, die zum Erzielen von Buchverlusten auf die allgemein anwendbaren steuerlichen Bilanzierungs- und Gewinnermittlungsvorschriften zurückgreifen.²¹⁷

Zu der Gruppe der erstgenannten Verlustzuweisungsgesellschaften würden Gesellschaften, die gezielt steuerliche Abschreibungsregeln, z. B. Sonderabschreibungen oder erhöhte Absetzungen für Abnutzung zur Verminderung ihrer steuerlichen Bemessungsgrundlage einsetzen, zählen. Sonderabschreibungen können zusätzlich zu planmäßigen Abschreibungen in Anspruch genommen werden, erhöhte Absetzungen für Abnutzung sind anstelle der planmäßigen Abschreibung verrechnungsfähig.²¹⁸ Außerdem wären dieser Gruppe Gesellschaften, bei denen steuerliche Gewinne gezielt durch Inanspruchnahme steuerfreier Rücklagen, die den entstandenen Gewinn neutralisieren, zugehörig. Für die Vergangenheit sind in diesem Kontext insbesondere die steuerlichen Fördermöglichkeiten durch das Fördergebietsgesetz (FöGbG) und das Berlinfördergesetz (BerlinFG) zu nennen. Das Fördergebietsgesetz ermöglichte eine besondere steuerliche Förderung von Investitionen des Privat- und Anlagevermögens in den damals noch neuen deutschen Bundesländern.²¹⁹ Die Fördermaßnahmen des Fördergebietsgesetzes sind jedoch gemäß § 8 FöGbG zum aktuellen Zeitpunkt für Investitionen nicht mehr anwendbar. Das Berlinfördergesetz sah diverse steuerliche Fördermaßnahmen vor, die ertragsteuerlich insbesondere in erhöhten Absetzungen für Wirtschaftsgüter und in der Gewährung von Investitionszulagen bestanden. Die Anwendung des BerlinFG ist mittlerweile gemäß § 31 BerlinFG nicht mehr möglich.

Die zweite Gruppe von Verlustzuweisungsgesellschaften bedient sich gezielt steuerlicher Vorschriften im Rahmen der Gewinnermittlung, die z. B. im Rahmen des Aktivierungsverbots für selbst erstellte immaterielle Anlagegüter, in Folge von Bewertungsfreiheiten für geringwertige Wirtschaftsgüter des Anlagevermögens oder durch den Abzug von Anlaufkosten als sofort abzugsfähige Betriebsausgaben zu

²¹⁶ Vgl. *Kohlhaas* (2003), S. 599 und insbesondere das Beispiel auf S. 600; *Kohlhaas* (1999), S. 509.

²¹⁷ Vgl. *vom Stein* (1985), S. 42.

²¹⁸ Vgl. *Kulosa* (2016), § 7a EStG, Rz. 1; *Könemann* (2001), S. 129.

²¹⁹ Vgl. *Zitzmann* (1994), S. 1005 ff.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

einer steuerlichen Aufwandsvorverlagerung führen.²²⁰ Weiterhin denkbare Möglichkeiten ergeben sich z. B. bei der Abgrenzung zwischen nicht aktivierbaren Forschungskosten und aktivierungspflichtigen Entwicklungskosten gemäß § 5 EStG²²¹ sowie bei ähnlichen Differenzierungen. Außerdem kann in Form von hohen sofort abzugsfähigen Betriebsausgaben, Werbungskosten oder Sonderausgaben, z. B. in Form von Fremdfinanzierungskosten, hohen Provisionen und Gebühren, gezielt steuerlicher Aufwand vorverlegt werden. Es lassen sich demnach in Bezug auf Verlustzuweisungsgesellschaften zusammenfassend die in Abbildung 4 dargestellten Unterscheidungen treffen:

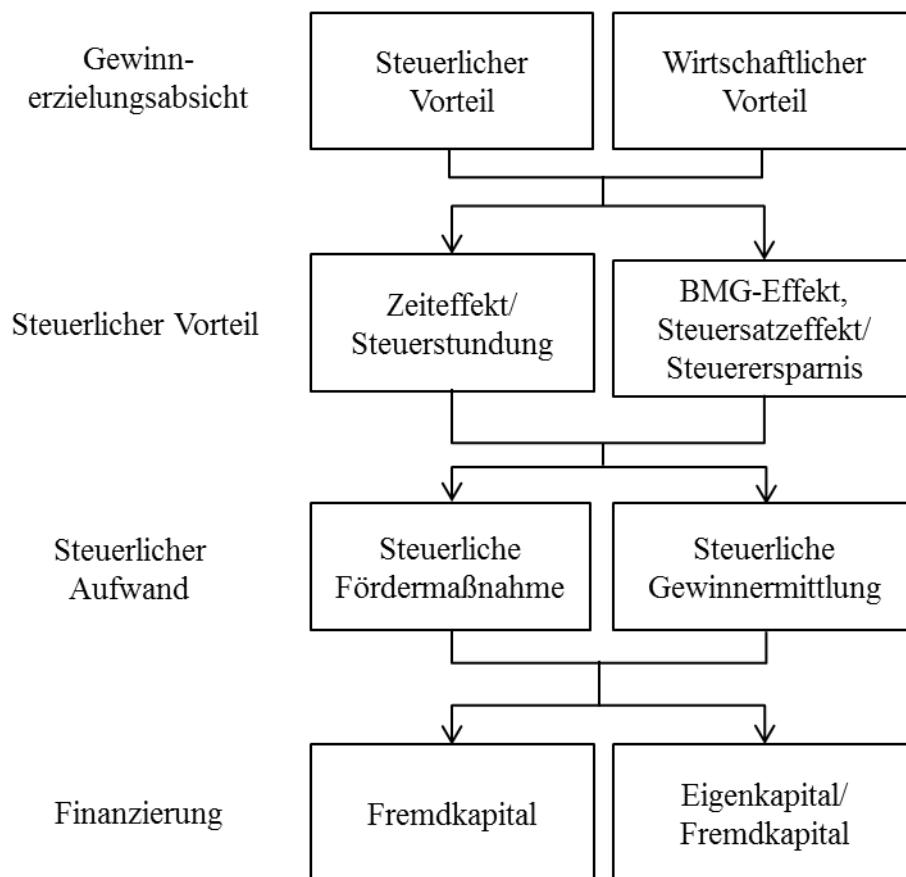


Abbildung 4: Formen von Verlustzuweisungsgesellschaften

Wie Abbildung 4 zeigt, betrifft ein erstes Unterscheidungskriterium die steuerrechtlichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Definition der

²²⁰ Vgl. vom Stein (1985), S. 42-66.

²²¹ Vgl. Weber-Grellet (2016), § 5 EStG, Rz. 270, Entwicklungskosten.

Gewinnerzielungsabsicht. Diesbezüglich ist grundlegend zu differenzieren, ob Gewinnerzielungsabsicht bereits vorliegt, wenn die Erzielung eines steuerlichen Vorteils angestrebt wird oder ob Gewinnerzielungsabsicht erst gegeben ist, wenn mehr als ein steuerlicher Vorteil angestrebt wird, hier als wirtschaftlicher Vorteil bezeichnet.

Des Weiteren kann unterschieden werden, ob der angestrebte steuerliche Vorteil einen Zeiteffekt, einen Bemessungsgrundlageneffekt oder einen Steuersatzeffekt darstellt.²²² Ein steuerlicher Vorteil in Form eines Zeiteffekts würde bestehen, wenn es durch eine zeitliche Verschiebung der steuerlichen Bemessungsgrundlagen zu einer zeitlich verzögerten Steuerzahlung des Steuerpflichtigen kommt. Über den gesamten Betrachtungszeitraum ergibt sich dabei keine Veränderung in der Summe der Bemessungsgrundlagen. Es liegt vielmehr eine Einflussnahme auf die Bemessungsgrundlagen im zeitlichen Verlauf vor, die dazu führt, dass Aufwand bzw. Betriebsausgaben in frühere Perioden vorgezogen werden.²²³ Die Bemessungsgrundlagen früher Perioden werden dadurch verringert, so dass die entsprechenden Steuerzahlungen gesenkt werden. Der vorgezogene Aufwand führt in späteren Perioden umgekehrt zu einer höheren steuerlichen Bemessungsgrundlage, die mit einer höheren Steuerzahlung verbunden ist. Ein Zeiteffekt hat damit eine Stundung der Steuerzahlungen zur Folge. Der Steuerpflichtige verfügt durch die Steuerstundung temporär über zusätzliche Liquidität. Dies kann zu Zinsvorteilen führen, wenn die durch die gestundeten Steuerzahlungen temporär vorhandene Liquidität zinsbringend verwendet wird.

Bei einem steuerlichen Vorteil in Form eines Bemessungsgrundlageneffekts geht es um eine Einflussnahme auf die absolute Höhe der steuerlichen Bemessungsgrundlagen.²²⁴ Dies könnte durch eine Verrechnung der zugewiesenen Verluste mit anderen positiven Einkünften des Steuerpflichtigen erreicht werden. Im Unterschied zur Steuerstundung wird bei einer Steuerersparnis auf einen dauerhaften steuerlichen Vorteil durch geringere Steuerzahlungen abgestellt. Das bedeutet, dass im Unterschied zu einer Steuerstundung eine geringere Bemessungsgrundlage in einer oder mehreren Perioden nicht mit einer höheren Bemessungsgrundlage in späteren Perioden verbunden ist. Vielmehr wird bei einem Bemessungsgrundlageneffekt die Höhe der Bemessungsgrundlage des gesamten Betrachtungszeitraums vermindert. Dadurch ist dauerhaft zusätzliche Liquidität verfügbar, die zinsbringend verwendet werden kann. Für den Steuerpflichtigen können insofern Liquiditäts- und Zinsvorteile entstehen.

Bei einem steuerlichen Vorteil in Form eines Steuersatzeffekts geht es um eine Steuerersparnis in Folge der Anwendung besonderer oder im Zeitablauf veränderter

²²² Vgl. für eine Erläuterung der Effekte *Wagner* (2005), S. 454-456.

²²³ Vgl. *Beck* (2006), S. 62.

²²⁴ Vgl. *Wagner* (2005), S. 454-456.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Steuersätze.²²⁵ Eine Steuerersparnis in Folge der Anwendung eines besonderen Steuersatzes könnte sich ergeben, wenn eine steuerbegünstigte oder steuerfreie Veräußerung des Anteils möglich ist. Außerdem könnte ein durch gesetzliche Veränderungen verringerter Steuersatz, der für eine späte Periode des Betrachtungszeitraums Anwendung findet, zu einer Steuerersparnis führen und damit einen positiven Effekt auf die Liquidität des Steuerpflichtigen nehmen. Gleichwohl würde ein erhöhter Steuersatz, der für eine späte Periode des Betrachtungszeitraums Anwendung findet, einen nachteiligen Effekt auf die Liquidität des Steuerpflichtigen nehmen. Außerdem ist anzumerken, dass die Folgen von Veränderungen gesetzlicher Rahmenbedingungen alle Gesellschaften betreffen. Es sind in der Regel weder planbare, noch speziell im Fokus von Verlustzuweisungsgesellschaften stehende Ereignisse.

Eine weitere Differenzierung besteht im Hinblick auf die für die Erzielung des steuerlichen Aufwands verwendeten steuergesetzlichen Vorschriften, die besondere steuergesetzliche Fördermaßnahmen oder allgemeine Vorschriften der steuerlichen Einkünfteermittlung darstellen können.

Außerdem ist hinsichtlich der Finanzierung der Gesellschaften zu unterscheiden zwischen der Finanzierung mit Fremdkapital oder einer Mischung aus Eigen- und Fremdkapital.

Die zuvor beschriebenen Unterscheidungsaspekte sollen im Folgenden exemplarisch an sogenannten Bauherrenmodellen aufgezeigt werden, die in der Vergangenheit vielfach implementiert wurden. Dabei handelt es sich um Zusammenschlüsse von Kapitalanlegern zum Zwecke der Durchführung von Immobilienvorhaben. Die Kapitalgeber wurden in der Regel durch einen Treuhänder von den Aufgaben im Zusammenhang mit der Immobilie entlastet und fungierten demnach nur als Kapitalgeber.²²⁶ Bauherrenmodelle wurden in Jahren implementiert, in denen eine steuerliche Gewinnerzielungsabsicht in Form der Absicht, einen steuerlichen Vorteil zu erzielen, bestand. Das eingesetzte Kapital stammte dabei insbesondere aus durch die Verlustverrechnung ersparten Steuern.²²⁷ Steuerlicher Aufwand wurde insbesondere im Rahmen von steuerlichen Fördermaßnahmen geltend gemacht. In Folge der vorgenannten Konstellationen war der Bedarf an Eigenmitteln zur Finanzierung der Investition gering. Bauherrenmodelle haben im Zuge der veränderten Definition der Gewinnerzielungsabsicht, dem Wegfall diverser

²²⁵ Vgl. *Wagner* (2005), S. 454-456.

²²⁶ Vgl. *Lengerke* (1986), S. 25 ff.

²²⁷ Vgl. *Lenkerge* (1986), S. 46.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

steuerlicher Fördermaßnahmen und diverser steuergesetzlicher Vorschriften inzwischen ihre Attraktivität verloren.²²⁸

Um den gesetzgeberischen Vorwurf einer übermäßigen Verlustverrechnung in Bezug auf die Verlustzuweisungsgesellschaften zu konkretisieren, wäre zu klären, welche steuerlichen Vorteile Verlustzuweisungsgesellschaften tatsächlich für sich beanspruchen. Ihre steuerliche Attraktivität gewinnen Verlustzuweisungsgesellschaften durch die in Folge der Aufwandsvorverlagerung zeitlich nach hinten verschobenen Steuerzahlungen, die einen Zeiteffekt in Form einer Steuerstundung beim Anleger erzeugen können. Liquidität für (vorerst) nicht zu leistende Steuerzahlungen kann insofern in andere Investitionen gelenkt oder gespart werden, woraus sich wiederum eine Verzinsung der zur Verfügung stehenden Liquidität ergeben kann. Sofern eine Verrechnung der zugewiesenen Verluste mit anderen positiven Einkünften möglich ist, führt dies beim Steuerpflichtigen zu einer verringerten steuerlichen Bemessungsgrundlage und damit zu einer Steuerersparnis. Durch die Verlagerung der Steuerzahlungen in spätere Perioden können außerdem Steuersatzeffekte im Rahmen der Einkommensteuerprogression oder im Rahmen von gesetzlichen Veränderungen der Steuertarife entstehen.²²⁹ Dies kann zu einer niedrigeren Steuerzahlung bzw. Steuerersparnis beim Steuerpflichtigen führen, kann aber auch eine höhere Steuerzahlung zur Folge haben. Vorgenannte, durch Aufwandsvorverlagerung erreichte Effekte, können in Form einer Hebelwirkung des Fremdkapitals verstärkt werden.²³⁰ Die Beteiligung an der Verlustzuweisungsgesellschaft wird dabei vom Gesellschafterfremdkapital finanziert, so dass die Verlustzuweisungen keine oder nur geringfügige Eigenmittel beanspruchen. Dies setzt voraus, dass bei den Abschreibungen auf Gesellschaftsebene keine Unterscheidung zwischen eigen- und fremdfinanzierten Investitionen getroffen und damit auch eine Abschreibung von mit Fremdkapital beschafften Vermögensgegenständen möglich ist. Des Weiteren kann eine steuerliche Abzugsfähigkeit der zu zahlenden Fremdkapitalaufwendungen möglich sein, was die steuerliche Attraktivität weiter verstärkt.²³¹ Eine hohe Fremdkapitalquote könnte insofern die steuerliche Attraktivität einer Investition in eine Verlustzuweisungsgesellschaft erhöhen. Bestehen bei einer Veräußerung der Beteiligung oder für sonstige Gewinnrealisierungen im Rahmen der Beteiligung besondere steuerliche Vergünstigungen, wäre eine Erhöhung der steuerlichen Vorteilhaftigkeit einer solchen Investitionsform möglich.²³² Sowohl etwaige steuerliche Vorteile durch die steuerliche Abzugs-

²²⁸ Vgl. zu einer ausführlichen Darstellung und Würdigung verschiedenster Fondsmodelle, insbesondere auch im historischen Kontext, *Kohl* (2012).

²²⁹ Vgl. *vom Stein* (1985), S. 92 f. sowie S. 92 ff. mit weiteren Details zu den Bestimmungsgrößen der einzelnen Effekte.

²³⁰ Vgl. *Mittelbach* (1981), S. 17.

²³¹ Vgl. *Graf von Armansperg* (1983), S. 96.

²³² Vgl. *Graf von Armansperg* (1983), S. 97.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

fähigkeit der Fremdkapitalaufwendungen als auch etwaige steuerfreie oder steuerbegünstigte Gewinnrealisierungen würden eine Steuerersparnis darstellen.

Noch bevor in Deutschland die ersten Verlustzuweisungsgesellschaften bekannt wurden, bestanden in den USA bereits vielfältige Formen sogenannter „Tax Shelter“. Diese weisen dem Steuerzahler aus Sicht des Gesetzgebers konzeptionell einen steuerlichen Verlust zu, ohne dass dieser tatsächlich einen wirtschaftlichen Aufwand darstellt. Infolgedessen ergab sich eine Senkung der Steuerzahllast durch Verringerung der Steuerbemessungsgrundlage.²³³ Die Tax Shelter Modelle bedienen sich regelmäßig umfangreicher steuerlicher Abzugsposten, einer Hebelwirkung durch Fremdfinanzierung der Beteiligung und einem Umwandlungseffekt durch eine begünstigte Besteuerung von Veräußerungsgewinnen und anderen Gewinnrealisierungen.²³⁴ Die Art der Nutzung vorgenannter steuerlicher Vorteile unterscheidet sich je nach individuellem Konzept.²³⁵ Die Funktionsweisen deutscher Verlustzuweisungsgesellschaften gleichen den amerikanischen Tax Shelter Modellen. Damit können die amerikanischen Modelle als „Vorbilder“ der deutschen Verlustzuweisungsgesellschaften gesehen werden.

Wie beschrieben, lassen sich Verlustzuweisungsgesellschaften im Unterschied zu anderen Gesellschaften durch das Streben nach der Verrechnung eines steuerlichen Verlusts über die Hafteinlage oder den tatsächlichen Kapitalverlust hinausgehend abgrenzen. Demnach wird die Verrechnung eines steuerlichen Verlusts ohne tatsächlichen wirtschaftlichen Werteverzehr angestrebt. Eine derartige Verlustverrechnung kann über Zeiteffekte, Bemessungsgrundlageneffekte und/oder Steuersatzeffekte zu steuerlichen Vorteilen in Form der Steuerstundung und/oder Steuerersparnis führen.²³⁶ Vorgenannte Ausführungen zeigen die Vielfalt von Verlustzuweisungsgesellschaften, die sich zum einen im breiten Spektrum der verschiedenen Konzeptionen zeigt und zum anderen mit den stetigen Veränderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen für derartige Gesellschaften zusammenhängt.

Für die weiteren Ausführungen soll unter einer Verlustzuweisungsgesellschaft auf Grundlage der rechtsdogmatischen Analyse folgende Definition verstanden werden: Eine Verlustzuweisungsgesellschaft verfolgt insbesondere das Konzept, über die Inanspruchnahme steuerlicher Vorschriften, insbesondere Fördermaßnahmen, gezielt steuerlichen Aufwand zu generieren, der in Folge der Zuweisung zu den Gesellschaftern auf der Gesellschafterebene mit anderen steuerlichen Einkünften verrechnet werden kann. Es ist zu klären, ob für die in dieser Form abgegrenzten Gesellschaften

²³³ Vgl. *Graf von Armansperg* (1983), S. 9, 15.

²³⁴ Vgl. *Graf von Armansperg* (1983), S. 15-37 mit weiteren Einzelheiten zur Wirkungsweise der genannten Elemente.

²³⁵ Vgl. *Graf von Armansperg* (1983), S. 35-37 mit einer Übersicht über die wesentlichen Formen von Tax Shelter Modellen und den zu Grunde liegenden steuerlichen Vorteilen.

²³⁶ Vgl. dazu Erläuterungen in Kapitel 4.1.

in Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung besondere Beschränkungen greifen sollten.

4.2 Steuerliche Verlustverrechnung bei Mantelkäufen

Im Folgenden sollen die allgemeinen Kriterien eines als Mantelkauf bezeichneten steuerlichen Übertragungsvorgangs beschrieben werden. Eine gesetzliche Definition des steuerlichen Mantelkaufs besteht nicht.²³⁷ Wie Abbildung 5 zeigt, besteht ein als Mantelkauf bezeichneter Übertragungsvorgang in der Regel aus zwei Elementen. Zuerst erfolgt ein (umfangreicher) Wechsel der bisherigen Anteilseigner einer Gesellschaft. Danach wird ein umfangreicher Wechsel des Unternehmens vollzogen.²³⁸ Dazu füllen die neuen Anteilseigner die Gesellschaft nach der Anteilsübertragung mit neuem Unternehmensinhalt oder beleben die Gesellschaft unternehmerisch von Neuem, um dadurch wieder positive Unternehmensergebnisse zu erzielen.

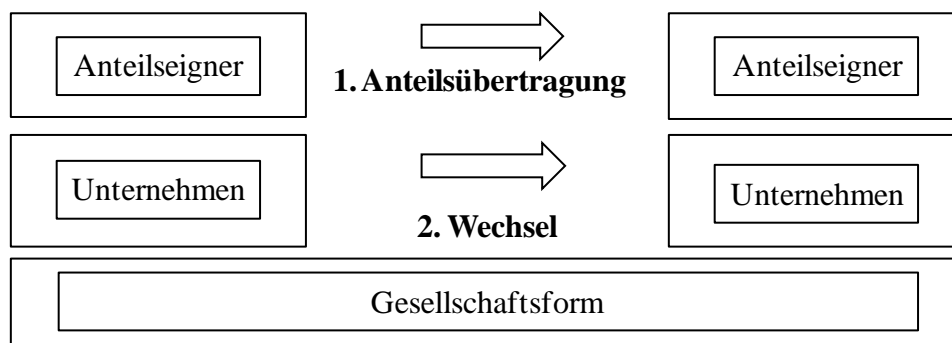


Abbildung 5: Elemente eines steuerlichen Mantelkaufs

Für eine genauere Typisierung des Mantelkaufs ist eine Unterscheidung zwischen Gesellschaftsform, Unternehmenseignern bzw. Anteilseignern und dem von diesen getragenen Unternehmen, dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, erforderlich.²³⁹ Die in einem ersten Schritt vollzogene Anteilsübertragung erfolgt in der Regel entgeltlich. Im Rahmen einer sogenannten „weiten“ Auffassung wird unter einem Mantelkauf auch bereits der Mehrheitserwerb einer Gesellschaftsbeteiligung, unabhängig von dem wirtschaftlichen Zustand der Gesellschaft, gefasst.²⁴⁰ In den folgenden Ausführungen wird nicht von einer „weiten“ Auffassung des Mantelkaufs

²³⁷ Vgl. Kober (1995), S. 1; Danert (1935), S. 1.

²³⁸ Vgl. Röder (2012), S. 30.

²³⁹ Vgl. Kober (1995), S. 24.

²⁴⁰ Vgl. Kober (1995), S. 2.

ausgegangen. Auch wenn Mantelkäufe nicht nur auf Kapitalgesellschaften beschränkt sind,²⁴¹ bleibt hier außerdem die Betrachtung auf Mantelkäufe bei Kapitalgesellschaften begrenzt.

Rechtlich gesehen ist demnach der Mantelkauf als Erwerb einer Beteiligung, in der Regel einer Mehrheitsbeteiligung an einer Kapitalgesellschaft, einzuordnen. Allerdings erfolgt der Erwerb der Beteiligung in Abgrenzung zu einem gewöhnlichen Beteiligungserwerb unter besonderen wirtschaftlichen Bedingungen und in der Regel auch mit besonderen wirtschaftlichen Motiven. Die besonderen wirtschaftlichen Bedingungen bei einem Mantelkauf führen dazu, dass der Beteiligungserwerb einen Erwerb der Gesellschaftsform des Unternehmens, aber nicht des Unternehmens selbst darstellt.²⁴² Vielmehr entspricht der Vorgang wirtschaftlich gesehen einer Neugründung oder „Wiederbelebung“ des Unternehmens nach erfolgtem Anteilseignerwechsel.²⁴³ Die Rechtspersönlichkeit des Unternehmens, dessen Gesellschaftsanteile übertragen werden, bleibt demnach nach dem Übertragungsvorgang erhalten, wohingegen in der Regel eine Veränderung des Unternehmens und der Anteilseigner erfolgt. Demnach stellt ein Mantelkauf grundsätzlich eine Form der Verwendung eines bestehenden Gesellschaftsmantels dar. Es geht dabei regelmäßig um die entgeltliche Übertragung eines bestehenden Gesellschaftsmantels, wobei unter einem Gesellschaftsmantel eine unternehmens- und vermögenslose Gesellschaft zu verstehen ist.²⁴⁴ Demnach lässt sich ein Mantelkauf als Umkehrstück zu einem Umwandlungsvorgang fassen, bei dem die Anteilseigner und das Unternehmen erhalten bleiben, die Gesellschaftsform aber verändert wird.

Die Motive für einen Mantelkauf können grundsätzlich vielfältig sein, haben sich aber im Zeitablauf verändert. Zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatten Mantelkäufe zum Ziel, insbesondere die Gründungsteuer zu vermeiden.²⁴⁵ Die Neugründung von Gesellschaften verursachte regelmäßig einen hohen zeitlichen und finanziellen Aufwand. Bestehende Gesellschaften wurden insofern mit einem neuen Unternehmen versehen oder wiederbelebt. Dies ebnete den Weg für eine wirtschaftliche Neugründung eines Unternehmens, ohne dass eine formelle Neugründung des Unternehmens erforderlich war.²⁴⁶ Die Motive für einen Mantelkauf lagen demnach zur damaligen Zeit insbesondere in der Zeit- und Kostenersparnis beim Gründungsvorgang.²⁴⁷ Im Zuge der Währungsumstellung von Papiermark auf Goldmark im

²⁴¹ Vgl. *Kober* (1995), S. 28; andere Auffassung z. B. *Danert* (1935), S. 4.

²⁴² Vgl. *Kober* (1995), S. 15.

²⁴³ Vgl. *Kober* (1995), S. 8.

²⁴⁴ Vgl. *Kober* (1995), S. 49.

²⁴⁵ Vgl. *Schlutius* (1962), S. 67.

²⁴⁶ Vgl. *Kober* (1995), S. 8.

²⁴⁷ Vgl. *Danert* (1935), S. 11.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Jahre 1924 wurde bei bereits bestehenden GmbHs zur Kompensation der starken inflationären Beeinträchtigungen ein im Vergleich zu neugegründeten GmbHs deutlich niedrigeres Mindestkapital zugelassen. Der Erwerb von Gesellschaftsmänteln von Gesellschaften mit vermindertem Mindestkapital war durch diese Regelung, die bis 1926 bestand, im Vergleich zur Neugründung einer GmbH mit höherem Mindestkapital für den Anteilseigner durch das geringere Kapitalaufbringungserfordernis vorteilhafter. Als bald stellten Kammergericht und Reichsfinanzhof allerdings die zivilrechtliche Nichtigkeit des Mantelkaufs fest, so dass entsprechende Vorgänge verschwanden.²⁴⁸ In den fünfziger und sechziger Jahren ging die Rechtsprechung bald weitgehend davon aus, dass der Mantelkauf zivilrechtlich wirksam wäre, so dass entsprechende Rechtsvorgänge erneut an Bedeutung zunahmten.²⁴⁹ Außersteuerlich können eine Kosten- und Zeitersparnis beim Gründungsvorgang im Vordergrund stehen. Die unmittelbare Verfügbarkeit einer Kapitalgesellschaft ohne gewöhnlichen Gründungsvorgang vermeidet das Risiko einer persönlichen Haftung der Vorgesellschaft.²⁵⁰ Die beiden vorgenannten Aspekte in Bezug auf die Vorteile beim Gründungsvorgang lassen sich in Bezug auf die heutige Zeit in der Regel durch die Möglichkeit des Erwerbs einer Vorratsgesellschaft entkräften. Ein weiteres Motiv für die Durchführung eines Mantelkaufs kann außerdem in der Erlangung von Lizenzen, Konzessionen und anderen Rechten, die gesellschaftsgebunden bestehen, liegen.²⁵¹

Steuerliche Mantelkäufe können als steuerlich motivierte Übertragungsvorgänge eingeschätzt werden. Der Erwerber der Gesellschaftsanteile kann im Anschluss an den Übertragungsvorgang bestehende steuerliche Verlustvorträge nutzen. Dazu muss dem erworbenen Gesellschaftsmantel ein Geschäftsbetrieb zugeführt oder wiederbelebt werden, der Gewinne erzielt, die dann mit den bereits bestehenden steuerlichen Verlustvorträgen der Gesellschaft verrechnet und damit steuerfrei gestellt werden. Dem Fiskus entgehen insofern Steuereinnahmen in Bezug auf den übertragenen Verlustvortrag, der ohne Mantelkauf oder anderweitige Zuführung von Verrechnungspotential bei der übertragenen Gesellschaft nicht hätte berücksichtigt werden können. Vorgenannte Ausführungen zeigen, dass ein Mantelkauf zwar nicht zwingend auf steuerlichen Motiven aufbauen muss, gleichwohl dem steuerlichen Aspekt des Mantelkaufs grundsätzlich ein sehr hoher Stellenwert zukommt.

Der Gesetzgeber betrachtet die im Rahmen des Mantelkaufs mögliche Verlustverrechnung als steuergestalterische Maßnahme und nimmt diese von den allgemeinen

²⁴⁸ Vgl. *Kober* (1995), S. 6.

²⁴⁹ Vgl. *Kober* (1995), S. 7 f.

²⁵⁰ Vgl. *Danert* (1935), S. 12.

²⁵¹ Vgl. *Kober* (1995), S. 13.

Verlustverrechnungsmöglichkeiten aus.²⁵² Demnach differenziert er die im Rahmen des Mantelkaufs übergehenden Verluste von anderen steuerlichen Verlusten und schränkt ihre steuerliche Verrechenbarkeit ein. Dies impliziert die Ansicht seitens des Gesetzgebers, dass der steuerliche Verlustvortrag dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb der übertragenen Gesellschaft bzw. dem verlusttragenden Unternehmen zuzuordnen ist.²⁵³ Der steuerliche Verlustvortrag ist damit aus gesetzgeberischer Perspektive nicht dem Gesellschaftsmantel zugehörig und würde dadurch vom neuen Anteilseigner nur eingeschränkt genutzt werden können. Im Rahmen der zuvor eingeführten Terminologie wäre der steuerliche Verlustvortrag dem neuen Anteilseigner wirtschaftlich nicht zuzuordnen, da der entsprechende wirtschaftliche Aufwand bei dem vor dem Anteilseignerwechsel beendeten oder unterbrochenen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb angefallen ist. Eine Verrechnung des steuerlichen Verlustvortrags nach dem Anteilseignerwechsel würde dann der Verrechnung eines fiktiven Verlusts entsprechen, so dass aus gesetzgeberischer Perspektive eine Beschränkung erforderlich ist.

Die rechtskritische Analyse in Kapitel 6 soll klären, ob eine solche besondere steuerliche Behandlung bestimmter steuerlicher Verluste einer in Kapitel 5 hergeleiteten, evolutiv gleichmäßigen Besteuerung entspricht. Es wird demnach analysiert, ob spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen erforderlich sind, die eine steuerliche Verlustverrechnung bei bestimmten Übertragungsvorgängen von Kapitalgesellschaftsanteilen und bei Verlustzuweisungsgesellschaften, wie in den Kapiteln 4.1 und 4.2 erläutert, sanktionieren. Zuvor soll jedoch im Rahmen der Fortführung der rechtsdogmatischen Analyse in den Kapiteln 4.3 bis 4.7 analysiert werden, welche gesetzlichen Sanktionsmechanismen der Gesetzgeber im Hinblick auf die Sonderbehandlung steuerlicher Verluste bei Verlustzuweisungsgesellschaften und bei der Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen vorsieht.

4.3 Spezialgesetzliche Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung

Der Gesetzgeber sieht insbesondere in den in den Kapiteln 4.1 und 4.2 beschriebenen Sachverhalten eine übermäßige und in Form von Gestaltungen gezielt herbeigeführte steuerliche Verlustverrechnung. Derart entstandene Verluste sind demnach, wie in den Kapiteln 4.1 und 4.2 dargestellt, nach Auffassung des Gesetzgebers einer besonderen steuerlichen Behandlung zuzuführen und entsprechend zu sanktionieren. In diesem Zusammenhang wurden seitens des Gesetzgebers spezialgesetzliche Verlustverrechnungsvorschriften implementiert. Entsprechend der in Kapitel 3.2 vorgenommenen Systematisierung der steuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften zählen spezialgesetzliche Vorschriften zur dritten Stufe steuerlicher Verlustver-

²⁵² Vgl. Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 220/07 vom 30.03.2007, S. 60.

²⁵³ Vgl. *Schloßmacher* (2004), § 8 Abs. 4 KStG, Rz. 403.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

rechnungsbeschränkungen. Die Vorschriften zielen auf eine Sonderbehandlung bestimmter Verluste.²⁵⁴ Diese Sonderbehandlung besteht in der Regel darin, die entsprechenden Verluste von der allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkung bzw. der vierten Stufe steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen auszuschließen und anstelle dieser, striktere Beschränkungen für die betroffenen Verluste zu regeln.²⁵⁵

Die spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen können den sogenannten Missbrauchsvermeidungsvorschriften zugeordnet werden. Missbrauchsvermeidungsvorschriften werden unterschieden in echte Missbrauchsnormen, bei denen eine konkrete Formulierung des Tatbestands der missbräuchlichen Gestaltung vorliegt und unechte Missbrauchsnormen, bei denen eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung durch Missbrauchsvermeidungsgründe nicht gegeben ist.²⁵⁶ Steuerliche Missbrauchsvermeidungsvorschriften stehen in einem direkten Konkurrenzverhältnis zu § 42 AO, mit dem der Gesetzgeber eine allgemeine Vorschrift zur Sanktionierung von Steuerumgehung geschaffen hat.²⁵⁷ § 42 AO wurde zuletzt im Rahmen des Jahressteuergesetzes 2008²⁵⁸ verändert und ergänzt.²⁵⁹ Die spezialgesetzlichen Vorschriften sind gegenüber § 42 AO vorrangig anzuwenden. Liegt kein Missbrauch nach den spezialgesetzlichen Vorschriften vor, ist eine Prüfung, ob ein Missbrauch nach § 42 AO vorliegt, hinfällig, da die spezialgesetzliche Vorschrift die nach § 42 AO zu sanktionierende unangemessene Gestaltung weiter konkretisiert.²⁶⁰ Besteht keine spezialgesetzliche Regelung, richtet sich die Beurteilung, ob eine missbräuchliche Gestaltung vorliegt, nach § 42 AO. Gemäß aktueller Fassung des § 42 AO liegt ein Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder bei einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Indizien für eine unangemessene rechtliche Gestaltung sind dem entsprechenden Anwendungserlass zu entnehmen.²⁶¹ Eine im Einklang mit dem Gesetzeszweck stehende, sinnvolle Abgrenzung zwischen missbräuchlichen Gestaltungen und dem Streben, Steuern auf legalem Wege zu sparen, ist daher schwierig auszumachen.²⁶² Diese Problematik wird auch dadurch

²⁵⁴ Vgl. Röder (2010), S. 16.

²⁵⁵ Vgl. dazu Abbildung 3.

²⁵⁶ Vgl. Gabel (2011), S. 5.

²⁵⁷ Vgl. Drißen (2008), S. 159.

²⁵⁸ Vgl. JStG 2008 vom 20.12.2007, BStBl. I 2008, S. 218.

²⁵⁹ Vgl. zur rechtlichen Auslegung der Vorschrift z. B. Wendt (2009), S. 121 ff.

²⁶⁰ Vgl. Gabel (2011), S. 5; Jehke (2012), S. 678.

²⁶¹ Vgl. BMF-Schreiben vom 31.01.2014, IV A 3 - S 0062/14/10002, BStBl. I S. 290, zuletzt geändert am 03.11.2014, BStBl. I S. 1393, § 42 AO, Rz. 2.2.

²⁶² Vgl. Hey (2009), S. 1046.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

verstärkt, dass die Vorschrift des § 42 AO unbestimmte Rechtsbegriffe durch die Formulierungen „Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten“ und „unangemessene rechtliche Gestaltung“ enthält.²⁶³ Nachfolgend sollen die wesentlichen Aspekte des steuerlichen Missbrauchs aus steuergesetzlicher Perspektive auf Grundlage der in Abbildung 6 dargestellten Unterscheidungskriterien skizziert werden.



Abbildung 6: Steuerlicher Missbrauch

Wie Abbildung 6 zeigt, entsteht eine Steuerschuld gemäß § 38 AO dann, wenn der Tatbestand, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft, verwirklicht ist. Eine Vermeidung des Tatbestands führt demnach zu einer Vermeidung der Steuerschuld, die dadurch gestaltbar wird. Steuerungsvermeidung lässt sich insofern unterscheiden in Steuerungsvermeidung durch Nicht-Verwirklichung steuerlicher Tatbestände („Tatbestandsvermeidung“) und Steuerungsvermeidung durch gesetzlich zulässige Gestaltungen bei der Verwirklichung steuerbarer Tatbestände („Tatbestandserschleichung“). Da die Entscheidung für oder gegen die Verwirklichung des Tatbestands einer Steuerschuld letztlich beim Steuerpflichtigen liegt, kann eine Entscheidung gegen die Verwirklichung eines Tatbestands, eine sogenannte Steuerungsvermeidung, nicht zu sanktionieren sein. Steuerungsvermeidung bedeutet demnach, sich zum einen dem Tatbestand eines Steuergesetzes zu entziehen und zum anderen nicht in den Anwendungsbereich des § 42 AO zu gelangen bzw. steuerlich

²⁶³ Vgl. Hey (2009), S. 1046.

missbräuchlich zu agieren.²⁶⁴ Eine solche Form der Steuervermeidung ist demnach als gesetzlich zulässige Gestaltung steuerlicher Sachverhalte einzuordnen.

Im Falle einer missbräuchlichen bzw. gesetzwidrigen Steuervermeidung liegt dagegen eine Steuerumgehung vor.²⁶⁵ Eine solche spielt in der Regel den Gesetzeszweck gegen den Wortlaut des Gesetzes aus²⁶⁶ und nutzt bestehende Gesetzeslücken entsprechend aus.²⁶⁷ In der Folge können Gestaltungen entstehen, die nicht im Einklang mit der tatsächlichen wirtschaftlichen Situation oder Konstellation stehen. Es ist demnach eine Unterscheidung in verbotene bzw. missbräuchliche Gesetzesumgehung und in erfolgreiche Steuervermeidungsplanung vorzunehmen. Ein pauschaler Vorwurf von „steuerlichem Missbrauch“ ist daher unzutreffend.²⁶⁸

Wie in Kapitel 3.2 gezeigt, unterscheiden die deutschen Steuergesetze zunächst nicht nach der Art eines steuerlichen Verlusts. Sofern Verlustverrechnungspotential in Form steuerlicher Gewinne vorhanden ist, könnte demnach auch grundsätzlich eine steuerliche Verrechnung mit steuerlichen Verlusten erfolgen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass aus Sicht des Gesetzgebers die steuerliche Bemessungsgrundlage nicht zwingend den tatsächlichen wirtschaftlichen Aufwand vollständig erfasst.²⁶⁹ Eine steuerliche Verrechnung von Verlusten lässt sich daher grundsätzlich gestalterisch herbeiführen, ohne die wirtschaftliche Situation beeinflussen zu müssen. Dies kann zu steuerlichen Gestaltungen, bei denen die Entstehung eines steuerlichen Verlusts oder entsprechenden Verrechnungspotentials forciert wird, führen. Es ist daher schwierig, eine sinnvolle Abgrenzung zwischen missbräuchlichen, das heißt, einer allein steuerlichen Absicht dienenden Steueroptimierung und einer legitimen Steueroptimierung zu finden.

Liegt eine Steuerumgehung bzw. ein steuerlicher Missbrauch im Kontext der Verrechnung steuerlicher Verluste vor, kann entweder die allgemeine steuerliche Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 42 AO oder eine spezialgesetzliche Vorschrift greifen. Bei § 42 AO wird im Rahmen des steuerlichen Missbrauchs das Vorliegen eines gesetzlich nicht vorgesehenen steuerlichen Vorteils unterstellt, bei spezialgesetzlichen Vorschriften ist das Vorliegen eines solchen Vorteils in der Regel ohne Belang. Im Gegensatz zu § 42 AO fassen die spezialgesetzlichen Vorschriften steuerlichen Missbrauch normspezifisch, wohingegen dieser im Rahmen des § 42 AO

²⁶⁴ Vgl. *Flick* (1994), S. 330.

²⁶⁵ Im Unterscheid dazu wird Steuerumgehung bei *Danzer* (1981), S. 1 als Nichtverwirklichung des Tatbestands, aus dem sich gesetzlich die Steuer ergibt, gesehen und demnach als Vorgehen eingeschätzt, das niemanden zu verwehren ist.

²⁶⁶ Vgl. *Tipke* (1993), S. 1324.

²⁶⁷ Vgl. *Tipke* (1993), S. 1326.

²⁶⁸ Vgl. *Flick* (1994), S. 330.

²⁶⁹ Vgl. *Kröner* (1986), S. 85.

abstrakt formuliert ist.²⁷⁰ Im Hinblick auf die zuvor beschriebenen Konzeptionen steuerlicher Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerlicher Mantelkäufe sollen die entsprechenden spezialgesetzlichen Missbrauchsvermeidungsvorschriften nachfolgend erläutert werden. Die §§ 15a EStG und 15b EStG (bzw. 2b EStG a. F.) übernehmen dabei die Aufgabe, die steuerliche Verlustverrechnung im Hinblick auf die zuvor beschriebenen Verlustzuweisungsgesellschaften zu beschränken.²⁷¹ § 8c KStG (bzw. § 8 Abs. 4 KStG a. F.) zielt auf eine Beschränkung der Verlustverrechnung bei Anteilseignerwechseln ab, die ursprünglich im Hinblick auf die zuvor beschriebenen steuerlichen Mantelkäufe getroffen wurde.²⁷²

Die Erläuterung der Vorschriften ist auf den wesentlichen Regelungsinhalt sowie die zentralen Besonderheiten beschränkt. Detailregelungen werden nicht beschrieben. Diese Vorgehensweise wurde deshalb gewählt, da sich die rechtskritische Analyse weitgehend auf die grundsätzliche Ausrichtung der Vorschriften stützt. Im Rahmen dieser Betrachtung ist allerdings auch eine historische Herleitung der jeweiligen Vorschriften erforderlich, um deren ursprüngliche Ausrichtung und Veränderung im Zeitablauf zu erfassen. Insofern enthält die folgende Analyse jeweils eine tabellarische Zusammenstellung der historischen Entwicklung der gesetzlichen Vorschriften.

4.4 Gesetzlicher Regelungsinhalt des § 15a EStG

§ 15a EStG regelt den Ausgleich von Verlusten beschränkt haftender Gesellschafter. Die Vorschrift ist gemäß § 15a Abs. 1 i. V. m. Abs. 5 EStG bei allen Kommanditisten und vergleichbar haftenden Gesellschaftern anwendbar. § 15a EStG findet Anwendung bei den Einkünften gemäß den §§ 13, 15, 18, 20 und 21 EStG.²⁷³ § 15a EStG galt zunächst nicht für Förderungen im Bereich des Berlinförderungsgesetzes.²⁷⁴

Ein steuerlicher Verlustausgleich kann gemäß § 15a Abs. 1 S. 1 EStG mit positiven Einkünften der gleichen Einkunftsart erfolgen, sofern und soweit das Kapitalkonto des beschränkt haftenden Gesellschafter nicht negativ ist. Demnach ist der zuzurechnende Anteil eines Kommanditisten oder vergleichbar haftenden Gesellschafter am steuerlichen Verlust der Gesellschaft gemäß den Vorschriften des § 10d EStG ausgleichbar, sofern und soweit kein negatives Kapitalkonto vorliegt oder entsteht.²⁷⁵ Eine Beschränkung durch § 15a EStG ergibt sich bei Vorliegen eines

²⁷⁰ Vgl. Hey (2010a), S. 149 f.

²⁷¹ Vgl. Wacker (2016), § 15a EStG, Rz. 30; Seeger (2016), § 15b EStG, Rz. 2.

²⁷² Vgl. Olbing (2014), § 8c KStG, Rz. 1.

²⁷³ Vgl. Heuermann (2012), § 15a EStG, Rz. 13.

²⁷⁴ Vgl. Hecker (1982), S. 207; Friele (1985), S. 123.

²⁷⁵ Vgl. Wacker (2016), § 15a EStG, Rz. 31.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

positiven Kapitalkontos nicht. Das Kapitalkonto entspricht dem buch- und bilanzmäßigen Ausweis des Anteils des Gesellschafters am Eigenkapital des Unternehmens.²⁷⁶

Die sich durch die Regelung des § 15a EStG ergebenden Fallkonstellationen werden auf Grundlage der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst:

Regelungsbereich § 15a EStG - laufende Besteuerung			
Haft einlage = geleistete Einlage = Kapitalkonto		Haft einlage > geleistete Einlage = Kapitalkonto	
Kapitalverlust ≤ Haft einlage	Kapitalverlust > Haft einlage	Kapitalverlust ≤ geleistete Einlage	Kapitalverlust > geleistete Einlage
Verlustausgleich bis maximal zur Haft einlage	Verlustausgleich bis zur Haft einlage und verrechenbarer Verlust darüber hinaus	Verlust- ausgleich bis maximal zur geleisteten Einlage	Verlustausgleich bis maximal zur geleisteten Einlage und erweiterter Verlustausgleich bis zur Haft einlage

Tabelle 5: Prüfschema § 15a EStG

Die steuerlichen Beschränkungen der Anwendung des § 15a EStG sind grundsätzlich von der Höhe des Kapitalkontos und der Außenhaftung bzw. Haft einlage des beschränkt haftenden Gesellschafters gemäß § 171 Abs. 1 HGB abhängig. Demnach werden in der Tabelle 5 grundlegend die Konstellationen, das Kapitalkonto entspricht der Höhe der Haft einlage und die Haft einlage überschreitet die geleistete Einlage bzw. Höhe des Kapitalkontos, unterschieden. Die Regelung des § 15a EStG greift in das in Kapitel 4.1 beschriebene und in den Erläuterungen zu Tabelle 4 dargestellte Konzept von Verlustzuweisungsgesellschaften ein, Verluste über die Haft einlage oder das Kapitalausfallrisiko hinausgehend geltend machen zu können.

Wurde die Haft einlage bereits vollständig geleistet, ist gemäß § 15a Abs. 1 Satz 1 EStG ein steuerlicher Verlustausgleich bis maximal zur Haft einlage möglich. Entsteht darüber hinaus ein negatives Kapitalkonto oder erhöht sich der negative Betrag des Kapitalkontos durch die Zurechnung des Anteils am Verlust der Gesellschaft, ist der Ergebnisanteil, der zur Entstehung oder Erhöhung des negativen Kapitalkontos geführt hat, gemäß § 15a Abs. 2 EStG nur noch mit positiven Ergebnisanteilen der Beteiligung verrechenbar (sogenannter verrechenbarer Verlust). 15a EStG führt dann zu einem Ausschluss der negativen Einkünfte von einem horizontalen und vertikalen

²⁷⁶ Vgl. Heuermann (2012), § 15a EStG, Rn. 33.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Verlustausgleich sowie zu einem Ausschluss der Verlustverrechnung gemäß § 10d EStG. Dadurch entfällt allerdings auch eine Beschränkung durch die Mindestbesteuerung, so dass eine einkunftsquellenbezogene Verrechnung ohne weitere Beschränkung möglich ist.²⁷⁷

Für den Fall, dass die Höhe der Haftenlage die Höhe der bislang geleisteten Einlage übersteigt, steht dem Steuerpflichtigen gemäß § 15a Abs. 1 S. 2 EStG, unabhängig vom Entstehen eines negativen Kapitalkontos, ein sogenannter erweiterter Verlustausgleich bis zur Höhe der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme zu. Der erweiterte Verlustausgleich wird durch die Regelung des § 10d EStG beschränkt.²⁷⁸

Führen Entnahmen oder Einlagenminderungen ohne Haftungserweiterung zur Entstehung oder Erhöhung eines negativen Kapitalkontos, hat der Steuerpflichtige gemäß § 15a Abs. 3 S. 1, 2 EStG in Höhe der Entnahme bzw. der Einlageminderung einen fiktiven Gewinn zu versteuern. Dieser darf den Betrag der ausgeglichenen Verlustanteile des Steuerpflichtigen des entsprechenden Jahres und der zehn vorangegangenen Wirtschaftsjahre nicht übersteigen. Auch bei einer Haftungsminderung ist der Betrag der ausgleichsfähigen Verlustanteile des Jahres der Minderung sowie der zehn vorangegangenen Jahre gemäß § 15a Abs. 3 S. 3, 4 EStG als Gewinn zu versteuern. Die in dieser Form versteuerten Gewinne mindern die im Rahmen der Beteiligung zukünftig entstehenden Gewinne.²⁷⁹

Nachträgliche Einlagen führen gemäß § 15a Abs. 1a EStG grundsätzlich nicht zu einer nachträglichen Ausgleichsfähigkeit eines bestehenden verrechenbaren Verlusts.²⁸⁰ Ein sofortiger Verlustausgleich mit einer nachträglich geleisteten Einlage ist nur mit einem im Jahr der Einlage entstandenen Verlust möglich. Ferner ist ein Ausgleich vorgesehen, soweit durch die Einlage ein positives Kapitalkonto entsteht. Durch diese Form der Beschränkung können ungenutzt bleibende Einlagen erst bei Ausscheiden des Mitunternehmers oder einer Liquidation der Mitunternehmerschaft berücksichtigt werden.²⁸¹ Bestehende verrechenbare Verluste können dann in Höhe der bislang nicht genutzten nachträglichen Einlagen zum Verlustausgleich verwendet werden. Diese Veränderung des § 15a EStG betrifft Einlagen, die nach dem

²⁷⁷ Vgl. *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 100-110.

²⁷⁸ Vgl. *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 120-137.

²⁷⁹ Vgl. *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 150-173.

²⁸⁰ Vgl. zu den Änderungen im Detail *Wendt* (2009), § 15a EStG, JK 09 J 08-7 - J 08-12; *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rz. 50-60; *Kaligin* (2013), § 15a EStG, Rz. 137-146; *Friedberg* (2015), S. 105 ff.

²⁸¹ Vgl. *Wendt* (2009), § 15a EStG, JK 09 J 08-5

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

24.12.2008 geleistet werden. Für Einlagen vor diesem Datum sah die Vorschrift des § 15a EStG die Bildung eines Korrekturpostens vor.²⁸²

Bei einer nachträglichen Haftungserweiterung ergibt sich keine Veränderung in Bezug auf die zu diesem Zeitpunkt bereits bestehenden verrechenbaren Verluste. Bei einer entgeltlichen Veräußerung eines Kommanditisten mit negativem Kapitalkonto wird dieses bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns berücksichtigt. So entsteht beim ausscheidenden Kommanditisten ein Veräußerungsgewinn in Höhe des durch den Erwerber übernommenen negativen Kapitalkontos und eines darüber hinaus gezahlten Entgelts. Der Erwerber hat in Höhe des negativen Kapitalkontos und des gezahlten zusätzlichen Entgelts Anschaffungskosten anzusetzen.²⁸³

Bei einem Wechsel des Gesellschafterstatus von Kommanditist und Komplementär ergeben sich die Rechtsfolgen hinsichtlich der Verlustverrechnung unter Bezugnahme auf das Datum des entsprechenden Gesellschafterbeschlusses.²⁸⁴ Eine Umqualifizierung von bisher nur verrechenbaren Verlusten in ausgleichsfähige Verluste unterbleibt dabei.²⁸⁵ § 15a EStG geht als „Lex Specialis“ der allgemeinen Verlustverrechnungsnorm des § 10d EStG vor.²⁸⁶ Die Vorschrift ist subsidiär zu § 15b EStG anzuwenden.²⁸⁷

Es lässt sich festhalten, dass sich der Umfang der steuerlichen Verlustverrechnung zum einen am Kapitalkonto und zum anderen am Umfang der Außenhaftung orientiert. Das Kapitalkonto setzt sich zusammen aus der geleisteten Einlage, Gewinnen und Verlusten und Entnahmen und wird jeweils zum Bilanzstichtag ermittelt.²⁸⁸ Diese Maßgrößen dienen demnach aus gesetzgeberischer Sicht als Konkretisierung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Sinne des § 15a EStG. Das im Rahmen der Vorschrift zu betrachtende Kapitalkonto ist das steuerbilanzielle Kapitalkonto zuzüglich der Ergebnisse aus einer etwaigen Ergänzungsbilanz.²⁸⁹ Die Ergebnisse der Sonderbilanz werden in die Ermittlung des steuerlichen Kapitalkontos nicht einbezogen.²⁹⁰

²⁸² Vgl. *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rz. 53-58; *Lüdemann* (2011), § 15a EStG, Rz. 130a, weiterführende Informationen bei *Rogall* (2004), S. 1819-1823.

²⁸³ Vgl. *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 214 ff.

²⁸⁴ Vgl. *Brandenberg* (2004), S. 1633 f.

²⁸⁵ Vgl. *Lüdemann* (2011), § 15a EStG, Anm. 73.

²⁸⁶ Vgl. *Sureth/Kopplin* (2010), S. 499.

²⁸⁷ Vgl. *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 9.

²⁸⁸ Vgl. *Nestler* (2006), S. 51; *Lüdemann* (1998), S. 128.

²⁸⁹ Vgl. *Kahle* (2010), S. 773 f.

²⁹⁰ Vgl. *Wacker* (2016), § 15a, Rz. 83; *Lüdemann* (2011), § 15a EStG, Anm. 82.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

§ 15a EStG ist durch das Gesetz zur Änderung des EStG, des KStG und anderer Gesetze vom 20.8.1980, BGBl. 1980 I S. 1545/BStBl. 1080 I S. 589, in Kraft getreten und findet, abgesehen von zahlreichen zeitlichen Sonderregelungen, grundsätzlich Anwendung auf alle ab dem 01.01.1985 entstandenen Verluste.²⁹¹ Mit dem Jahressteuergesetz 2009 vom 19.12.2008, BGBl. I 2008, 2794, erfolgte die derzeit letzte Veränderung der Vorschrift in Form des Verbots der Ausgleichs- oder Abzugsfähigkeit nachträglicher Einlagen durch Einfügung des § 15a Abs. 1a EStG.²⁹² Die Entwicklung und Veränderung der Vorschrift im Zeitablauf sind in Tabelle 6 zusammengefasst.

Jahr	Vorschrift	Anmerkungen
1980	§ 15a EStG	Einführung des § 15a EStG: Möglichkeit, Verluste mit anderen positiven Einkünften zu verrechnen, soll bei beschränkt haftenden Unternehmen auf den Haftungsbetrag begrenzt werden. Weitergehende Verluste sollen in den folgenden Jahren nur mit Gewinnen aus der Einkunftsquelle verrechnet werden dürfen, aus der die Verluste stammen. ²⁹³
1985	§ 15a EStG	Einbezug der Partenreederei mit beschränkter Haftung in § 15a Abs. 5 EStG; Änderung der Übergangsvorschriften für Seeschiffahrt und den sozialen Wohnungsbau ²⁹⁴
1986	§ 15a Abs. 4 EStG	Ergänzung der verfahrensrechtlichen Vorschriften des § 15a Abs. 4 EStG ²⁹⁵
1990	§ 15a EStG	Verlängerung der Übergangsregelung für den Bereich des öffentlich geförderten Wohnungsbaus um 5 Jahre ²⁹⁶
1997		Beschränkung des § 15a EStG für den Bereich der Schiffsfahrtbeteiligungen auf vor dem 25.04.1996 abgeschlossene Schiffsbauverträge ²⁹⁷

²⁹¹ § 15a EStG war bereits für nach dem 31.12.1979 beginnende Wirtschaftsjahre anwendbar, jedoch bestand bis zum 01.01.1985 eine Übergangsregelung für sogenannte Altgesellschaften (vgl. *Lüdemann* (2011), § 15a EStG, Anm. 2; *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 39 ff.).

²⁹² Vgl. *Wendt* (2009), § 15a EStG, JK 09 E1.

²⁹³ Vgl. Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 20.08.1980, BGBl. I 1980, S. 1525; *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 2.

²⁹⁴ Vgl. StBerG 1985 vom 14.12.1984, BGBl. I 1984, S. 1493; *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 2.

²⁹⁵ Vgl. StBerG 1986 vom 19.12.1985, BGBl. I 1985, S. 2436, *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 2.

²⁹⁶ Vgl. Steuerreformgesetz 1990 vom 25.07.1988, BGBl. I 1988, S. 1093, *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 2.

²⁹⁷ Vgl. JStG 1997 vom 20.12.1996, BGBl. I 1996, S. 2049, *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 2.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Jahr	Vorschrift	Anmerkungen
2009	§ 15a Abs. 1a EStG wurde eingeführt	Bei einem negativen Kapitalkonto sollen Einlagen nur insoweit zu einem Verlustausgleich führen, als es sich um Verluste des Wirtschaftsjahres der Einlage handelt. ²⁹⁸

Tabelle 6: Historische Entwicklung § 15a EStG

Tabelle 6 zeigt, dass sich in den vergangenen Jahren keine größeren Veränderungen der Vorschrift ergeben haben. Die erfolgten Veränderungen sind eher als „Formung“ der Vorschrift zu verstehen.

Begründet wird die Einführung von § 15a EStG seitens des Gesetzgebers mit einer Besteuerung nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip,²⁹⁹ einer Verknüpfung der steuerlichen Verlustverrechnung mit dem Haftungsumfang und einer Eindämmung der Steuersparbranche bzw. der Verlustzuweisungsgesellschaften.³⁰⁰ Welcher Aspekt dabei letztlich im Vordergrund steht, wird nicht explizit deutlich. Zum Teil wird die Eindämmung der Steuersparbranche im Vordergrund gesehen und die Anwendung der Vorschrift auch auf die anderen Personengesellschaften als nicht vermeidbarer Effekt eingeschätzt.³⁰¹ Zum Teil wird allerdings auch die Einschätzung verfolgt, dass § 15a EStG eine Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sicherstellt, die hinsichtlich der Verlustverrechnung von Personengesellschaften bis dahin nicht geregelt war.³⁰²

§ 15a EStG wurde bisher als verfassungsgemäß beurteilt, dies insbesondere in Bezug auf dessen allgemeine Anwendung auf alle Personengesellschaften, die Beschränkung des erweiterten Verlustausgleichs auf die Haftung und die Behandlung nachträglich geleisteter Einlagen als nur verrechenbare Verluste.³⁰³ Gleichwohl besteht diesbezüglich zum Teil Uneinigkeit, und es wurde auch verfassungsrechtliche Kritik an § 15a Abs. 1a und Abs. 2 S. 3 EStG geübt.³⁰⁴

²⁹⁸ Vgl. JStG 2009 vom 19.12.2008, BGBl. I 2008, S. 2794, *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 2, *Altendorf* (2009), S. 11-17.

²⁹⁹ Vgl. *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 1.

³⁰⁰ Vgl. *Lüdemann* (1998), S. 79.

³⁰¹ Vgl. *Söffing* (1987), S. 283.

³⁰² Vgl. *Friele/Jarosch/Pietsch* (1985), Rz. 147; *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rz. 1.

³⁰³ Vgl. *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 32.

³⁰⁴ Vgl. *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 19, 28.

4.5 Gesetzlicher Regelungsinhalt des § 15b EStG (§ 2b EStG a. F.)

§ 15b EStG sieht eine Isolierung der im Rahmen von Steuerstundungsmodellen erzielten negativen Einkünfte vor. Steuerstundungsmodelle stellen eine Form von Verlustzuweisungsgesellschaften dar, wie in Kapitel 4.1 erläutert wurde, so dass die Vorschrift explizit auf die Beschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung von Verlustzuweisungsgesellschaften abzielt. § 15b EStG regelt, dass die Einkünfte von Steuerstundungsmodellen nur mit positiven Einkünften derselben Einkunftsquelle verrechnet werden dürfen. Damit entzieht § 15b EStG die Einkünfte aus Steuerstundungsmodellen einem Verlustausgleich gemäß § 10d EStG und schreibt für sie eine besondere Beschränkung der Verlustverrechnung vor.³⁰⁵ § 15b EStG ist am 01.01.2006 in Kraft getreten und entfaltet Gültigkeit für alle Steuerstundungsmodelle, deren Außenvertrieb nach dem 10.11.2005 begonnen wurde oder denen der Steuerpflichtige nach dem 10.11.2005 beigetreten ist. Anwendbar ist die Vorschrift auf Einkünfte aus Gewerbebetrieb und über entsprechende Verweise auf fast alle anderen Einkunftsarten. Über den Verweis in § 13 Abs. 7 EStG erfolgt eine Anwendung auf Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft, über § 18 Abs. 4 Satz 2 EStG auf Einkünfte aus selbständiger Arbeit, über § 20 Abs. 2b EStG³⁰⁶ auf Einkünfte aus Kapitalvermögen, über § 21 Abs. 1 Satz 2 EStG auf Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung und über § 22 Nr. 1 Satz 1 EStG auch auf die sonstigen Einkünfte, wobei hier nur ein Bezug zu den von Nr. 1 erfassten wiederkehrenden Bezügen hergestellt wird. Eine explizite Anwendung von § 15b EStG ist insbesondere für Gamefonds, Medienfonds, New Energy Fonds und geschlossene Immobilienfonds vorgesehen. Fonds bezeichnen einen bestimmten Geldvorrat oder ein Sondervermögen, das zur Finanzierung bestimmter Zwecke verwendet wird. Es wird zwischen sogenannten geschlossenen und sogenannten offenen Fonds unterschieden. Fonds in der Form von Kapitalgesellschaften werden als offene Fonds, Fonds in der Form von Personengesellschaften als geschlossene Fonds bezeichnet. § 15b EStG findet nur auf geschlossene Fonds Anwendung.³⁰⁷ Des Weiteren ist § 15b EStG auch bei Einzelinvestitionen mit entsprechend modellhafter Gestaltung anzuwenden, bei denen zu der Hauptleistung Zusatz- und Nebenleistungen, wie z. B. Mietgarantien,

³⁰⁵ Da sich die folgenden Ausführungen auf die aktuelle Gesetzeslage beziehen, bleibt die Betrachtung des § 2b EStG a. F. hier weitgehend ausgeklammert.

³⁰⁶ Zunächst wurde § 15b EStG über den Verweis in § 20 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2 EStG nur auf negative Einkünfte im Rahmen der Anteile eines stillen Gesellschafters bezogen, die Anwendung aber rückwirkend auf sämtliche Einkünfte aus Kapitalvermögen ausgeweitet (vgl. *Kaeser* (2009), § 15b EStG, Rn. C66).

³⁰⁷ Vgl. *Heuermann* (2012), § 15b EStG, Rz. 17.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

die Übernahme der Finanzierung oder eine Bürgschaft für die Endfinanzierung, kommen.³⁰⁸

§ 15b EStG findet über § 8 Abs. 1 KStG i. V. m. § 15b EStG sowohl Anwendung bei natürlichen Personen als auch bei Körperschaften.³⁰⁹ Über § 7 Satz 1 GewStG ist die Beschränkung des § 15b EStG auch im Rahmen der Gewerbesteuer anwendbar.³¹⁰

Ob negative Einkünfte vorliegen, die zu einer Anwendung des § 15b EStG führen, kann nach dem in Tabelle 7 dargestellten Prüfschema ermittelt werden.

<i>Einkunfts- bzw. Gewinnerzielungsabsicht?</i>	
<i>Ja</i>	
↓	
<i>Steuerstundungsmodell ?</i>	
<i>Ja</i>	<i>Prüfungskriterien:</i>
	<i>Modellhafte Gestaltung?</i> - Gesamtobjekte und ähnliche Modelle - Bereitstellung von Haupt-, Zusatz- bzw. Nebenleistungen
	<i>Vorgefertigtes Konzept?</i> - Indiz: Anlegerkonzept/Vermarktungsunterlagen
	<i>Gleichgerichtete Leistungsbeziehungen?</i> - Indiz: gleichartige Verträge mit mehreren identischen Vertragsparteien
↓	
<i>Steuerlicher Vorteil in Form negativer Einkünfte ?</i>	
<i>Ja</i>	<i>Prognostizierte Verluste innerhalb Anfangsphase > 10% des eingesetzten, gezeichneten oder aufzubringenden Eigenkapitals</i>
↓	
<i>Anwendung § 15b EStG:</i> Verluste können nur mit künftigen Gewinnen derselben Einkunftsquelle verrechnet werden	

Tabelle 7: Prüfschema § 15b EStG

³⁰⁸ Vgl. Heuermann (2012), § 15b EStG, Rz. 18-19; Seeger (2016), § 15b EStG, Rz. 12; auch bestätigt durch BFH-Urteil vom 17.01.2017, VIII R 7/13.

³⁰⁹ Vgl. Kaligin (2006), S. 378; Stenz (2010), S. 16.

³¹⁰ Vgl. Kaeser (2009), § 15b EStG, Rn. A 34.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Wie Tabelle 7 zeigt, ist für die Anwendung des § 15b EStG in einem ersten Schritt zu klären, ob im Rahmen des Investments eine Einkunfts- bzw. Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Falls diese nicht gegeben ist, scheidet eine Anwendung des § 15b EStG grundsätzlich aus. Sofern eine Einkunfts- bzw. Gewinnerzielungsabsicht vorliegt, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ein Steuerstundungsmodell gemäß der Definition des § 15b EStG vorliegt. Ein Steuerstundungsmodell ist dann gegeben, wenn eine modellhafte Gestaltung, ein vorgefertigtes Konzept und gleichgerichtete Leistungsbeziehungen bestehen.³¹¹ Ein vorgefertigtes Konzept soll in der Regel bei Vorhandensein von Vermarktungsunterlagen, z. B. in Form von Anlegerprospekten oder Ähnlichem, vorliegen. Unter gleichgerichteten Leistungsbeziehungen werden gleichartige Verträge, die mit mehreren identischen Vertragsparteien abgeschlossen werden, gefasst.³¹² Als Kriterium für eine Modellhaftigkeit wird auch die Bereitstellung eines Bündels an Haupt-, Zusatz und Nebenleistungen gesehen.³¹³ Liegt ein Steuerstundungsmodell vor, schließt sich die Prüfung eines etwaig vorhandenen Steuervorteils in Bezug auf die negativen Einkünfte an. Ein solcher Steuervorteil wäre dann gegeben, wenn die prognostizierten Verluste innerhalb der Anfangsphase, das heißt, der Phase vor einer nachhaltigen Gewinnerzielung, mehr als 10% des eingesetzten, gezeichneten oder aufzubringenden Kapitals ausmachen.³¹⁴ In Folge des Überschreitens der vorgenannten Grenze kommt es zur Anwendung des § 15b EStG, so dass die entstandenen steuerlichen Verluste nur mit künftigen Gewinnen derselben Einkunftsart verrechnet werden können.

Besonderheiten der Regelung ergeben sich bei der Anwendung des § 15b EStG auf mehrstöckige Konzepte, da nicht eindeutig geklärt ist, ob die Anwendung des § 15b EStG auf Unter- und Obergesellschaft getrennt zu erfolgen hat oder die Anwendung der Verrechnungsbeschränkung auf der einen Ebene Folgen für die andere Ebene impliziert.³¹⁵

§ 15b EStG setzt der steuerlichen Verlustverrechnung bei sogenannten Steuerstundungsmodellen besondere Grenzen und ersetzt die Regelung des § 2b EStG.³¹⁶ Die Entwicklung und Veränderung der beiden Vorschriften im Zeitablauf sind der Tabelle 8 zu entnehmen.

³¹¹ Vgl. BMF-Schreiben vom 17.07.2007, IV B 2 – S 2241-b/07/0001, BStBl. 2007 I S. 542 ff., Rz. 8.

³¹² BMF-Schreiben vom 17.07.2007, IV B 2 – S 2241-b/07/0001, BStBl. 2007 I S. 542 ff., Rz. 11.

³¹³ BMF-Schreiben vom 17.07.2007, IV B 2 – S 2241-b/07/0001, BStBl. 2007 I S. 542 ff., Rz. 8.

³¹⁴ Vgl. *Seeger* (2016), § 15b EStG, Rz. 16, 17.

³¹⁵ Vgl. *Kaeser* (2009), §§ 15b EStG, Rn. C22; *Seeger* (2016), § 15b EStG, Rz. 11.

³¹⁶ § 2b EStG wurde rückwirkend zum 10.11.2005 außer Kraft gesetzt, § 15b EStG ersetzte die Vorschrift damit zeitlich lückenlos (vgl. *Kaeser* (2009), § 15b EStG, Rn. A48).

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Jahr	Vorschrift	Anmerkungen
1999	§ 2b EStG	Einführung des § 2b EStG ³¹⁷
2005	§ 15b EStG	Einführung des § 15b EStG: Voraussetzungen des § 15b EStG sind deutlich strenger gefasst, als die des § 2b EStG (Verlустаusgleich ist nur mit positiven Einkünften derselben Einkunftsart zulässig). ³¹⁸
2013	§ 15b Abs. 3a EStG	Erweiterung des Geltungsbereichs der Vorschrift auf besondere Steuerstundungsmodelle ³¹⁹

Tabelle 8: Historische Entwicklung § 15b EStG/§2b EStG a. F.

Wie Tabelle 8 verdeutlicht, ergibt sich hinsichtlich der Vorschrift des § 15b EStG bzw. § 2b EStG a. F. eine im Vergleich zu anderen Vorschriften sehr kurze Historie. Auch Veränderungen der Regelung haben sich im Zeitablauf kaum bzw. nur durch eine Anpassung des Anwendungsbereichs im Jahr 2013 ergeben.

Mit prognostizierten Steuermehreinnahmen in Höhe von rund 8,575 Milliarden EUR bis einschließlich 2010 sah der Gesetzgeber die Einführung des § 15b EStG als alternativlose, wirkungsvolle Möglichkeit, die Attraktivität von Steuerstundungsmodellen einzuschränken.³²⁰ Die Entscheidung für eine solche präventive Maßnahme wurde mit einer angestrebten Beendigung der Förderung volkswirtschaftlich fragwürdiger Steuersparmodelle und dem Ziel, Anreize zu mehr Rentabilität zu setzen, die letztlich zu mehr Steuergerechtigkeit führen soll, begründet.³²¹ Durch den weit gefassten Anwendungsbereich der Vorschrift sollten des Weiteren Umgehungsgestaltungen vermieden und damit die Gleichmäßigkeit der Besteuerung gewährleistet werden.³²² Der Gesetzgeber zielt mit der Vorschrift auf die Sanktionierung bestimmter Steuer-gestaltungen ab, bei denen durch eine Verrechnung von anfänglichen hohen negativen Einkünften mit anderen positiven Einkünften im Rahmen der Grundsätze des § 10d EStG eine Besteuerung unterbleibt. Die potentielle Verrechnung der negativen Einkünfte wird seitens des Gesetzgebers als steuerlicher Vorteil gewertet,

³¹⁷ Vgl. Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.03.1999, BGBl. I 1999, S. 402, *Stenz* (2010), S. 59.

³¹⁸ Vgl. Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen vom 22.12.2005, BGBl. I 2005, S. 3683, *Stenz* (2010), S. 14.

³¹⁹ Vgl. AIFM-StAnpG vom 18.12.2013, BGBl. I 2013, S. 4318, *Heuermann* (2014), § 15b EStG, Rn. 6.

³²⁰ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, S. 1.

³²¹ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, S. 4.

³²² Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, S. 4.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

der zu erheblichen Steuerausfällen führt.³²³ Unter dem Begriff eines Steuerstundungsmodells sind Modelle zu verstehen, die den steuerlichen Vorteil der Verlustzuweisung in Form einer Stundung der Steuerzahlung aufweisen. Ein Steuerstundungsmodell im Sinne des § 15b EStG ist nicht gleichsetzbar mit den in Kapitel 4.1 beschriebenen Verlustzuweisungsgesellschaften. Der BFH hat mit seinem Urteil vom 06.02.2014, IV R 59/10, die Verfassungsmäßigkeit der Regelung des § 15b EStG in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal einer "modellhaften Gestaltung" grundsätzlich bejaht.

Das Ziel einer Einschränkung der Verlustverrechnung von Steuersparmodellen wurde vor Einführung des § 15b EStG bereits durch § 2b EStG a. F. verfolgt.³²⁴ § 2b EStG wurde geschaffen, da (scheinbar) mit § 15a EStG nicht sämtliche Gestaltungsmodelle zu erreichen waren. So erfasst § 15a EStG zum Beispiel nicht das Sonderbetriebsvermögen und erlaubt zum Beispiel eine Verrechnung von Verlusten bei positiven Einkünften aus einer Veräußerung der Gesellschaftsanteile. Ein wesentlicher Unterschied in der Zielrichtung der Vorschriften § 15b EStG und § 2b EStG a. F. ergab sich dadurch, dass § 2b EStG auf einen sich aus der Einkunftsquelle des Modells ergebenden steuerlichen Vorteil abzielt, § 15b EStG dagegen auf einen bestimmten Steuervorteil in Form einer Verrechnung von Verlusten aus dem Steuerstundungsmodell mit sonstigen Einkünften fokussiert ist.³²⁵ Der steuerliche Vorteil im Sinne des § 2b EStG bestand darin, dass den Kapitalanlegern Steuerminderungen durch Verlustzuweisungen in Aussicht gestellt wurden und die Nachsteuerrendite des Anlagekonzeptes mehr als das Doppelte der Vorsteuerrendite betrug.³²⁶ So verschieden die Detailregelungen zum Teil auch sein mögen, geht es dem Gesetzgeber letztendlich mit beiden Vorschriften um die Einschränkung von Gestaltungen, die durch Zuweisung hoher negativer Einkünfte und entsprechender Verrechnung dieser mit anderen positiven Einkünften eine sofortige Besteuerung der positiven Einkünfte beim Anleger vermeiden.³²⁷ Durch diese Verrechnung scheinen sich für den Anleger steuerliche Vorteile zu ergeben, die gesetzgeberisch nicht erwünscht sind. Die Höhe des aus der Verrechnung resultierenden möglichen

³²³ Vgl. BMF-Schreiben vom 17.07.2007, IV B 2 – S 2241-b/07/0001, BStBl. 2007 I S. 542 ff., Rz. 12.

³²⁴ Vgl. Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drs. 14/443 vom 03.03.1999, S. 20.

³²⁵ Vgl. *Lüdicke/Naujok* (2006), S. 745.

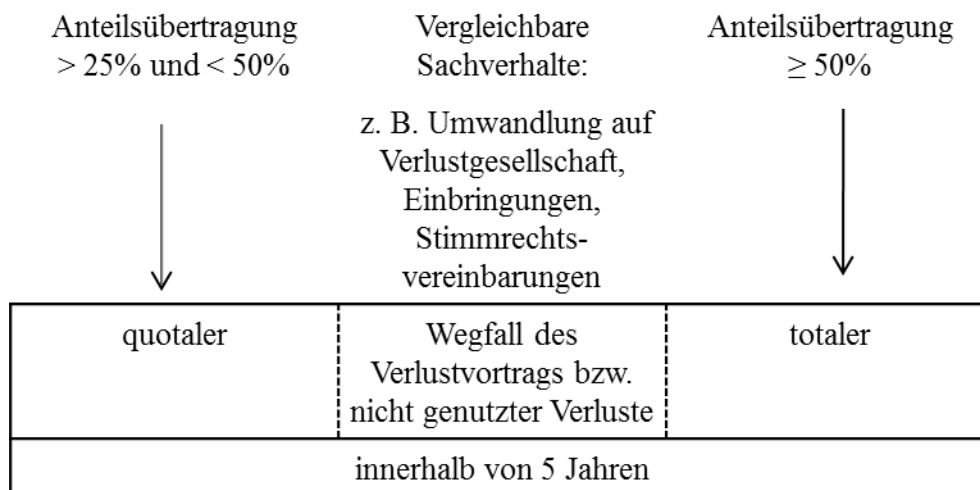
³²⁶ Vgl. Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drs. 14/443 vom 03.03.1999, S. 20.

³²⁷ Vgl. Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drs. 14/443 vom 03.03.1999, S. 20; Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, S. 1, 4, 6.

steuerlichen Vorteils variiert in Abhängigkeit von der Konzeption der jeweiligen Gesellschaft.³²⁸

4.6 Gesetzlicher Regelungsinhalt des § 8c KStG (§ 8 Abs. 4 KStG a. F.)

Im Rahmen von § 8c KStG wird geregelt, dass der steuerliche Verlustvortrag einer Kapitalgesellschaft bei bestimmten Veränderungen auf der Anteilseignerebene entfällt. Die schematische Anwendung des § 8c KStG zeigt Abbildung 7.



Ausnahmen:

- Zulässiger Verlustabzug, soweit dieser auf steuerpflichtige Reserven des steuerpflichtigen inländischen Betriebsvermögens entfällt
 - Konzerninterne Übertragung
 - Fortführungsgebundener Verlustvortrag
 - (Sanierungsfälle)
 - (Wagnisgesellschaften)

Abbildung 7: Prüfschema § 8c KStG

Wie Abbildung 7 verdeutlicht, kommt es gemäß § 8c Abs. 1 S. 1 KStG zu einem quotalen Wegfall eines Verlustvortrags, wenn mehr als 25% der Anteile an der Kapitalgesellschaft an einen neuen Anteilseigner veräußert werden oder ein vergleichbarer Vorgang stattfindet (sogenannter schädlicher Beteiligungserwerb). Ein steuerlicher Verlustvortrag entfällt gemäß § 8c Abs. 1 S. 2 KStG in vollem Umfang,

³²⁸ Vgl. für eine Unterscheidung Kapitel 4.1.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

sofern eine Anteilsveräußerung von mehr als 50% der Anteile oder ein vergleichbarer Vorgang erfolgt.³²⁹

Ein steuerlicher Verlust kann jedoch insoweit geltend gemacht werden, als zum Zeitpunkt des schädlichen Beteiligungserwerbs stille Reserven vorliegen.³³⁰ Durch Einfügung einer sogenannten Konzernklausel in Form des § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG bleibt ein steuerlicher Verlustvortrag außerdem grundsätzlich erhalten, sofern an dem übertragenden und an dem übernehmenden Unternehmen jeweils dieselbe Person unmittelbar und mittelbar zu 100% beteiligt ist.³³¹ Kurzzeitig sah gemäß § 8c Abs. 1 a KStG a. F. eine sogenannte Sanierungsklausel vor, dass ein steuerlicher Verlustvortrag im Rahmen von Sanierungen auch im Falle von schädlichen Beteiligungserwerben erhalten blieb.³³² Nach Einleitung eines förmlichen Prüfverfahrens durch die EU-Kommission wurde diese Möglichkeit mit BMF-Schreiben vom 30.04.2010 für nicht mehr anwendbar erklärt.³³³

Wie bereits in den Kapiteln 1-3 erwähnt, hat der Gesetzgeber im Dezember 2016 in Form eines „fortführungsgebundenen Verlustvortrags“ eine weitere, umfangreiche Ausnahmeregelung bei der Anwendung des § 8c KStG implementiert.³³⁴ Der neue § 8d KStG ist rückwirkend ab dem 01.01.2016 anwendbar und sieht vor, dass ein steuerlicher Verlustvortrag auch bei Vorliegen eines schädlichen Beteiligungserwerbs nach § 8c KStG nutzbar bleiben kann. Dazu ist es erforderlich, dass der Geschäftsbetrieb der Kapitalgesellschaft in den letzten drei Jahren vor dem Wirtschaftsjahr, in das der schädliche Beteiligungserwerb fällt, ununterbrochen betrieben wird und nach dem Anteilseignerwechsel weiterhin aufrechterhalten bleibt. Darüber hinaus darf kein einstellungsgleiches Ereignis gemäß § 8d Abs. 2 KStG eintreten.³³⁵ Ein einstellungsgleiches Ereignis liegt beispielsweise dann vor, wenn es zu einem Branchenwechsel kommt, ein zusätzlicher Geschäftsbetrieb aufgenommen wird, eine Beteiligung an einer Mitunternehmerschaft erfolgt, die Stellung als Organträger eingenommen wird oder Wirtschaftsgüter unter dem gemeinen Wert übertragen werden.³³⁶ § 8d Abs. 1 Satz 3 KStG definiert den Geschäftsbetrieb als „die von einer einheitlichen Gewinnerzielungsabsicht getragenen, nachhaltigen, sich gegenseitig ergänzenden und

³²⁹ Vgl. *Lang* (2010), § 8c KStG, Rz. 17 ff.

³³⁰ Vgl. weiterführende Ausführungen bei *Brinkmann* (2011), S. 94-101; *Rödler/von Freeden* (2010), S. 551-555; *Suchanek/Jansen* (2011), S. 174-178; *Wagner* (2010), S. 2751-2757.

³³¹ Vgl. *Neyer* (2010a), S. 1132-1139; *Neyer* (2010b), S. 1055-1063

³³² Vgl. dazu z. B. *von Wilcken* (2016), S. 997, 998; *Ernst* (2011), S. 51 ff.

³³³ Vgl. BMF-Schreiben vom 30.04.2010, IV C 2 - S 2745-a/08/10005:002[2010/0332067].

³³⁴ Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften vom 20.12.2016, BGBl. I 2016, S. 2998.

³³⁵ Vgl. *Brinkmeier* (2016), S. 378

³³⁶ Vgl. *Brinkmeier* (2016), S. 379; *Förster/von Cölln* (2017), S. 8; *Lang* (2017), § 8d KStG, Rz. 242.

fördernden Betätigungen einer Körperschaft“. Dabei erfolgt gemäß § 8d Abs. 1 Satz 4 KStG eine Gesamtbetrachtung der qualitativen Merkmale, die gemäß § 8d Abs. 1 Satz 5 KStG insbesondere in Form der angebotenen Dienstleistungen, Produkte, dem Kunden- und Lieferantenkreis sowie den bedienten Märkten und der Qualifikation der Arbeitnehmer gesehen werden. Die Auslegung soll normspezifisch vorgenommen werden und ist nicht mit gleichlautenden Begriffen anderer Normen identisch.³³⁷ Die Anwendung des § 8d KStG stellt ein Wahlrecht dar und ist antragsgebunden.³³⁸ Rechtsfolge des § 8d KStG ist eine Nichtanwendung von § 8c KStG. Es erfolgt stattdessen die Feststellung eines fortführungsgebundenen Verlustvortrags, der in Folgejahren vorrangig vor einem Verlustvortrag gemäß § 10d EStG berücksichtigt wird. Mit § 8d KStG entsteht insofern ein alternatives Verlustverrechnungssystem, das bei Erfüllung der entsprechenden Tatbestandsvoraussetzungen an die Stelle der Anwendung von § 8c KStG rückt.

Sofern durch die Anwendung der Mindestbesteuerung gemäß § 10d EStG eine steuerliche Verlustverrechnung eingeschränkt wurde und der nunmehr verbleibende Verlustvortrag im Rahmen der Anwendung des § 8c KStG entfallen würde, kann dessen Anwendung derzeit auf Grundlage der BFH-Rechtsprechung ausgesetzt werden.³³⁹ Die aktuelle Regelung zum Wegfall eines Verlustvortrags bei Veränderungen auf der Anteilseignerebene unterscheidet demnach nicht mehr zwischen Mantelkäufen und anderen Anteilserwerben.

Bis zum 31.12.2007 sah § 8 Abs. 4 KStG a. F. im Unterschied zur Vorschrift des § 8c KStG vor, dass eine Übertragung eines steuerlichen Verlustvortrags auf den Anteilserwerber grundsätzlich möglich ist, sofern bestimmte Kriterien erfüllt sind.³⁴⁰ Ein steuerlicher Verlustvortrag entfiel demnach nur dann, wenn der Übertragungsvorgang die im Rahmen der Vorschrift aufgeführten Kriterien für einen Mantelkauf erfüllte. Gemäß § 8 Abs. 4 KStG a. F. lag ein für die Übertragung des Verlustvortrags schädlicher Mantelkauf vor, sofern die wirtschaftliche und rechtliche Identität der Kapitalgesellschaft nach der Anteilsübertragung nicht mehr gegeben war. § 8 Abs. 4 KStG a. F. konkretisierte einen Wegfall der rechtlichen Identität als eine Übertragung von mehr als 50% der Anteile oder als einen dazu vergleichbaren Vorgang. Ein Wegfall der wirtschaftlichen Identität wurde als Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen in die Verlustgesellschaft definiert.³⁴¹ Gemäß § 8 Abs. 4 Satz 3 KStG a. F. sah eine Sanierungsklausel vor, dass ein Verlustvortrag auch bei

³³⁷ Vgl. *Lang* (2017), § 8d KStG, Rz. 240, 241; *Förster/von Cölln* (2017), S. 8, 10, 11.

³³⁸ Vgl. *Förster/von Cölln* (2016), S. 9.

³³⁹ Vgl. BFH-Urteil vom 26.08.2010, I B 49/10; *Lindner* (2010), S. 3133-3135.

³⁴⁰ Gemäß § 34 Abs. 6 S. 4 KStG ist eine Übergangsregelung in Bezug auf die Anwendung des § 8 Abs. 4 KStG a. F. neben der Regelung des § 8c KStG zu berücksichtigen (vgl. *Frotscher* (2009), § 8c KStG, Rz. 16).

³⁴¹ Vgl. *Dötsch* (1999), S. 4-10; *Hörger/Endres* (1998), S. 335-337; *Schloßmacher* (2004), § 8 Abs. 4 KStG, Rz. 445-469.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Vorliegen der Kriterien für einen Mantelkauf nicht entfällt, sofern die Anteilsübertragung im Rahmen einer Sanierung erfolgt. Dazu musste die Sanierungsbedürftigkeit und Sanierungseignung der Verlustgesellschaft und die Sanierungsabsicht des neuen Anteilseigners nachgewiesen werden. Der Geschäftsbetrieb der Verlustgesellschaft musste des Weiteren über mindestens fünf Jahre ohne größere Veränderungen fortgeführt werden. Es durfte zudem kein Branchenwechsel, keine übermäßige Sanierung und keine Einstellung des Geschäftsbetriebs mit anschließender Wiederaufnahme oder Neueröffnung erfolgen.³⁴²

Im Rahmen der von 1988 bis 1997 geltenden Fassung der Vorschrift des § 8 Abs. 4 KStG a. F. waren die Kriterien für das Vorliegen eines Mantelkaufs etwas verändert gefasst. Eine rechtliche Identität der Verlustgesellschaft war nach Übertragungsvorgängen von mehr als 75% der Anteile nicht mehr gegeben. Eine wirtschaftliche Identität der Verlustgesellschaft lag nach einem Übertragungsvorgang, bei dem eine Wiederaufnahme oder Fortführung des Betriebs mit überwiegend neuem Kapital erfolgte, nicht mehr vor. Des Weiteren sah die Fassung zwischen 1988 und 1997 keine Ausnahme bei Sanierungsvorgängen vor.³⁴³

Vor Einführung des § 8 Abs. 4 a. F. durch das Steuerreformgesetz 1990 vom 25.07.1988 war der Wegfall von steuerlichen Verlustvorträgen bei Mantelkäufen nicht gesetzlich kodifiziert. Die Rechtsprechung sah ab Ende des Jahres 1986 vor, dass ein Übergang des Verlustvortrags auf den neuen Anteilseigner nur bei einem rechtlichen Fortbestehen der Verlustgesellschaft erfolgen kann. Eine wirtschaftliche Identität wurde in dieser Zeit dagegen nicht vorausgesetzt.³⁴⁴

Die Rechtsprechung vor 1986 sah dagegen eine rechtliche und wirtschaftliche Identität der Verlustgesellschaft vor und hielt nach der Anteilsübertragung eine Fortführung des Verlustvortrags für erforderlich. Für eine Verlustübertragung wurde gefordert, dass das Betriebsvermögen und die Gesellschafter vor und nach der Anteilsübertragung weitgehend identisch sind. Ein unschädlicher Gesellschafterwechsel ergab sich gemäß Rechtsprechung aus dem Jahr 1973 allerdings dann, wenn wesentliches Vermögen nach der Anteilsübertragung bestehen bleibt.³⁴⁵

Die Veränderungen der Vorschriften zur Reglementierung von Mantelkäufen sind in der Tabelle 9 zusammengefasst.

³⁴² Vgl. *Dötsch* (1999), S. 10-14, *Hörger/Endres* (1998), S. 337-339; *Schloßmacher* (2004), § 8 Abs. 4 KStG, Rz. 470-489.

³⁴³ Vgl. *Thiel* (1990), S. 223 ff.; *Meyer-Scharenberg* (1994), S. 836 ff; *Schloßmacher* (2004), § 8 Abs. 4 KStG, Rz. 402.

³⁴⁴ Vgl. *Kudert/Saakel* (1988), S. 1230; *Feddersen* (1987), S. 1784 f.; *Meyer-Scharenberg* (1994), S. 833-835; *Schloßmacher* (2004), § 8 Abs. 4 KStG, Rz. 402.

³⁴⁵ Vgl. BFH-Urteil vom 19.12.1973, I R 137/71, BStBl. II 1974, S. 181; *Kudert/Saakel* (1988), S. 1229f.; *Feddersen* (1987), S. 1783 f.; *Meyer-Scharenberg* (1994), S. 831-833; *Schloßmacher* (2004), § 8 Abs. 4 KStG, Rz. 402.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Jahr	Vorschrift	Anmerkungen
Vor 1986	Nicht gesetzlich kodifiziert	Zivilrechtliche und wirtschaftliche Identität (wirtschaftliche Identität ungleich Übertragung von mehr als Dreiviertel der Anteile und Wiederaufnahme oder Fortführung des Betriebs mit überwiegend neuem Betriebsvermögen) ³⁴⁶
1986	Nicht gesetzlich kodifiziert	Beschränkung auf zivilrechtliche Identität (zivilrechtliches Fortbestehen der Kapitalgesellschaft); wirtschaftliche Identität nicht mehr erforderlich ³⁴⁷
1990	§ 8 Abs. 4 KStG	Zivilrechtliche und wirtschaftliche Identität (wirtschaftliche Identität ungleich Übertragung von mehr als Dreiviertel der Anteile und Wiederaufnahme des Betriebs nach Anteilsübertragung mit überwiegend neuem Betriebsvermögen) ³⁴⁸
1997	§ 8 Abs. 4 KStG	Zivilrechtliche und wirtschaftliche Identität (wirtschaftliche Identität ungleich Übertragung von mehr als der Hälfte der Anteile und Wiederaufnahme oder Fortführung des Betriebs nach Anteilsübertragung mit überwiegend neuem Betriebsvermögen); Besonderheiten bei Sanierungen: Sanierungsklausel ³⁴⁹
2008	§ 8c KStG	Einführung von § 8c KStG ³⁵⁰
2008	§ 8c Abs. 2 KStG	Ausnahmeregelung für Anteilserwerbe unter Beteiligung von Wagniskapitalbeteiligungsgesellschaften ³⁵¹
2008	§ 8c KStG	§ 8c KStG ist für den Erwerb von Beteiligungen durch den Finanzmarktstabilisierungsfonds und auf die Rückübertragung dieser Beteiligungen nicht anwendbar ³⁵²

³⁴⁶ Vgl. BFH-Urteil vom 15.02.1966 I 112/63, BStBl. III 1966, S. 289; BFH-Urteil vom 17. 05.1966 I 141/63, BStBl. III 1966, S. 513; BFH-Urteil vom 19. Dezember 1973 I R 137/71, BStBl. II 1974, S. 181.

³⁴⁷ Vgl. Änderung der BFH-Rechtsprechung durch diverse Urteile im Oktober 1986 (BFH-Urteil vom 29.10.1986, I R 202/82, BStBl. II 1987, S. 308, BFH-Urteil vom 29.10.1986, I R 318-319/83, BStBl. II 1987, S. 310, BFH-Urteil vom 29.10.1986, I R 271/83, BFH/NV 1987, S. 266).

³⁴⁸ Vgl. Steuerreformgesetz 1990 vom 25.07.1988, BGBl. I 1988, S. 1093.

³⁴⁹ Vgl. Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform (UnternehmensStRefG) vom 29.10.1997, BGBl. I 1997, S. 2590.

³⁵⁰ Vgl. Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007, BStBl. I 2007, S. 646.

³⁵¹ Vgl. Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) vom 12.08.2008, BGBl. I 2008, S. 1672.

³⁵² Vgl. Gesetz zur Umwandlung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG) vom 17.10.2008, BGBl. 2008, S. 1982.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Jahr	Vorschrift	Anmerkungen
2009	§ 8c Abs. 1a KStG	Einfügung der Sanierungsklausel (zurzeit nicht anwendbar) ³⁵³
2010	§ 8c KStG	Zeitlich befristete Anwendbarkeit der Sanierungsklausel nach § 8c Abs. 1a KStG aufgehoben; Einfügung der Verschonungsregel bei Existenz stiller Reserven (§ 8c Abs. 1 Satz 6-8 KStG); Einfügung der Konzernklausel zur Begünstigung konzerninterner Beteiligungserwerbe (§8c Abs. 1 Satz 5 KStG) ³⁵⁴
2010	§ 8c Satz 6-8 KStG	Stille Reserven-Klausel: Verschonung der Verluste in Höhe der stillen Reserven, Verlustuntergang in dieser Höhe ist ausgeschlossen ³⁵⁵
2016	§ 8d KStG	Antragsgebundene Nichtanwendung von § 8c KStG bei Fortführung des Geschäftsbetriebs und Nichteintritt bestimmter schädlicher Ereignisse ³⁵⁶

Tabelle 9: Historische Entwicklung § 8c KStG

Aus gesetzgeberischer Sicht wird ein Übertragungsvorgang in Form eines Mantelkaufs grundsätzlich als problematisch angesehen. Der Gesetzgeber befürchtet, dass in diesem Vorgang eine gesetzgeberisch nicht gewollte, insbesondere steuerlich motivierte Übertragung eines steuerlichen Verlustvortrags auf den neuen Anteilseigner möglich ist.³⁵⁷ Dadurch könnte für Steuerpflichtige ein besonderer Anreiz zu Mantelkäufen bestehen und sich die Zahl entsprechender Übertragungsvorgänge erhöhen. Diese Einschätzung hat sich empirisch allerdings nicht bestätigt. Auf Grundlage einer Datenanalyse ergibt sich vielmehr, dass in den Jahren, in denen Mantelkäufe durch eine weniger restriktive gesetzliche Vorschrift sanktioniert wurden³⁵⁸, kein besonderer Anstieg von Mantelkäufen zu beobachten war.³⁵⁹ Die Datenanalyse betrachtet unter anderem die Entwicklung des Körperschaftsteueraufkommens pro Steuerpflichtigem und zum anderen eine Entwicklung der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge, jeweils im Betrachtungs-

³⁵³ Vgl. Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen (Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung) vom 16.07.2009, BGBl. I 2009, S. 1968.

³⁵⁴ Vgl. Gesetz zur Beschleunigung des Wachstums vom 22.12.2009, BGBl. I 2009, S. 3950.

³⁵⁵ Vgl. Jahressteuergesetz 2010 vom 08.12.2010, BGBl. I 2010, S. 1768.

³⁵⁶ Vgl. z. B. Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften vom 20.12.2016, BGBl. I S. 2998.

³⁵⁷ Vgl. Entwurf eines Steuerreformgesetzes 1990, BT-Drs. 11/2157 vom 19.04.1988, S. 171.

³⁵⁸ Vgl. Tabelle 9: Es wird dabei unterstellt, dass nach Aufgabe der Mantelkauf-Rechtsprechung und vor dem Jahr 1997 eine weniger restriktive Mantelkaufvorschrift bestand.

³⁵⁹ Vgl. *Ernst* (2011), S. 95.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

zeitraum 1992 bis 2002. Es zeigt sich, dass das Körperschaftsteueraufkommen in den Jahren, in denen eine weniger restriktive steuergesetzliche Beschränkung eines Mantelkaufs bestand, keinesfalls niedrigerer, sondern sogar vergleichsweise höher war, als in Jahren, in denen eine restriktivere steuergesetzliche Beschränkung des Mantelkaufs galt.³⁶⁰ Die Betrachtung des Körperschaftsteueraufkommens bekräftigt demnach die oben beschriebene Befürchtung des Gesetzgebers nicht. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass viele weitere, konjunkturelle und sonstige steuerliche Aspekte Einfluss auf das Körperschaftsteuereinkommen nehmen. Ein tatsächlich verwertbarer Zusammenhang zwischen Mantelkäufen und dem Körperschaftsteuereinkommen ergibt sich auf Grundlage einer solchen Betrachtung nicht. In Bezug auf die Entwicklung der körperschaftsteuerlichen Verlustvorträge zeigt sich, dass diese insbesondere in den Jahren 1992 bis 1995 im Vergleich zu den Folgejahren überproportional hoch angestiegen sind. Auch wenn für diesen Anstieg viele Aspekte verantwortlich sein können, wie z. B. insbesondere die deutsche Wiedervereinigung, widerlegt auch diese Betrachtung die Befürchtung des Gesetzgebers vor einem deutlichen Zuwachs von Mantelkäufen ohne restriktive gesetzliche Beschränkung.³⁶¹ Auch eine Betrachtung der Zahl der Steuerpflichtigen mit Verlustvorträgen, der Verlustnutzung absolut und im Verhältnis zum Körperschaftsteueraufkommen, jeweils im Zeitraum 1992-2002, widerlegt, dass die Befürchtung des Gesetzgebers in Bezug auf den Zuwachs steuerlich motivierter Mantelkäufe bei einer weniger restriktiven gesetzlichen Beschränkung empirisch nicht gestützt werden kann.³⁶²

Dennoch sind (restriktive) Vorschriften zur Beschränkung des im Zuge des Mantelkaufs übertragenen Verlustvortrags seit vielen Jahren fester Bestandteil des deutschen Ertragsteuerrechts. Ihre Notwendigkeit wurde mit der Vermeidung von missbräuchlichen steuerlichen Gestaltungen begründet.³⁶³ Jedoch stellt die aktuell geltende Vorschrift zur Regelung der steuerlichen Behandlung eines bestehenden Verlustvortrags im Rahmen eines Anteilseignerwechsels nicht mehr auf Mantelkäufe ab, sondern differenziert die steuerliche Behandlung grundsätzlich entsprechend der Höhe des übertragenen Anteils. Nur historisch ist die Vorschrift noch auf die Sanktionierung steuerlicher Mantelkäufe zurückzuführen. Schritt für Schritt hat sich der Gesetzgeber von diesem Ursprung entfernt und eine weitaus umfangreichere Sanktionierung implementiert.

Wie bereits in den Kapiteln 1 und 2 erwähnt, hat das Bundesverfassungsgericht unmittelbar vor Einreichung dieser Arbeit festgestellt, dass die Regelung des § 8c KStG zum quotalen Verlustuntergang bei Kapitalgesellschaften im Falle von

³⁶⁰ Vgl. *Ernst* (2011), S. 85-88.

³⁶¹ Vgl. *Ernst* (2011), S. 89-95

³⁶² Vgl. *Ernst* (2011), S. 95-102.

³⁶³ Vgl. Entwurf eines Steuerreformgesetzes 1990, BT-Drs. 11/2157 vom 19.04.1988, S. 171.

schädlichen Beteiligungserwerben (bzw. § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG in der Fassung von 2008 bis einschließlich 2015) verfassungswidrig ist. Der Gesetzgeber ist nun aufgefordert, bis zum 01.01.2019 eine die bisherige Vorschrift ersetzende Neuregelung zu erarbeiten.³⁶⁴ Demnach bleibt nun abzuwarten, in welcher Form eine künftige Regelung die steuerliche Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften beschränken wird.

4.7 Ergebnis

Aus der rechtsdogmatischen Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen in Kapitel 4 lässt sich festhalten, dass der Gesetzgeber für bestimmte steuerliche Verluste eine steuergesetzliche Sonderbehandlung vorsieht. Die Sonderbehandlung betrifft insbesondere die in Kapitel 4.1 beschriebenen Verlustzuweisungsgesellschaften und die in Kapitel 4.2 beschriebenen Konstellationen, bei denen die Anteile von Kapitalgesellschaften mit bestehenden Verlustvorträgen übertragen werden. Sowohl im Hinblick auf die steuerliche Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsgesellschaften als auch bei bestimmten Übertragungsvorgängen von Kapitalgesellschaftsanteilen auf neue Anteilseigner mit anschließender Verlustverrechnung geht der Gesetzgeber davon aus, dass eine gesetzlich nicht gewünschte Form der steuerlichen Verlustverrechnung eintritt, die zu beschränken ist.

Wie in Kapitel 4.1 ausgeführt, bestehen Verlustzuweisungsgesellschaften regelmäßig in Form von Personengesellschaften und weisen ihren Kommanditgesellschaftern über die Anwendung des Transparenzprinzips steuerliche Verluste zu. Konzeptionell geht es dabei um die Zuweisung von möglichst hohen steuerlichen Verlusten, auch über den Betrag des Kapitalverlustrisikos des Kommanditgesellschafters bzw. seiner Hafteinlage hinaus. Die hohe Verlustzuweisung wird durch eine gezielte Anwendung von steuerlichen Vorschriften zwecks zeitlicher Vorwegnahme von steuerlichem Aufwand, z. B. durch hohe steuerliche Abschreibungen oder die Inanspruchnahme steuerlicher Fördermaßnahmen, erreicht. Dadurch können sich beim Steuerpflichtigen Zeiteffekte, Bemessungsgrundlageneffekte und/oder Steuersatzeffekte ergeben. Diese können beim Kommanditgesellschafter zu einer Steuerstundung und/oder einer Steuerersparnis führen.³⁶⁵

Die rechtsdogmatische Analyse in Kapitel 4.2 hat gezeigt, dass der Gesetzgeber bei bestimmten Übertragungsvorgängen von Kapitalgesellschaftsanteilen auf neue Anteilseigner eine Sonderbehandlung hinsichtlich der steuerlichen Verlustverrechnung vorsieht. In der Vergangenheit ging der Gesetzgeber davon aus, dass bei steuerlichen Mantelkäufen, das heißt, einer Übertragung von Anteilen einer unternehmens- und vermögenslosen Kapitalgesellschaft auf einen neuen

³⁶⁴ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.03.2017, 2 BvL 6/11.

³⁶⁵ Vgl. für eine Erläuterung Kapitel 4.1.

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Anteilseigner, eine steuerliche Verrechnung des bestehenden Verlustvortrags beim neuen Anteilseigner nicht zur Verrechnung eines wirtschaftlichen Verlusts führt. Vielmehr würde im Rahmen eines steuerlichen Mantelkaufs die Übertragung und Verrechnung eines Verlusts intendiert, der wirtschaftlich nicht beim neuen Anteilseigner verrechnet werden darf, weil dieser wirtschaftlich nicht von dem Verlust betroffen ist. Die Kriterien, wann eine gesetzlich nicht erwünschte Verlustverrechnung bei steuerlichen Mantelkäufen vorliegt, haben sich, wie in Kapitel 4.2 und 4.6 erläutert, mehrfach verändert.

Aus gesetzgeberischer Sicht wird im Rahmen der in Kapitel 4.1 beschriebenen Verlustzuweisungsgesellschaften und bei den in Kapitel 4.2 beschriebenen Übertragungsvorgängen insofern beim Steuerpflichtigen ein steuerlicher Verlust verrechnet, der nicht mit einem entsprechenden wirtschaftlichen Aufwand bei diesem einhergeht. Demnach hat der Gesetzgeber die in Kapitel 4.4 beschriebenen spezialgesetzlichen Vorschriften implementiert, die den aus gesetzgeberischer Sicht bestehenden Missbrauch der steuerlichen Verlustverrechnung beschränken oder vermeiden sollen. Wie in Kapitel 4.3 erläutert, ergänzen diese Vorschriften die allgemeine Vorschrift zur Sanktionierung steuerlichen Missbrauchs in Form des § 42 AO und sind vorrangig vor dieser Vorschrift anzuwenden. Der in Kapitel 4.4 erläuterte § 15a EStG beschränkt insbesondere eine steuerliche Verlustverrechnung, die über das Kapitalverlustrisiko des Kommanditgesellschafters bzw. dessen Haftenlage hinausgeht. Wie in Kapitel 4.5 beschrieben, regeln § 15b EStG und dessen Vorgängervorschrift § 2b EStG a. F. die steuerliche Verlustverrechnung insbesondere bei Modellen, die einen steuerlichen Vorteil durch eine Steuerstundung erreichen möchten. Insofern zielen die Vorschriften § 15a EStG und § 15b EStG bzw. § 2b EStG a. F. auf eine Beschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsgesellschaften ab. Des Weiteren hat der Gesetzgeber, wie in Kapitel 4.1 gezeigt, die Kriterien in Bezug auf das Vorliegen steuerlicher Einkünfte bzw. die Definition von Gewinnerzielungsabsicht durch Einfügung des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG verschärft. Damit unterliegt die Möglichkeit der Zuweisung steuerlicher Verluste bei Personengesellschaften weiteren Grenzen. Der in Kapitel 4.6 beschriebene § 8c KStG schränkt die steuerliche Verlustverrechnung einer Kapitalgesellschaft nach einem Anteilseignerwechsel ein, sofern keine Ausnahmeregelung anwendbar ist. Damit zeigt sich die Regelung im Grundsatz weitreichender als die Vorgängervorschrift des § 8 Abs. 4 KStG a. F., die sich auf die steuerliche Verlustverrechnung bei steuerlichen Mantelkäufen fokussierte. Bei der aktuell geltenden Rechtslage nimmt der Gesetzgeber bei nahezu allen Übertragungsvorgängen von Anteilen an Kapitalgesellschaften mit mehr als 25% eine Beschränkung der Verlustverrechnung vor. Es erfolgt dabei keine Berücksichtigung, ob die Kapitalgesellschaften unternehmens- und vermögenslos sind oder nicht. Mit dieser Auffassung würde unterstellt, dass wirtschaftlich keine Verbindung zwischen einem bestehenden steuerlichen Verlustvortrag und einem neuen Anteilseigner besteht, so dass eine steuerliche Verlustverrechnung zu beschränken ist. Gleichwohl wird diese strikte Regelung mittlerweile in Form diverser, zum Teil sehr komplexer

*Rechtsdogmatische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Ausnahmeregelungen abgeschwächt. Diese verknüpfen die steuerliche Verlustberücksichtigung mit dem Vorhandensein stiller Reserven oder einer Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. Des Weiteren ist eine Fortführung eines bestehenden Verlustvortrags bei konzerninternen Beteiligungserwerben möglich. Die Ausnahmeregelungen signalisieren eine Abhängigkeit der steuerlichen Verlustberücksichtigung von den unternehmerischen Aktivitäten einer Kapitalgesellschaft. Die restriktive Regelung des § 8c Abs. 1 S. 1-5 KStG, die allein auf die Höhe des schädlichen Beteiligungserwerbs zielt, erfährt dadurch in der Gesamtbetrachtung eine veränderte Ausrichtung.

Wie in den Kapiteln 4.4 bis 4.6 dargestellt, wurden die hier betrachteten spezialgesetzlichen Vorschriften im Zeitablauf mehrfach angepasst. Die Veränderungen ergaben sich in der Vergangenheit insbesondere dadurch, dass die Definition, welche Konzeption bzw. Konstellation eine Sonderbehandlung der steuerlichen Verluste erforderlich macht, abgewandelt wurde. Die Anpassungen bestanden oftmals in einer Verschärfung der Sonderbehandlung bzw. einer Erweiterung der von der Sonderbehandlung erfassten Sachverhalte, aber in Bezug auf § 8c KStG mehrfach auch in einer Abschwächung der vom Regelungsinhalt erfassten Sachverhalte. Im Zeitablauf scheinen sich die Vorschriften etabliert zu haben und werden zumindest vom Grundsatz her nicht mehr in Frage gestellt. Dies könnte sich durch die aktuell vom Bundesverfassungsgericht festgestellte Unvereinbarkeit von § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG in der Fassung von 2008 bis einschließlich 2015 mit dem Grundgesetz jedenfalls zum Teil ändern.³⁶⁶

Daher soll in der folgenden rechtskritischen Analyse hinterfragt werden, ob die im Rahmen der zuvor beschriebenen Szenarien bestehenden steuerlichen Verluste tatsächlich eine steuerliche Sonderbehandlung verlangen. Dazu werden im nächsten Kapitel, auf Grundlage eines für die weitere Analyse geeigneten Besteuerungsziels, Kriterien zur Definition eines steuerlichen Verlusts hergeleitet. Basierend auf diesen Grundsätzen soll herausgearbeitet werden, ob es Konstellationen und Gründe geben kann, in denen bestimmte Verluste eine steuerliche Sonderbehandlung erforderlich machen.

³⁶⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.03.2017, 2 BvL 6/11.

5 Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

5.1 Grundlagen

Besteuerungsziele formulieren Ansprüche an ein Besteuerungssystem. Sie sollen als entscheidende Einflussgröße auf die Struktur des Steuersystems und der einzelnen Steuern dienen.³⁶⁷ In Abhängigkeit davon lassen sich die Anforderungen für die Besteuerung ableiten.³⁶⁸ Die Ausrichtung an Besteuerungszielen soll den Steuerpflichtigen vor staatlicher fiskalischer Willkür schützen und ihm eine bessere Planbarkeit in Bezug auf Besteuerungssachverhalte ermöglichen.³⁶⁹ Die den Steuergesetzen zu Grunde zu legenden Besteuerungsziele können aus Sicht der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre insbesondere in Entscheidungsneutralität der Besteuerung und Gerechtigkeit bzw. Gleichmäßigkeit der Besteuerung unterschieden werden.³⁷⁰

Auf Grundlage des hier vertretenen kritisch-rationalistischen Wissenschaftsverständnisses sollten Besteuerungsziele so definiert werden, dass sie mit den marktwirtschaftlichen Zielen vereinbar und realisierbar sind.³⁷¹ Außerdem ist mit einem solchen Wissenschaftsverständnis verbunden, dass die Definition und Konkretisierung eines Besteuerungsziels als Vorschlag zu verstehen ist. Dieser wird kritisch diskutiert, indem Argumente für und gegen den Vorschlag betrachtet werden.³⁷²

5.2 Entscheidungsneutralität der Besteuerung

Das Besteuerungsziel Entscheidungsneutralität der Besteuerung postuliert grundsätzlich, dass betriebswirtschaftliche Entscheidungen durch die Besteuerung nicht verzerrt werden.³⁷³ Üblicherweise wird das Besteuerungsziel Entscheidungsneutralität als Neutralität in Bezug auf Investitionsentscheidungen, auch bezeichnet als Investitionsneutralität, gefasst,³⁷⁴ die im Kontext der neoklassischen Investitions-

³⁶⁷ Vgl. *Schreiber* (2009), S. 425, wobei Besteuerungsziele dort als „Leitlinien der Besteuerung“ bezeichnet werden.

³⁶⁸ Eine ausführliche Darstellung von Anforderungen an die Besteuerung findet sich bei *Neumark* (1970).

³⁶⁹ Vgl. *Schreiber* (2009), S. 425.

³⁷⁰ Vgl. *Hundsdoerfer/Kiesewetter/Sureth* (2008), S. 68-69.

³⁷¹ Vgl. *Schmiel* (2014a), S. 14.

³⁷² Vgl. *Schmiel* (2013), S. 139.

³⁷³ Vgl. *Schmiel* (2012b), S. 220.

³⁷⁴ Vgl. *König* (1997), S. 42.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

theorie auf Grundlage des neoklassischen Kapitalwertmodells definiert wird.³⁷⁵ Das Besteuerungsziel neoklassischer Entscheidungsneutralität unterstellt das Vorliegen eines vollkommenen Kapitalmarktes unter Sicherheit bzw. stochastischer Unsicherheit.³⁷⁶ In Folge dieser Prämissen verfügen Wirtschaftssubjekte über ein vollständiges Wissen und treffen objektiv rationale Entscheidungen im Rahmen der modellspezifischen Entscheidungsalternativen.³⁷⁷ Die Prämisse des vollkommenen Kapitalmarktes zeichnet sich aus einzelwirtschaftlicher Perspektive insbesondere dadurch aus, dass Wirtschaftssubjekte ihren individuellen Nutzen in Form einer objektiv rationalen Zielgröße maximieren.³⁷⁸ Gesamtwirtschaftlich gesehen ergibt sich in Folge eines vollkommenen Kapitalmarktes ein Wohlstandsmaximum in Form von Pareto-Effizienz.³⁷⁹

In Folge eines bei Entscheidungsneutralität der Besteuerung nicht vorhandenen Einflusses der Besteuerung auf betriebswirtschaftliche Entscheidungen wäre die Rangfolge der Entscheidungsalternativen mit und ohne Berücksichtigung von Steuern gleich und damit eine sogenannte Rangfolgeinvarianz erlangt.³⁸⁰ Bleibt nicht nur die Rangfolge der Entscheidungsalternativen mit und ohne Verrechnung von Steuern gleich, sondern gleichen sich außerdem der Kapitalwert mit und ohne Verrechnung von Steuern, ist eine sogenannte Niveauinvarianz erreicht.³⁸¹ Aus einzelwirtschaftlicher Perspektive bedeuten Entscheidungsverzerrungen durch die Besteuerung für den Steuerpflichtigen die Berücksichtigung zusätzlicher Planungskosten, um den Einfluss der Besteuerung auf die Entscheidungen entsprechend einbeziehen zu können. Gesamtwirtschaftlich betrachtet kommt es in Folge von durch die Besteuerung ausgelösten Entscheidungsverzerrungen zu Allokationsverzerrungen und damit zu zusätzlichen gesellschaftlichen Kosten.³⁸²

Entscheidungsverzerrungen durch die Besteuerung sind bei einer Vielzahl von betriebswirtschaftlichen Entscheidungen denkbar, so dass verschiedene betriebswirtschaftliche Neutralitätsbegriffe formuliert werden.³⁸³ Im Kontext der gesetzlichen Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung lässt sich Entscheidungsneutralität

³⁷⁵ Vgl. König (1997), S. 44.

³⁷⁶ Vgl. Schmiel (2012b), S. 221.

³⁷⁷ Vgl. Schmiel (2012b), S. 220.

³⁷⁸ Vgl. Schmidt/Terberger (1997), S. 57; Drukarczyk (1993), S. 31.

³⁷⁹ Vgl. Kleinewefers (2008), S. 64; Schmiel (2013), S. 142-145 sowie die Ausführungen zum Wohlstandsmaximum in Kapitel 2.2.

³⁸⁰ Vgl. Schneider (2002), S. 97-99.

³⁸¹ Vgl. König (1997), S. 45; Treisch (2000), S. 368; Schneider (2002), S. 97; Wagner (1989), S. 266.

³⁸² Vgl. Wagner (1992), S. 4.

³⁸³ Vgl. König/Wosnitza (2004), S. 142-144.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

auf verschiedene Kategorien unternehmerischer Entscheidungen beziehen. So könnte zum Beispiel das Besteuerungsziel einer rechtsformneutralen steuerlichen Verlustverrechnung, einer branchenneutralen steuerlichen Verlustverrechnung und bezogen auf internationale Regelungen das Besteuerungsziel einer standortneutralen steuerlichen Verlustverrechnung formuliert werden.³⁸⁴

Rechtsformneutralität beschreibt eine Form der Entscheidungsneutralität, bei der eine Entscheidung für oder gegen eine Rechtsform nicht durch rechtsformspezifische Besteuerungsunterschiede beeinflusst wird. Postuliert wird Rechtsformneutralität unter der Prämisse, dass rechtsformspezifische Unterschiede gesellschafts- oder zivilrechtlicher Art keine unterschiedliche steuerliche Behandlung zulassen. Die Besteuerung soll damit losgelöst von der Art der Einkommensentstehung und ohne Einfluss auf diese erfolgen.³⁸⁵ Dieser Auffassung wird regelmäßig entgegengesetzt, dass die Rechtsformen ökonomische Unterscheidungskriterien bereithalten, die bereits zu einer Ungleichheit der Rechtsformen führen. Die Forderung nach einer rechtsformneutralen Besteuerung ist dieser Auffassung nach unbegründet.³⁸⁶ Branchenneutralität beschreibt eine Form der Entscheidungsneutralität, bei der eine Entscheidung für oder gegen eine Branche nicht durch branchenspezifische Besteuerungsunterschiede beeinflusst wird. Branchenneutralität wird dabei meist in Bezug auf indirekte Steuern betrachtet.³⁸⁷ Standortneutralität beschreibt eine Form der Entscheidungsneutralität, bei der eine Entscheidung für oder gegen einen Standort nicht durch standortspezifische Besteuerungsunterschiede beeinflusst wird.³⁸⁸ Rechtsformneutralität, Branchenneutralität und Standortneutralität werden auch als Erscheinungsformen der finanzwissenschaftlichen Wettbewerbsneutralität gefasst, bei der die Betrachtung des Unternehmenssektors aus der Perspektive eines beobachtenden Dritten erfolgt. Wettbewerbsneutralität wäre dabei als finanzpolitische Forderung zu verstehen, eine Beeinflussung des unternehmerischen Wettbewerbs im Unternehmenssektor durch die Besteuerung zu vermeiden.³⁸⁹

Eine investitionsneutrale Besteuerung lässt sich in Form einer Zielgrößenbesteuerung erreichen.³⁹⁰ Eine investitionsneutrale Einkommensteuer ergibt sich insbesondere bei Besteuerung des ökonomischen (bzw. kapitaltheoretischen) Gewinns oder der Einzahlungsüberschüsse bzw. Cash-Flows eines Steuersubjekts.³⁹¹ Bei der

³⁸⁴ Zur Systematisierung unterschiedlicher Neutralitätsbegriffe bezogen auf unternehmerisches Handeln vgl. *König/Wosnitza* (2004), S. 142-144.

³⁸⁵ Vgl. *Siegel* (2003), S. 1-4; *Siegel* (2007a), S. 641.

³⁸⁶ Vgl. z. B. *Rose* (1985), S. 340; *Siegel* (2003), S. 4.

³⁸⁷ Vgl. *Elschen/Hüchtebrock* (1983), S. 257.

³⁸⁸ Vgl. *Elschen/Hüchtebrock* (1983), S. 257.

³⁸⁹ Vgl. *Elschen/Hüchtebrock* (1985), S. 253f.

³⁹⁰ Vgl. *Schneider* (2001), S. 797; *König/Wosnitza* (2004), S. 148 ff.

³⁹¹ Vgl. *König* (1997), S. 42, *Bambynek* (2007), S. 430.

Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

Besteuerung des ökonomischen Gewinns handelt es sich um eine Besteuerung der periodisierten Einzahlungen und Auszahlungen eines Unternehmens, gekürzt um eine Ertragswertabschreibung, die sich als Differenz zwischen den Ertragswerten zu Beginn und Ende einer Periode ergibt.³⁹² Eine Cash-Flow-Steuer sieht die Besteuerung der Ein- und Auszahlungen eines Unternehmens am jeweiligen Periodenende vor. Dabei erfolgt eine Sofortabschreibung sämtlicher Investitionen im Zeitpunkt ihrer Durchführung. Als weiteres Merkmal ist die Steuerfreiheit von Zinsen zu berücksichtigen.³⁹³

Ein neoklassisch expliziertes entscheidungsneutrales Steuersystem wie eine investitionsneutrale Steuer erfordert einen einheitlichen, sofortigen und unbeschränkten steuerlichen Verlustausgleich.³⁹⁴ Anstelle des unbeschränkten sofortigen Verlustausgleichs könnte im Rahmen einer entscheidungsneutral ausgestalteten Verlustverrechnung auch ein unbeschränkter Verlustvortrag stehen, bei dem die vorgetragenen Verluste jeweils verzinst werden, jedoch keine sofortige Verrechnung erfolgt.³⁹⁵ Alternativ wäre auch ein verzinslicher unbeschränkter Verlustrücktrag in frühere Gewinnperioden möglich.³⁹⁶ Im Unterschied zum sofortigen Verlustausgleich erfordern ein unbegrenzter, verzinslicher Verlustvortrag und Verlustrücktrag jeweils Verrechnungspotential in Form positiver steuerlicher Einkünfte in der Periode, in der ein Verlustvortrag oder Verlustrücktrag erfolgen soll. Damit sind die Anforderungen für eine Verlustverrechnung im Rahmen eines Verlustvortrags oder Verlustrücktrags im Vergleich zu einer Verlustverrechnung bei einem Verlustausgleich für den Steuerpflichtigen höher.

Steuerliche Verlustverrechnungsvorschriften schränken die steuerliche Verrechnung von Verlusten ein. Steuerliche Verlustverrechnungsvorschriften wären insofern bei Berücksichtigung des Besteuerungsziels neoklassisch explizierter Entscheidungsneutralität nicht zu begründen und stünden diesem Ziel entgegen. Im Zusammenhang mit dem Besteuerungsziel neoklassischer Entscheidungsneutralität dürften daher keine steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen formuliert werden.

Das Besteuerungsziel neoklassischer Entscheidungsneutralität legt einen neoklassischen Theorierahmen zu Grunde. Dieser zeigt Widersprüche zur Realität. Wie bereits in Kapitel 2.2 erwähnt, unterstellt die Prämisse eines vollkommenen Kapitalmarktes, dass Forderungen stets zu ihrem Marktwert gehandelt werden können. Der Marktwert der Forderungen entspricht maximal dem Gesamtwert des

³⁹² Vgl. *Schneider* (1992), S. 220; *Schneider* (2001), S. 805, *Homburg* (2015), S. 242-245.

³⁹³ Vgl. *Schneider* (1992), S. 214-218; *Schneider* (2001), S.809; *König/Wosnitza* (2004), S. 157; *Bambynek* (2007), S. 430, 431; *Homburg* (2015), S. 251-253.

³⁹⁴ Vgl. *Schneider* (2002), S. 105, *Schneider* (2001), S. 805; *König/Wosnitza* (2004), S. 157.

³⁹⁵ Vgl. *Schneider* (1999a), S. 106, *Schneider* (1992), S. 270-272, S. 697 ff., *Bambynek* (2007), S. 431.

³⁹⁶ Vgl. *Schneider* (1999a), S. 106, *König/Wosnitza* (2004), S. 159.

Unternehmens. Insofern nimmt der Ertragswert eines Unternehmens in der neoklassischen Modellwelt mindestens den Wert Null an. Ein negativer Unternehmenswert und somit das Vorliegen von Totalverlusten sind in einem neoklassischen Theorierahmen nicht erklärbar.³⁹⁷ Bei Berücksichtigung eines neoklassischen Besteuerungsziels wäre außerdem davon auszugehen, dass Wirtschaftssubjekte ihren finanziellen Nutzen unter Sicherheit oder stochastischer Unsicherheit maximieren. Im Rahmen eines neoklassischen Besteuerungsziels wird dabei unterstellt, dass Wirtschaftssubjekte über ein vollkommenes, perfektes Wissen verfügen und Entscheidungsprobleme optimal lösen.³⁹⁸ In Folge eines vollkommenen Kapitalmarktes ist des Weiteren zu berücksichtigen, dass Wirtschaftssubjekte stets über ausreichend Liquidität verfügen.³⁹⁹ Außerdem besteht in einem vollkommenen Kapitalmarkt kein Marktversagen und damit kein Erfordernis für das Bereitstellen öffentlicher Güter und deren Finanzierung über Steuereinnahmen. Insofern wäre die Erhebung von Steuern in einem vollkommenen Kapitalmarkt nicht erforderlich.⁴⁰⁰ Sämtliche vorgenannten Elemente neoklassischer Theorie widersprechen den Erfahrungstatbeständen der Realität. Für die weitere Analyse stellt ein neoklassisches Besteuerungsziel daher keine geeignete Zielgröße dar. Eine Analyse auf Grundlage eines neoklassischen Besteuerungsziels würde gegen das in Kapitel 2.1 beschriebene „Realisierbarkeitspostulat“⁴⁰¹ verstoßen. Dieses postuliert, dass Sollen Können impliziert. Ein neoklassisches Besteuerungsziel, das in einem vollkommenen Kapitalmarkt von Sicherheit bzw. stochastischer Unsicherheit ausgeht, ist nicht realisierbar. Ein solches Besteuerungsziel würde daher das Realisierbarkeitspostulat nicht erfüllen.⁴⁰² Eine rechtskritische Analyse von steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen im Rahmen des Besteuerungsziels neoklassischer Entscheidungsneutralität wird in Folge dieser Widersprüche zur realen Welt abgelehnt. Eine Nichtberücksichtigung dieses Widerspruchs wäre mit einem kritisch-rationalistischen Wissenschaftsverständnis, das dieser Analyse zu Grunde gelegt wird, nicht vereinbar.

5.3 Gleichmäßigkeit der Besteuerung

Neben dem Besteuerungsziel Entscheidungsneutralität wird in der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre auch das Besteuerungsziel der steuerlichen Gerechtigkeit bzw. Gleichmäßigkeit der Besteuerung herangezogen. Die Begriffe steuerliche Gerechtigkeit und Gleichmäßigkeit der Besteuerung werden im Folgenden, sofern

³⁹⁷ Vgl. *Zisowski* (2001), S. 53, 54; *Schmiel* (2013), S. 140, 141 sowie die Ausführungen in Kapitel 2.2.

³⁹⁸ Vgl. *Schmiel* (2012b), S. 220, 221; *Schmiel* (2013), S. 140, 141.

³⁹⁹ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 145; *Schmiel* (2009), S. 1200.

⁴⁰⁰ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 154.

⁴⁰¹ Vgl. *Albert* (1991), S. 91 ff.; *Schmiel* (2009), S. 1200.

⁴⁰² Vgl. *Schmiel* (2013), S. 154.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

nicht anders vermerkt, synonym verwendet. Dieses Besteuerungsziel folgt, wie in Kapitel 1 bereits erwähnt, aus dem verfassungsrechtlich gesicherten Grundrecht der Gleichheit aller Menschen vor dem Gesetz gemäß Artikel 3 Abs. 1 GG. Als wesentliche Elemente dieses Besteuerungsziels werden aus juristischer Sicht die Gleichheit des Rechts und (zum Teil direkt daraus abgeleitet) die Allgemeinheit des Rechts verstanden.⁴⁰³ Steuergerechtigkeit wird dementsprechend in einer gleichen und allgemeinen Besteuerung gesehen, die sich konsequent jeglicher Benachteiligungen enthält.⁴⁰⁴ Dementsprechend ist abgeleitet aus dem allgemeinen Gleichheitssatz Gleiches gleich und Ungleiches (im Verhältnis seiner Ungleichheiten) ungleich zu behandeln.⁴⁰⁵ Allgemeinheit des Rechts, die auch als formale Gerechtigkeit bezeichnet wird, lässt sich durch allgemein anwendbare Prinzipien, Regeln oder Maßstäbe für die Steuerordnung realisieren.⁴⁰⁶ Die Einhaltung von Prinzipien soll ein allgemeines, einheitliches Maß schaffen.⁴⁰⁷ Beispiele dafür können einfache und eindeutige Steuernormen sein.⁴⁰⁸ Die Prinzipien sind zur Realisierung materialer Gerechtigkeit mit sachgerechtem Inhalt zu füllen, so dass systemtragende Prinzipien entstehen.⁴⁰⁹ Erst wenn sowohl formale als auch materiale Gerechtigkeit geschaffen ist, würde steuerliche Gerechtigkeit im juristischen Sinne erreicht. Demnach fußt das Steuersystem auf Prinzipien, die regelmäßig die verfassungsrechtlich gesicherten Grundrechte darstellen. Steuerliche Vorschriften müssen an die Prinzipien anknüpfen oder sich zumindest daran orientieren.⁴¹⁰

Grundsätzlich wird Steuergerechtigkeit der sogenannten distributiven Gerechtigkeit zugeordnet, da diese im Gegensatz zur sogenannten kommutativen Gerechtigkeit, die sich auf die Verteilung innerhalb einer Mehrheit von Bürgern bezieht, an die Verteilung zwischen Bürger und Staat anschließt.⁴¹¹ Diese Unterteilung fußt auf dem aristotelischen Gerechtigkeitsbegriff der Antike, der in der Forderung, jedem das Seine zuzuteilen, zu verstehen ist.⁴¹² Bereits bei *Aristoteles* wurde das Gleiche als Gerechtes bezeichnet.⁴¹³ Demnach wird eine gleichmäßige Besteuerung als Postulat

⁴⁰³ Vgl. *Kruse* (1990), S. 323; *Tipke* (2000), S. 284.

⁴⁰⁴ Vgl. *Tipke* (2000), S. 287.

⁴⁰⁵ Vgl. *Kriele* (1963), S. 91.

⁴⁰⁶ Vgl. *Tipke* (2000), S. 256-259, 280-281.

⁴⁰⁷ Vgl. *Tipke* (2000), S. 257.

⁴⁰⁸ Vgl. *Lang* (2009), S. 50; *Senger* (1986); *Rose* (1985), S. 337; *Schneider* (1971), S. 354.

⁴⁰⁹ Vgl. *Tipke* (2000), S. 256-260.

⁴¹⁰ Vgl. *Tipke* (2000), S. 259.

⁴¹¹ Vgl. *Jansen* (2006), S. 86.

⁴¹² Vgl. *Aristoteles* (2001), S. 195-205; dazu auch *Klein* (1966), S. 17; *Tipke* (2000), S. 259-261.

⁴¹³ Vgl. *Aristoteles* (2001), S. 195-205; dazu auch *Klein* (1966), S. 17.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

steuerlicher Gerechtigkeit verstanden.⁴¹⁴ Allerdings ist Gerechtigkeit nicht allein durch Gleichheit zu erklären, vielmehr ist Gerechtigkeit als Gleichbehandlung nach einem vorgegebenen Maß zu verstehen.⁴¹⁵ Demnach setzt Gleichheit Verschiedenheit und Vergleichbarkeit voraus,⁴¹⁶ während sich Gleichheit und Identität gegenseitig ausschließen.⁴¹⁷ Allerdings müssten verwendbare Kriterien gefunden werden, die zur Beurteilung herangezogen werden können, was gerecht und was ungerecht ist.

Gefordert wurde Steuergerechtigkeit bereits von namhaften angelsächsischen Staatsphilosophen, wie z. B. von *Adam Smith* im Jahr 1776.⁴¹⁸ *Smith* erklärte, dass die Bürger Steuern im Verhältnis zu ihren Fähigkeiten zahlen sollen und dies insbesondere im Verhältnis zum Einkommen, das sie unter dem Schutze des Staates erzielen.⁴¹⁹ Im 19. Jahrhundert entwickelte sich die steuerliche Gerechtigkeit in Form einer Gleichmäßigkeit der Besteuerung und damit einer Abschaffung der Steuerprivilegien für eine breite Masse der Bevölkerung zu einer zentralen politischen Forderung.⁴²⁰ Infolgedessen wurde die Besteuerung im Rahmen der Paulskirchenverfassung, gemäß § 173, so geordnet, „dass die Bevorzugung einzelner Stände und Güter in Staat und Gemeinden aufhört.“⁴²¹ Auch die Weimarer Reichsverfassung sah in Artikel 134 vor, „alle Staatsbürger ohne Unterschied tragen im Verhältnis ihrer Mittel zu allen öffentlichen Lasten nach Maßgabe der Gesetze bei.“⁴²²

Zwischen den Besteuerungszielen Entscheidungsneutralität und Gleichmäßigkeit der Besteuerung werden Verbindungen gesehen. Es besteht z. B. die Einschätzung, dass sich Entscheidungsneutralität und Gerechtigkeit als Besteuerungsziel ergänzen können.⁴²³ Gerechtigkeit wird bei diesem Verständnis als Norm der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung verstanden, die als zentraler Ausgangspunkt zur Begründung von Prinzipien der Unternehmensbesteuerung gilt. Auch wenn Ökonomen sich in der Regel nicht unmittelbar mit Gerechtigkeitsvorstellungen befassen, erscheint es nach diesem Verständnis zweckmäßig, solche in die Betrachtungen einzubeziehen.⁴²⁴

⁴¹⁴ Vgl. *Kruse* (1990), S. 329.

⁴¹⁵ Vgl. *Klein* (1966), S. 21.

⁴¹⁶ Vgl. *Klein* (1966), S. 13.

⁴¹⁷ Vgl. *Klein* (1966), S. 15.

⁴¹⁸ Vgl. *Smith* (1990), S. 848ff.; dazu auch *Hey* (2015), § 3, Rz. 40, Fn. 2.

⁴¹⁹ Vgl. dazu *Hey* (2015), § 3, Rz. 40, Fn. 2.; *Kruse* (1990), S. 327, Fn. 80, merkt an, dass übersehen wird, dass *Adam Smith* zwar den Grundsatz der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit formuliert hat, allerdings keine Empfehlung für dessen Anwendung ausgesprochen hat.

⁴²⁰ Detaillierte Ausführungen dazu vgl. z. B. *Tipke* (2000), S. 285ff.

⁴²¹ *Kruse* (1990), S. 322.

⁴²² *Kruse* (1990), S. 322.

⁴²³ Vgl. *Siegel* (2007a), S. 626.

⁴²⁴ Vgl. *Siegel* (2007a), S. 627.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

Wagner fordert z. B. eine wirtschaftliche Betrachtungsweise im Rahmen der Konkretisierung steuerlicher Gerechtigkeit, um so der „Verrechtlichung und Entökonomisierung der Steuerbemessungsgrundlagen“ entgegenzuwirken.⁴²⁵ *Elschen* sieht eine enge Verbindung zwischen betriebswirtschaftlicher Entscheidungsneutralität, volkswirtschaftlicher Allokationseffizienz und steuerrechtlicher Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Diese kann jedoch nur bestehen, sofern die Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit keine Umverteilungsaspekte beinhaltet.⁴²⁶ *Tipke* sieht eine Verbindung zwischen dem modernen Verständnis einer gleichmäßigen Besteuerung und Rechtsformneutralität der Besteuerung.⁴²⁷ *Wagner* lehnt diese Verbindung mit dem Argument ab, dass es bei der ökonomischen Neutralität um die Gleichbehandlung von Handlungsalternativen geht, während rechtliche Gleichmäßigkeit auf die Gleichbehandlung von Personen abstellt.⁴²⁸ Der Verbindung, dass ein entscheidungsneutrales Besteuerungssystem gleichzeitig gerecht sei, wird in der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre insofern nicht uneingeschränkt gefolgt. *Rose* begründet diese Ablehnung damit, dass die Zielgrößen bei Entscheidungsneutralität nicht unbedingt Gleichheit für alle Individuen in sämtlichen Aktivitätsformen bedeuten.⁴²⁹ Es wäre vielmehr zu hinterfragen, ob z. B. Wettbewerbsneutralität, bezogen auf die Betriebsgröße, überhaupt sinnvoll wäre und ob vielleicht, da die Wirtschaftslenkungsfunction der Besteuerung bereits hingenommen wird, erst gezielte Aneutralität gerecht sein kann.⁴³⁰ Entscheidungsneutralität wird bei dieser Position insofern unter dem Gerechtigkeitsaspekt aus betriebswirtschaftlicher Sicht als nicht unbedingt erforderlich gesehen.⁴³¹ Um Gerechtigkeit zu erlangen, wird aus Sicht *Roses* vielmehr Planungssicherheit gefordert, die insofern als spezialgesetzlich betriebswirtschaftliches Gerechtigkeitsbedürfnis anzusehen wäre.⁴³² Für *Siegel* besteht eine Verbindung zwischen Entscheidungsneutralität und Gleichmäßigkeit der Besteuerung dergestalt, dass eine Gleichmäßigkeit der Besteuerung Rechtsformneutralität voraussetzt. Demnach kann Gleichmäßigkeit der Besteuerung nur vorliegen, wenn keine Unterscheidung dahingehend gemacht wird, in welcher Rechtsform das Einkommen entstanden ist.⁴³³

⁴²⁵ Vgl. *Wagner* (1992), S. 12.

⁴²⁶ Vgl. *Elschen* (1991), S. 115.

⁴²⁷ Vgl. *Tipke* (2000), S. 518.

⁴²⁸ Vgl. *Wagner* (1992), S. 7.

⁴²⁹ Vgl. *Rose* (1985), S. 340.

⁴³⁰ Vgl. *Rose* (1985), S. 340-341.

⁴³¹ Vgl. *Rose* (1985), S. 340.

⁴³² Vgl. *Rose* (1985), S. 335 ff.

⁴³³ Vgl. *Siegel* (2007b), S. 274 f. Eine solche Sichtweise wird z. B. auch vertreten von *Ewert/Niemann* (2010), S. 2 über *Siegel* (2003) genauso *Schreiber* (2011), S. 132-135.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

Wie in Kapitel 5.2 bereits ausgeführt, wird ein neoklassisches Theorieverständnis für die folgende Analyse abgelehnt, da dieses die Realität nicht widerspruchsfrei erfassen kann. Die Berücksichtigung eines Besteuerungsziels, das neoklassische Entscheidungsneutralität und Gleichmäßigkeit der Besteuerung verbindet, wird daher nicht weiterverfolgt.

Für die folgende Analyse wird evolutorische Gleichmäßigkeit der Besteuerung zu Grunde gelegt. Die Theorie, die diesem Besteuerungsziel zu Grunde liegt, kann die Realität im Vergleich zu einem neoklassischen Besteuerungsziel widerspruchsfrei abbilden. Dass bei einem solchen Besteuerungsziel die oben genannten Widersprüche zur Realität vermieden werden, ergibt sich insbesondere bei Betrachtung der geltenden Annahmen hinsichtlich des Marktes und des Handelns der Wirtschaftssubjekte. In Bezug auf die Marktsituation wird bei einem evolutorischen Theorierahmen, wie bereits in Kapitel 2.2 ausgeführt, von der Existenz eines nicht vollkommenen Kapitalmarktes ausgegangen. Eine institutionelle Regel realer Märkte sieht vor, dass Gläubiger auch den Nominalwert ihrer Forderungen verlangen und durchsetzen können. Der Nominalwert der Forderungen kann den Gesamtwert des Unternehmens übersteigen. Damit ist ein negativer Ertragswert des Unternehmens und somit das Vorliegen eines Totalverlusts erklärbar. In einem nicht vollkommenen Kapitalmarkt ist auch grundlegend Marktversagen und damit das Vorhandensein öffentlicher Güter sowie deren Finanzierung durch Steuern zu begründen.⁴³⁴ Auch die Existenz steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen wäre unter den Bedingungen eines nicht vollkommenen Kapitalmarktes zu erklären. Eine unbeschränkte Verlustverrechnung könnte gegebenenfalls die Finanzierung öffentlicher Güter gefährden. In Bezug auf das Handeln der Wirtschaftssubjekte wurde bereits in Kapitel 2.2 erläutert, dass dieses bei einem evolutorischen Theorierahmen unter realistischer Unsicherheit erfolgt. Demnach handeln Wirtschaftssubjekte, ohne dass sie alle möglichen Umweltzustände kennen und ohne dass zum Entscheidungszeitpunkt sämtliche Handlungsalternativen bekannt sind. Handlungsalternativen ergeben sich dabei zum Teil erst in Folge des Handelns der Steuerpflichtigen.⁴³⁵ Die Annahme eines evolutorischen Theorierahmens führt zu der Vermutung, dass Steuerpflichtige eine subjektiv rationale Zielgröße verfolgen, die sich in der Maximierung des erwarteten Einkommens nach Steuern äußern könnte. Eine Maximierung einer objektiv rationalen Zielgröße, wie bei einem neoklassischen Theorierahmen angenommen, liegt dagegen nicht vor.⁴³⁶ Bei einem evolutorischen Theorierahmen ist der Markt mit einer „offenen Experimentierarena“ zu vergleichen.⁴³⁷ Für die Formulierung von steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen bedeutet dies, dass sie in Folge eines wechselseitigen Aktions- und

⁴³⁴ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 149-150.

⁴³⁵ Vgl. *Vanberg* (2003), S. 122; *Schmiel*, (2013), S. 146-148;

⁴³⁶ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 146-148.

⁴³⁷ Vgl. *Vanberg* (2003), S. 126, 127 sowie die Ausführungen in Kapitel 2.2.

Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

Reaktionsmechanismus bzw. in Folge eines Lern- und Anpassungsprozess zwischen Gesetzgeber und Steuerpflichtigem entstehen. Der Gesetzgeber reagiert auf Steuer-
ausweichentscheidungen der Steuerpflichtigen mit der Formulierung angepasster oder
neuer Vorschriften. Der Steuerpflichtige berücksichtigt bei seinen Entscheidungen
sein Wissen über die gesetzgeberischen Vorschriften. Dabei ist davon auszugehen,
dass der Steuerpflichtige sein Verhalten entsprechend anpasst, um seine subjektiv
rationale Zielgröße zu optimieren. Es wird demnach kein starres Konstrukt
gesetzlicher Vorschriften unterstellt.⁴³⁸ Im Unterschied zu einem neoklassischen
Theorierahmen berücksichtigt der hier verwendete evolutorische Erklärungsansatz
damit, dass Entscheidungswirkungen der Besteuerung vorkommen bzw. sich nicht
vermeiden lassen. Entscheidungswirkungen können dann entstehen, wenn der
Steuerpflichtige die Besteuerung bei seinen Entscheidungen und Handlungen
einbezieht. Führt die Berücksichtigung der Besteuerung in Bezug auf die individuelle
Zielgröße des Steuerpflichtigen zu einer Veränderung der Rangfolge der
Entscheidungsalternativen, sind Entscheidungswirkungen der Besteuerung zu
erwarten. Mit Entscheidungswirkungen der Besteuerung ist gemeint, dass der
Steuerpflichtige mit Einbezug von Steuern eine andere Entscheidung trifft als ohne
Einbezug von Steuern.⁴³⁹

Nachdem nun der wirtschaftstheoretische Rahmen des zu Grunde gelegten
Besteuerungsziels beschrieben wurde, wird im Folgenden erläutert, wie sich eine
ungleichmäßige Besteuerung darstellen könnte. Es wird hier davon ausgegangen, dass
sich bei den Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung eine ungleichmäßige
Besteuerung in verschiedenen Ausprägungen äußern kann. Wie bereits in Kapitel 1
beschrieben, sind für die folgende Analyse insbesondere drei Ausprägungen relevant,
die sich in die unmittelbar ungleichmäßige Formulierung einer steuerlichen Norm,
das Vorliegen von Interpretationsspielraum bei einer Norm und die inkonsistente
Berücksichtigung gesetzgeberischer Grundlagenentscheidungen bei einer steuerlichen
Norm unterscheiden lassen.

Eine steuerliche Verlustverrechnungsbeschränkung könnte zum Beispiel unmittelbar
so formuliert sein, dass ein gleicher steuerlicher Sachverhalt ungleich besteuert wird,
ohne dass für diese ungleiche Besteuerung eine besondere Begründung vorliegt. Wie
die rechtsdogmatische Analyse in den Kapiteln 2-4 gezeigt hat, führen
spezialgesetzliche Verlustverrechnungsvorschriften dazu, dass bestimmte steuerliche
Verluste eine steuerliche Sonderbehandlung erfahren, indem sie von der Anwendung
der allgemeinen Verlustverrechnungsvorschriften ausgenommen werden. Die hier
betrachteten spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen der § 15a
EStG, § 15b EStG und § 8c KStG führen dazu, dass steuerliche Verluste im
Vergleich zur Anwendung der allgemeinen Verlustverrechnungsvorschriften nur

⁴³⁸ Vgl. Kapitel 2.2.

⁴³⁹ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 146.

Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

eingeschränkt oder gar nicht verrechnet werden können.⁴⁴⁰ Es wäre demnach zu analysieren, ob die steuerliche Sonderbehandlung im Rahmen spezialgesetzlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen eine ungleichmäßige Besteuerung darstellen könnte.

Eine ungleichmäßige Besteuerung kann sich des Weiteren dadurch äußern, dass gesetzliche Regelungen für den Steuerpflichtigen Interpretationsspielraum lassen. Dies könnte sich durch zum Beispiel in Folge undeutlicher Formulierungen, der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe oder Regelungslücken ergeben. Ein Interpretationsspielraum könnte dazu führen, dass ein subjektiv rational agierender Steuerpflichtiger eine steuerliche Vorschrift so anwenden kann, wie dies im Hinblick auf seine individuelle Zielgröße am vorteilhaftesten für ihn ist. Zielt der Steuerpflichtige auf eine Maximierung seines erwarteten Einkommens nach Steuern, könnte er demnach im Rahmen seines Wissens über die steuerlichen Vorschriften einen bestehenden Interpretationsspielraum gezielt dazu einsetzen, um die steuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften für sich möglichst vorteilhaft anzuwenden. Demnach könnte der Steuerpflichtige die steuerlichen Verlustverrechnungsregeln so interpretieren, dass sie für ihn einen möglichst umfangreichen Verlustabzug vorsehen und damit sein erwartetes Einkommen nach Steuern erhöhen. Der Steuerpflichtige könnte so versuchen, einer vergleichsweise höheren Besteuerung auszuweichen. Lässt eine Vorschrift einen solchen Interpretationsspielraum zu, kann es dazu kommen, dass gleiche Sachverhalte eine ungleiche Besteuerung erfahren oder ungleiche Sachverhalte gleich besteuert werden. Außerdem wäre es möglich, dass ungleiche Sachverhalte nicht verhältnismäßig ungleich besteuert werden. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass eine steuerliche Norm stets Interpretationsspielraum aufweisen wird. Wie in Kapitel 2.2 beschrieben, wird davon ausgegangen, dass sich das steuergesetzliche Konstrukt nicht als vollständiges und abgeschlossenes Gesetzesgefüge darstellt. Vielmehr befinden sich die Steuergesetze in einem ständigen Lern- und Anpassungsprozess. Es ist davon auszugehen, dass nicht alle Anwendungsfälle eines Steuergesetzes von vornherein bekannt sind und bei der Formulierung eines Gesetzes berücksichtigt werden können. Dies folgt aus der hier zu Grunde gelegten wirtschaftstheoretischen Prämisse eines nicht vorhandenen perfekten und vollständigen Wissens. So ist bei vielen Sachverhalten nicht eindeutig geregelt, ob oder inwieweit eine gesetzliche Regelung Anwendung findet. Die Anwendung eines Steuergesetzes auf einen nicht eindeutig geregelten Sachverhalt erfordert eine individuelle Auslegung bzw. Interpretation des Steuergesetzes.⁴⁴¹ Dabei bestehen regelmäßig mehrere Deutungsmöglichkeiten, so dass in Bezug auf die Anwendung eines Steuergesetzes stets von Interpretationsspielraum auszugehen ist.⁴⁴² Das Ziel einer gleichmäßigen Besteuerung kann daher in Bezug auf den

⁴⁴⁰ Vgl. dazu Ausführungen Kapitel 4.4-4.6.

⁴⁴¹ Vgl. für einen Überblick der Auslegungsmethoden zum Beispiel *Weingarten* (2013), S. 171 ff.

⁴⁴² Vgl. *Bös* (2009), S. 10, 11.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

Interpretationsspielraum bei gesetzlichen Vorschriften nur als Verringerung des Interpretationsspielraums formuliert werden. Dies könnte zum Beispiel durch Vermeidung unbestimmter Rechtsbegriffe, der Formulierung von nur wenigen Ausnahmeregelungen und der Verwendung von einheitlichen Definitionen erreicht werden.⁴⁴³

Eine ungleichmäßige Besteuerung könnte im hier verstandenen Sinne auch darin bestehen, dass steuerliche Verlustverrechnungsbeschränkungen eine bereits getroffene gesetzgeberische Grundlagenentscheidung nicht konsistent berücksichtigen. Für die folgende Analyse wird damit auch die Realisierung formaler Gerechtigkeit bzw. die Realisierung der Allgemeinheit des Rechts als erforderlich gesehen. Diese sieht das Steuerrechtssystem insbesondere als „ein auf sachgerechten Prinzipien gegründetes Gedankenkonstrukt“, das sich aus einer Grundregel und daraus folgenden Unterregeln zusammensetzt.⁴⁴⁴ „Wenn die Entscheidung für eine Grundregel gefallen ist, müssen die daraus folgenden Unterregeln konsequent abgeleitet werden“.⁴⁴⁵ Demnach sind einmal getroffene Belastungsentscheidungen des Gesetzgebers folgerichtig im Sinne der Belastungsgleichheit umzusetzen.⁴⁴⁶ In Analogie zu der steuerrechtlichen Forderung nach Folgerichtigkeit sind die grundlegenden Entscheidungen in Bezug auf die Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit einheitlich zu definieren und dann konsequent in den Einzelnormen zu berücksichtigen. Diese grundlegenden Entscheidungen bestimmen die Grundstrukturen des Steuerrechts.⁴⁴⁷ An die Vorschriften ist damit auch die Anforderung einer gewissen Beständigkeit geknüpft, so dass Steuerpflichtige Planungssicherheit haben. Demnach impliziert die hier vertretene Auffassung einer gleichmäßigen Besteuerung auch die Gewährleistung von Planungssicherheit für den Steuerpflichtigen.⁴⁴⁸ Die konsistente Ausrichtung der Besteuerung an den grundlegend getroffenen Entscheidungen ist damit für eine gleichmäßige Besteuerung im hier verstandenen Sinne von besonderer Bedeutung. Eine einmal getroffene Entscheidung zur Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit müsste nach dem hier postulierten Besteuerungsziel konsistent im Rahmen der jeweiligen Einzelregelungen berücksichtigt werden. Demnach würden Einzelregelungen, die eine einmal getroffene Entscheidung z. B. in Form einer Kriterienauswahl nicht beachten, gegen eine gleichmäßige Besteuerung verstoßen. Es könnte sein, dass die

⁴⁴³ Vgl. dazu auch ähnlich *Flick* (1994), S. 332-334.

⁴⁴⁴ *Tipke* (2000), S. 256-259, 280-281.

⁴⁴⁵ *Tipke* (2000), S. 281.

⁴⁴⁶ Vgl. *Hey* (2015), § 3, Rz. 124.

⁴⁴⁷ Vgl. *Weber-Grellet* (2001), S. 160.

⁴⁴⁸ Vgl. *Rose* (1985), S. 335; diese Forderung z. B. ähnlich auch bei *Heintzen* (2005), S. 178, für den Planungssicherheit und Beständigkeit bei der Ableitung gleichmäßiger Verlustverrechnungsregeln insbesondere auch eine vertretbare Regelungsbreite und Regelungstiefe bedeutet.

Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit in den gesetzlichen Verlustverrechnungsregelungen nicht konsistent umgesetzt wird und es in Folge dieser Inkonsistenz dann zu einer ungleichmäßigen Besteuerung kommt.

Die beschriebenen Ausprägungen einer ungleichmäßigen Besteuerung führen zu Unterschieden bei der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Ausgaben bzw. der steuerlichen Geltendmachung von Verlusten. Es ergeben sich demnach bei gleichen steuerlichen Sachverhalten unterschiedliche steuerliche Totalbemessungsgrundlagen, bei ungleichen steuerlichen Sachverhalten gleiche steuerliche Totalbemessungsgrundlagen oder bei ungleichen steuerlichen Sachverhalten ungleiche Totalbemessungsgrundlagen, bei denen jedoch die ungleiche Totalbemessungsgrundlage nicht verhältnismäßig zu dem ungleichen steuerlichen Sachverhalt ist. In Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung bedeuten diese als Totalbemessungsgrundlageneffekte⁴⁴⁹ bezeichneten Unterschiede die folgenden Situationen:

- Bei Steuerpflichtigen besteht eine gleiche Minderung des wirtschaftlichen Einkommens, die steuerliche Verlustverrechnung sieht jedoch jeweils eine ungleiche steuerliche Verrechnung vor.
- Bei Steuerpflichtigen liegt eine ungleiche Minderung des wirtschaftlichen Einkommens vor, die steuerliche Verlustverrechnung regelt jedoch jeweils eine gleiche steuerliche Verlustverrechnung. Bei einer ungleichen Minderung des wirtschaftlichen Einkommens würde außerdem eine ungleichmäßige Besteuerung entstehen, wenn die steuerliche Verlustverrechnung zwar ungleich ausgestaltet ist, aber die ungleiche Behandlung nicht verhältnismäßig zu den ungleichen Minderungen des wirtschaftlichen Einkommens ist.

Die Berücksichtigung steuerlicher Verluste verringert die steuerliche Totalbemessungsgrundlage und bedeutet daher für den Steuerpflichtigen ein höheres erwartetes Einkommen nach Steuern. Steuerliche Vorschriften, die eine Berücksichtigung von Verlusten beschränken, führen demnach für den Steuerpflichtigen zu einem geringeren erwarteten Einkommen nach Steuern. Es ist demnach davon auszugehen, dass ein subjektiv rational agierender Steuerpflichtiger, dessen individuelle Zielgröße eine Maximierung seines erwarteten Einkommens nach Steuern darstellt, die gesetzlichen Möglichkeiten zur steuerlichen Berücksichtigung von Verlusten in seine Entscheidungen mit einbezieht. Ist für einen Steuerpflichtigen erkennbar, dass es Möglichkeiten gibt, einer gesetzlichen Beschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung auszuweichen und damit sein erwartetes Einkommen nach Steuern zu erhöhen, wäre zu vermuten, dass der Steuerpflichtige diese Möglichkeiten ausschöpft. Es wäre demnach möglich, dass Verlustverrechnungsbeschränkungen Steuerausweichentscheidungen entfalten können.⁴⁵⁰ Durch die Besteuerung ausgelöste Steuerausweichentscheidungen liegen dann vor,

⁴⁴⁹ Vgl. *Schmiel* (2013), S. 146.

⁴⁵⁰ Vgl. *Schmiel*, (2013), S. 146-148.

„wenn die Besteuerung die Rangfolge der subjektiv-rationalen Zielgrößen der relevanten Entscheidungsalternativen ändert. Es wird dann unter Berücksichtigung von Steuern eine andere Entscheidung getroffen als ohne Berücksichtigung von Steuern.“⁴⁵¹ Steuerausweichentscheidungen sind regelmäßig dann zu erwarten, wenn der Steuerpflichtige eine ungleichmäßige Besteuerung empfindet. Steuerausweichentscheidungen können daher als Indiz für das Vorliegen einer ungleichmäßigen Besteuerung gesehen werden.⁴⁵² In Bezug auf steuerliche Verlustverrechnungsbeschränkungen würde sich eine ungleichmäßige Besteuerung im Hinblick auf die steuerlichen Totalbemessungsgrundlagen in Form des wirtschaftlichen Einkommens äußern. Der Steuerpflichtige würde bei einer Steuerausweichentscheidung in Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung demnach davon ausgehen, dass eine gleiche Minderung des wirtschaftlichen Einkommens zu einer ungleichen steuerlichen Verlustverrechnung führt, eine ungleiche Minderung des wirtschaftlichen Einkommens eine gleiche steuerliche Verlustverrechnung zur Folge hat oder mit einer steuerlichen Verlustverrechnung, die nicht verhältnismäßig zu den ungleichen Minderungen des wirtschaftlichen Einkommens ist, einhergeht. Evolutorische Gleichmäßigkeit setzt deshalb eine Verringerung von Steuerausweichentscheidungen voraus.⁴⁵³ Dabei geht es darum, eine ungleichmäßige Besteuerung aufzuzeigen und zu verringern. Entscheidungsneutralität wird nicht angestrebt, da diese nicht zu realisieren ist.⁴⁵⁴

Für die folgende rechtskritische Analyse ist das Besteuerungsziel Gleichmäßigkeit der Besteuerung inhaltlich weiter zu konkretisieren. Entgegen der grundsätzlichen einheitlichen Auffassung, dass ein Steuersystem gewissen Gerechtigkeitsanforderungen zu genügen hat, gibt es eine Vielzahl möglicher Ansätze und Indikatoren, Gerechtigkeit in Bezug auf das Steuersystem zu definieren. Auf Grundlage des hier vertretenen kritisch-rationalistischen Wissenschaftsverständnisses wird davon ausgegangen, dass es Argumente für und gegen mögliche Vorschläge zur Konkretisierung des Besteuerungsziels gibt, die im folgenden Kapitel diskutiert werden.

5.4 Konkretisierung einer gleichmäßigen Besteuerung

Im Folgenden soll dargelegt werden, wie sich eine Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit darstellen könnte. Dazu werden die möglichen Varianten zur Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit systematisiert und erläutert. Ausgangspunkt der Betrachtung bildet die vorgenannte aristotelische Überlegung, das Gleiche als gerecht zu bezeichnen und damit steuerliche Gleichmäßigkeit als Teil steuerlicher

⁴⁵¹ Vgl. *Schmiel* (2014a), S. 23.

⁴⁵² Vgl. *Schmiel* (2014a), S. 23; *Schmiel* (2013), S. 153.

⁴⁵³ Vgl. *Schmiel*, (2013), S. 153, 156.

⁴⁵⁴ Vgl. Kapitel 5.2.

Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

Gerechtigkeit zu konkretisieren.⁴⁵⁵ Die Varianten zur Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit werden einer kritischen Betrachtung zugeführt, um Argumente für und gegen die jeweilige Auswahl zu finden.

Wie die Abbildung 8 darstellt, ist der Ausgangspunkt für eine Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit die Auswahl eines Prinzips, an dem sich eine gleichmäßige Besteuerung ausrichtet. Einschlägig sind dazu das Äquivalenzprinzip, das Leistungsfähigkeitsprinzip und das Kopfsteuerprinzip.⁴⁵⁶

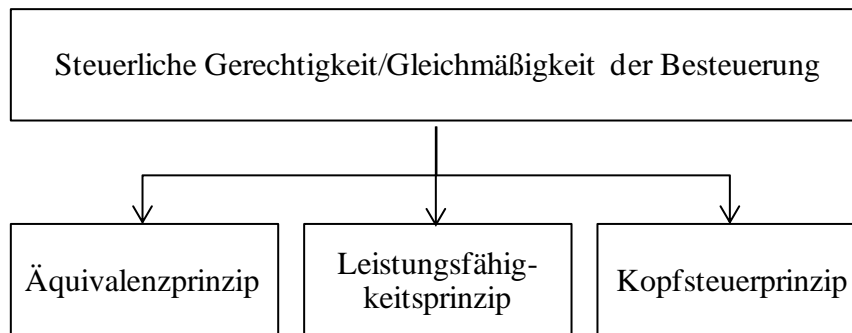


Abbildung 8: Prinzipien zur Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit

Eine Besteuerung auf Grundlage des Äquivalenzprinzips würde den Steuerpflichtigen in Abhängigkeit davon zur Steuer heranziehen, wie dieser Nutzen aus öffentlichen Leistungen gezogen hat.⁴⁵⁷ Der Gedanke, Steuern als Äquivalent für Staatsleistungen zu verstehen, könnte als grundlegende Rechtfertigung für die Erhebung von Steuern gesehen werden. Das Verständnis, Steuern als Gebühren für die Inanspruchnahme von Staatsleistungen zu verlangen, scheidet jedoch an einer möglichen praktischen Umsetzung. Die Inanspruchnahme staatlicher Leistungen durch einen Steuerpflichtigen ließe sich schwerlich messen und in eine dem Nutzen äquivalente Gebühr umrechnen.⁴⁵⁸ Außerdem wäre zum Beispiel fraglich, wie mit Verlusten oder der Verrechnung eines steuerfreien Existenzminimums umgegangen werden könnte. Der Idee, Steuern als Gebühren für die Inanspruchnahme von Staatsleistungen zu erheben, fehlt eine sozialstaatliche Eignung, die letztlich zu einer Verfassungsinkonformität führen würde.⁴⁵⁹ Eine Besteuerung auf Grundlage des Äquivalenzprinzips würde auch § 3 Abs. 1 AO widersprechen, da Steuern nach Maß-

⁴⁵⁵ Vgl. *Aristoteles* (2001), S. 195-205.

⁴⁵⁶ Vgl. *Tipke* (2000), S. 473-534.

⁴⁵⁷ Vgl. *Birk* (2014), § 1 B I 1, Rz. 29; *Weber-Grellet* (2001), S. 173-174; *Seidl* (1988), S. 93.

⁴⁵⁸ Vgl. *Birk* (2009), § 1 B I, Rz. 29 ff.

⁴⁵⁹ Vgl. *Tipke* (2000), S. 476-477.

Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

gabe des aktuellen Steuerrechts als Geldleistungen ohne staatliche Gegenleistung definiert werden.⁴⁶⁰ Gegebenenfalls könnte das Äquivalenzprinzip hinsichtlich der Verteilung der Gewerbesteuer auf die einzelnen Städte und Gemeinden herangezogen werden. Die Realisierung von Gleichmäßigkeit der Besteuerung durch das Äquivalenzprinzip soll hier, bedingt durch die vorgenannten Einschränkungen, nicht weiter thematisiert werden.⁴⁶¹

Eine Besteuerung auf Grundlage des Kopfsteuerprinzips würde jedem die absolut gleiche Steuerlast zuweisen.⁴⁶² Ein solches Prinzip ließe sich mit den Grundsätzen eines Sozialstaats nicht vereinbaren.⁴⁶³ Eine weitere Betrachtung des Kopfsteuerprinzips unterbleibt daher.⁴⁶⁴

Die Bedeutung der beiden vorgenannten Prinzipien ist in Bezug auf das aktuell geltende Ertragsteuerrecht insofern äußerst gering.⁴⁶⁵ Zur Verwirklichung einer gleichmäßigen Besteuerung wird vielmehr regelmäßig an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen angeknüpft und in diesem Kontext auf das Leistungsfähigkeitsprinzip rekurriert.⁴⁶⁶ Demgemäß soll sich die Gleichmäßigkeit der Besteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen orientieren. Steuerpflichtige mit gleich hoher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sollen gleich hoch besteuert werden. Steuerpflichtige mit ungleich hoher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sollen relativ zum Maß der Ungleichheit ungleich besteuert werden.⁴⁶⁷ Diese Form der Gleichmäßigkeit wird von *Schneider* auch als horizontale Gerechtigkeit oder horizontale Gleichmäßigkeit bezeichnet.⁴⁶⁸ *Weber-Grellet* versteht im Unterschied dazu unter horizontaler Gerechtigkeit eine relative Leistungsfähigkeit bzw. Gleichheit zwischen den Bürgern, die sich auf die Proportionen der Belastung bezieht.⁴⁶⁹ *Jansen* sieht in der horizontalen Gerechtigkeit

⁴⁶⁰ Vgl. *Hey* (2015), § 3, Rz. 44.

⁴⁶¹ Eine detaillierte Darstellung des Äquivalenzprinzips findet sich beispielsweise bei *Tipke* (2000), S. 476-479.

⁴⁶² Vgl. *Tipke* (2000), S. 262.

⁴⁶³ Vgl. *Tipke* (2000), S. 475.

⁴⁶⁴ Eine detaillierte Darstellung des Kopfsteuerprinzips findet sich beispielsweise bei *Tipke* (2000), S. 473-475.

⁴⁶⁵ Hierbei ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Gewerbesteuer historisch als Ausgleich für die Lasten, die den Gemeinden durch Gewerbebetriebe entstehen, begründet und damit nach dem Äquivalenzprinzip gerechtfertigt wurde (vgl. *Montag* (2015), § 12, Rz. 1).

⁴⁶⁶ Vgl. *Hey* (2015), § 3 Rz. 41.

⁴⁶⁷ Ähnlich auch in Form der sogenannten „Edinburgher Regel“ mit der Aussage: „Leave them as you find them“ vgl. z. B. *Birk* (1988), S. 821.

⁴⁶⁸ Vgl. *Schneider* (2002), S. 231.

⁴⁶⁹ Vgl. *Weber-Grellet* (2001), S. 167 ff.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

lediglich eine ordinale Messung der Leistungsfähigkeit.⁴⁷⁰ Von der horizontalen Gleichmäßigkeit ist die sogenannte vertikale Gerechtigkeit bzw. vertikale Gleichmäßigkeit abzugrenzen. Bei dieser steht eine Umverteilung des Einkommens zum Erreichen von Gerechtigkeit im Fokus.⁴⁷¹ *Jansen* fordert die Konkretisierung vertikaler Gerechtigkeit durch andere Gerechtigkeitsnormen.⁴⁷² *Siegel* diskutiert diese Form des Leistungsfähigkeitsprinzips, bei der es um Umverteilung geht, als Ausdruck des Sozialstaatsprinzips.⁴⁷³ *Weber-Grellet* versteht unter vertikaler Gerechtigkeit die Forderung, Rücksicht auf die absolute Leistungsfähigkeit des Einzelnen bzw. die Intensität des Steuereingriffes zu nehmen. Dabei steht das Verhältnis zwischen Bürger und Staat dergestalt im Vordergrund, dass die absolute Gleichmäßigkeit in Form der Gesamtbelastung des Einzelnen bestimmte Grenzen nicht überschreiten darf.⁴⁷⁴ Ein wesentlicher Unterschied wird bei *Weber-Grellet* zwischen horizontaler und vertikaler Gerechtigkeit insofern nicht gesehen.⁴⁷⁵ Horizontale und vertikale Gleichmäßigkeit sind nach hier vertretener Auffassung voneinander zu trennen. Dabei setzt vertikale Gleichmäßigkeit eine horizontale Gleichmäßigkeit voraus.⁴⁷⁶

Ein einheitliches Verständnis über den Inhalt der Gleichmäßigkeit der Besteuerung existiert nicht.⁴⁷⁷ Vielmehr ist die Vielfalt unterschiedlicher Definitionen so ergiebig, dass der Eindruck entsteht, eine materiell-gehaltvolle Konzeption der Einkommensermittlung fehle im deutschen Steuerrecht.⁴⁷⁸ Für eine Konkretisierung der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit besteht demnach eine Vielzahl möglicher Definitionsansätze, deren Vor- und Nachteile im Hinblick auf das hier zu Grunde gelegte kritisch rationalistische Wissenschaftsverständnis abzuwägen sind. Die Indikatoren zur Konkretisierung von Gleichmäßigkeit der Besteuerung haben sich auch über die Historie des Steuerrechts mit verändert.⁴⁷⁹ Daher erscheint es erforderlich, nach einer Systematik der Definitionen zu suchen, um darauf aufbauend, wesentliche Merkmale in Bezug auf eine gleichmäßige Besteuerung hinsichtlich der steuerlichen Verlustverrechnung festzumachen. Dabei wäre

⁴⁷⁰ Vgl. *Jansen* (2006), S. 83.

⁴⁷¹ Vgl. *Schneider* (1984), S. 357.

⁴⁷² Vgl. *Jansen* (2006), S. 83.

⁴⁷³ Vgl. *Siegel* (2007a), S. 635.

⁴⁷⁴ Vgl. *Weber-Grellet* (2001), S. 167 ff.

⁴⁷⁵ Vgl. *Weber-Grellet* (2001), S. 167 ff.

⁴⁷⁶ Vgl. *Schneider* (1984), S. 360.

⁴⁷⁷ Vgl. *Müller* (2001), S. 32 f.; *Wagner* (2004), S. 248; *Schmiel* (2009), S. 1204; *Meßmer* (1981), S. 3.

⁴⁷⁸ Vgl. *Wagner* (1992), S. 10.

⁴⁷⁹ Vgl. *Lang* (2009), S. 56.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

grundsätzlich zu berücksichtigen, dass eine Anknüpfung der Besteuerung an eine ökonomisch greifbare Handlung vorliegt.⁴⁸⁰

Eine Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wäre insbesondere hinsichtlich der Bezugsgröße und des Bezugssubjekts erforderlich. Dadurch würde konkretisiert, wie die Ermittlung eines steuerlichen Verlusts und dessen Zuordnung zu einem Bezugssubjekt vor dem Hintergrund des hier vertretenen Gleichmäßigkeitsverständnisses erfolgen kann. Auch hierbei ist zu beachten, dass nicht von einer eindeutigen Konkretisierung ausgegangen wird, sondern im Kontext des hier vertretenen kritisch-rationalistischen Wissenschaftsverständnisses nur Argumente für und gegen die vorgetragenen Alternativen beschrieben werden.

Schneider systematisiert die Bezugsgrößen zur Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit in Entstehung und Verwendung des Wohlstands und marktmäßige Verwirklichung oder persönliche Möglichkeit der Verwirklichung.⁴⁸¹ Diese grundlegende Systematisierung wird in der Abbildung 9 aufgegriffen, um weitere Details der Indikatorenauswahl erweitert und im Anschluss daran in Bezug auf die einzelnen Indikatoren erläutert.

⁴⁸⁰ Vgl. *Schneider* (1971), S. 360.

⁴⁸¹ Vgl. *Schneider* (2002), S. 241 ff.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

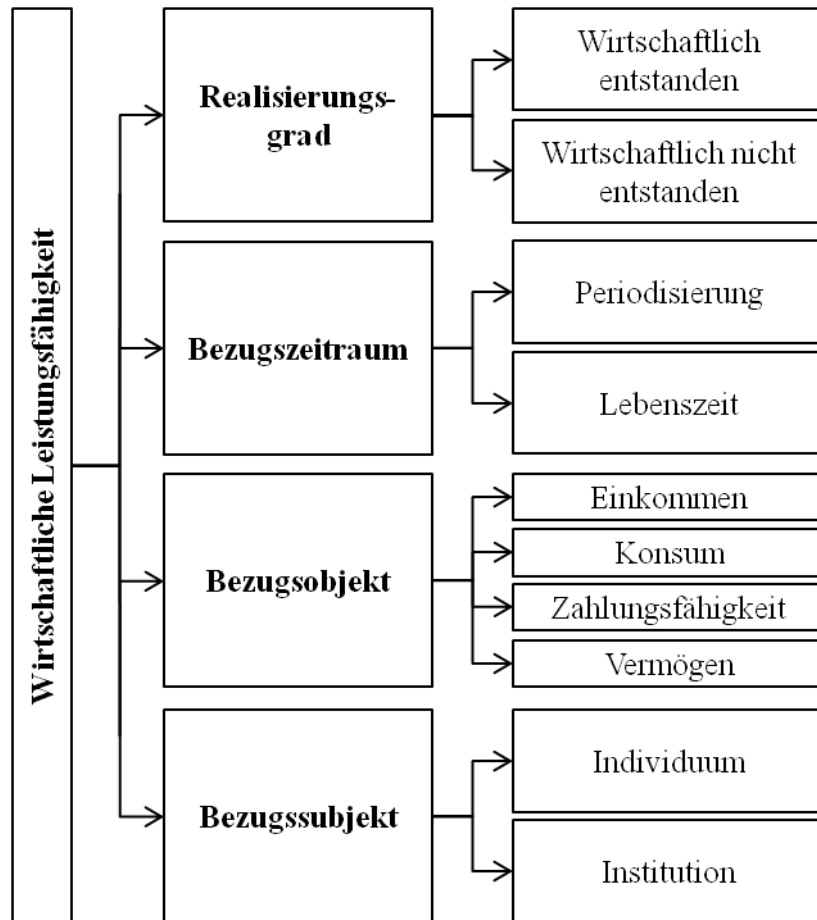


Abbildung 9: Kriterien wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

Wie Abbildung 9 verdeutlicht, ist hinsichtlich der Bezugsgröße wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu unterscheiden, wann diese als realisiert gilt (Realisierungsgrad), in welchen Zeitabständen diese ermittelt wird (Bezugszeitraum) und worin und bei wem der Anknüpfungspunkt für wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bestehen soll (Bezugsobjekt und Bezugssubjekt). Diese Unterscheidung zu Grunde legend, werden im Folgenden Alternativen aufgezeigt, die bei einer Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bestehen. Wie sich zeigen wird, wird für die weiteren Ausführungen weitgehend der aktuellen gesetzlichen Auffassung zur Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit gefolgt.

Hinsichtlich ihres Realisierungsgrads lassen sich Verluste in wirtschaftlich entstandene und wirtschaftlich nicht entstandene Verluste unterscheiden. Diese Unterscheidung folgt der in Kapitel 3.1 beschriebenen steuerbilanzrechtlichen Auffassung, dass Verluste steuerbilanziell erst dann zu berücksichtigen sind, wenn sie in zeitlicher Hinsicht zum Bilanzstichtag wirtschaftlich entstanden sind. Demnach müsste die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen in Folge der

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

Verluste bereits gemindert sein, bevor eine steuerliche Verrechnung des Verlusts erfolgen kann.

Eine Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit könnte sich bereits durch eine Schmälerung künftiger Gewinnchancen ergeben oder erst bei einer bereits eingetretenen wirtschaftlichen Belastung. Es könnte argumentiert werden, dass eine Schmälerung zukünftiger Gewinnchancen keinen gegenwärtigen Verlust bedeutet.⁴⁸² Demgegenüber steht jedoch der Aspekt, dass auch ein noch nicht entstandener Verlust, sofern eine Verlustverrechnung mit künftigen Gewinnen vorgesehen ist, bereits eine wirtschaftliche Belastung darstellen könnte, die bereits verrechnungsfähig sein sollte.⁴⁸³ Fraglich wäre demnach, ob bereits ein steuerlicher Verlust vorliegt, wenn eine Verpflichtung besteht, einen Verlust, der aktuell noch nicht zu einer unmittelbaren wirtschaftlichen Belastung führt, mit künftigen Gewinnen auszugleichen.⁴⁸⁴ Es soll hier der Auffassung gefolgt werden, dass ein Verlust erst dann wirtschaftlich entstanden ist, wenn er eine wirtschaftliche Belastung darstellt. Wirtschaftliche Belastung bedeutet, dass zukünftige Ausgaben steuerbilanziell nicht zu berücksichtigen sind, wenn sie in Verbindung zu künftigen Erträgen stehen.⁴⁸⁵ Stehen zukünftige Ausgaben dagegen in Verbindung zu Erträgen, die wirtschaftlich bereits entstanden sind, sind sie steuerbilanziell zu berücksichtigen.⁴⁸⁶

Im Hinblick auf den *Bezugszeitraum* wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit kann zwischen einer Besteuerung des Lebenseinkommens bzw. Totalgewinns und einer abschnittswisen Besteuerung unterschieden werden.⁴⁸⁷ Eine Besteuerung des Lebenseinkommens bzw. Totalgewinns würde das gesamte Einkommen bzw. den Totalgewinn eines Steuerpflichtigen einmalig zum Lebensende des Steuerpflichtigen bzw. zum Ende einer Unternehmens besteuern.⁴⁸⁸ Eine einmalige Besteuerung des Lebenseinkommens bzw. Totalgewinns eines Steuerpflichtigen wäre jedoch nicht realisierbar. Bei einer einmaligen Besteuerung am Lebensende würde die Besteuerung zu Lebzeiten sowohl für den Steuerpflichtigen als auch für den Staat eine unsichere Größe darstellen. Es wäre außerdem fraglich, wie z. B. mit Gesetzesänderungen, Inflations- und Zinseffekten umzugehen wäre.⁴⁸⁹ Damit zeigt sich, dass die technische Erfassung der Besteuerungsgrundlagen regelmäßig Typisierungen und

⁴⁸² Vgl. z. B. *Lüdemann* (1998), S. 30 mit Verweis auf *Thiel* (1964), S. 1168.

⁴⁸³ Vgl. *Lüdemann* (1998), S. 31.

⁴⁸⁴ Vgl. *Lüdemann* (1998), S. 33.

⁴⁸⁵ Vgl. *Weber-Grellet* (2016), § 5 EStG, Rz. 383; *Weber-Grellet* (2002), S. 2180-2183.

⁴⁸⁶ Vgl. *Weber-Grellet* (2016), § 5 EStG, Rz. 383; *Weber-Grellet* (2002), S. 2180-2183.

⁴⁸⁷ Vgl. *Eckhoff* (2005), S. 30 ff. *Eckhoff* verwendet bei der Unterscheidung des Bezugszeitraums die Bezeichnungen „Totalitätsprinzip“ und „Periodizitätsprinzip“.

⁴⁸⁸ Vgl. *Eckhoff* (2005), S. 30, 31.

⁴⁸⁹ Vgl. *Mönikes* (2006), S. 25-28

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

Pauschalisierungen in Form einer Periodisierung bzw. abschnittswisen Besteuerung erfordert, um die Praktikabilität und Funktionsfähigkeit der Besteuerung zu gewährleisten.⁴⁹⁰ Demnach steht bei einer Besteuerung des Lebenseinkommens bzw. Totalgewinns nicht die einmalige Besteuerung eines abgeschlossenen Zeitraums im Vordergrund. Eine abschnittsweise Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen wäre demnach durchaus mit einer Besteuerung des Lebenseinkommens bzw. des Totalgewinns vereinbar. Im Rahmen einer Besteuerung des Lebenseinkommens bzw. Totalgewinns geht es vielmehr darum, „einen möglichst vollständigen Ausgleich der durch eine abschnittsweise Besteuerung verursachten Ungerechtigkeiten zu erreichen.“⁴⁹¹ Dazu wäre insbesondere die Möglichkeit eines interperiodischen Verlustausgleichs erforderlich.⁴⁹²

Eine abschnittsweise Besteuerung würde einen bestimmten Abschnitt als Bezugszeitraum wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit auswählen und regelmäßig wiederkehrend besteuern. Hinsichtlich der steuerlichen Verlustverrechnung würde eine abschnittsweise Besteuerung keine interperiodische Verlustverrechnung erforderlich machen, da die Besteuerung auf einen jeweils abgeschlossenen Bezugszeitraum ausgerichtet wäre.⁴⁹³ Das geltende deutsche Steuerrecht nimmt weder eine klare Besteuerung des Lebenseinkommens bzw. Totalgewinns, noch eine klare abschnittsweise Besteuerung vor. Vielmehr verknüpft das deutsche Steuerrecht hinsichtlich des Bezugszeitraums wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit beide Vorgehensweisen.⁴⁹⁴ Für die vorliegende Analyse wird bei der Anknüpfung an den Bezugszeitraum wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit dem geltenden deutschen Steuerrecht gefolgt.⁴⁹⁵ Demnach erfolgt eine abschnittsweise Feststellung eines steuerlichen Verlusts jeweils zum Ende eines Wirtschaftsjahres für den Zeitraum des entsprechenden Wirtschaftsjahres. Außerdem besteht eine periodenübergreifende Berücksichtigung steuerlicher Verluste in Form eines Verlustrücktrags oder eines Verlustvortrags.⁴⁹⁶

Der Anknüpfungspunkt in Form eines *Bezugsobjekts* wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit hat sich im Zeitablauf verändert. Im 17. Jahrhundert stand eine Orientierung am Vermögen, zuerst in Form von Grund und Boden und danach in Form des

⁴⁹⁰ Vgl. *Tipke* (2000), S. 503; *Hey* (2015), § 3, Rz. 18.

⁴⁹¹ *Eckhoff* (2005), S. 30, 31.

⁴⁹² Vgl. *Mönikes* (2006), S. 25, 26; *Eckhoff* (2005), S. 30, 31.

⁴⁹³ Vgl. *Eckhoff* (2005), S. 31, 32; *Mönikes* (2006), S. 26-28.

⁴⁹⁴ Vgl. *Eckhoff* (2005), S. 32-35.

⁴⁹⁵ Vgl. hinsichtlich einer ausführlichen Diskussion Lebenseinkommen versus Periodeneinkommen in Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung zum Beispiel *Dorenkamp* (2010), S. 11; *Eckhoff* (2005), S. 30-35 und *Mönikes* (2005), S. 25 ff. sowie die dort genannten weiterführenden Literaturquellen.

⁴⁹⁶ Vgl. dazu die Regelung des § 10d EStG, die in Kapitel 3.2 dargestellt wird.

Geschäftsvermögens von Handel und Gewerbe, im Vordergrund. Ab dem 21. Jahrhundert liegt der Fokus auf dem Erwerbseinkommen.⁴⁹⁷ Bezugsgröße wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit könnte das Einkommen oder der Konsum sein. Es wird demnach zwischen einkommensorientierter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und konsumorientierter wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit (Rückgriff auf nutzen-theoretische Überlegungen) unterschieden.⁴⁹⁸ Außerdem könnte die Zahlungsfähigkeit Anknüpfungspunkt für die Bemessung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit sein. Dabei würde die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als Verfügbarkeit von Zahlungsmitteln gesehen.⁴⁹⁹ Allerdings kann weder dem Vermögen noch dem Einkommen eine Aussage über die darauf begründeten Liquiditätsüberschüsse entnommen werden, so dass die Anknüpfung an die Zahlungsfähigkeit aus ökonomischer Perspektive nicht nachvollziehbar ist.⁵⁰⁰ Zahlungsfähigkeit ist letztlich das Ergebnis der Entscheidung zwischen Konsum und Investition, so dass bei Verwendung der Zahlungsfähigkeit als Anknüpfungspunkt für die Besteuerung nur diejenigen zur Steuerpflicht herangezogen würden, „die ihr Geld nicht ausgegeben oder angelegt haben.“⁵⁰¹ Aus vorgenannten Gründen wird Leistungsfähigkeit nicht weiter in Form der Anknüpfung an die Zahlungsfähigkeit betrachtet.

Bei einer Anknüpfung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit an den Konsum würde die Besteuerung auf Grundlage der Konsumausgaben vorgenommen. Die Ausrichtung der Besteuerung am Konsum wird als Zielgrößenbesteuerung verstanden, die Neutralität der Besteuerung und Verzerrungsfreiheit der Ressourcenallokation schaffen soll.⁵⁰² Wie bereits in Kapitel 5.2 erläutert, setzt eine entscheidungsneutrale Besteuerung einen neoklassischen Theorierahmen voraus. Die dabei zu Grunde liegenden Prämissen sind mit der Realität nicht vereinbar, so dass eine entscheidungsneutrale Zielgrößenbesteuerung an ihrer Realisierbarkeit scheitert.⁵⁰³ Fraglich wäre bei einer Besteuerung des Konsums zum Beispiel auch, ob ein Konsumverzicht bzw. das Sparen des Steuerpflichtigen mit in die Besteuerung einzubeziehen wäre. Die Besteuerung knüpft regelmäßig an eine „ökonomisch greifbare Handlung“ an.⁵⁰⁴ Bei Besteuerung des Konsums wären dies grundsätzlich die Bedarfsdeckung bzw. die Konsumausgaben. Im Rahmen der Ausgestaltung einer Konsumsteuer müsste geklärt werden, ob mit einem Konsumverzicht auch eine Form

⁴⁹⁷ Vgl. *Lang* (2009), S. 54 f.

⁴⁹⁸ Vgl. *Diller/Grottko* (2010), S. 125 f. Eine diesbezüglich weiterführende Diskussion findet sich z. B. bei *Wagner* (1999), S. 15-35; *Schneider* (1999b), S. 1-14; *Wenger* (1999), S. 37-63.

⁴⁹⁹ Vgl. *Kirchhof* (1985), S. 326.

⁵⁰⁰ Vgl. *Wagner* (1992), S. 9.

⁵⁰¹ *Schneider* (2002), S. 236.

⁵⁰² Vgl. *Wagner* (1991), S. 78.

⁵⁰³ Vgl. Kapitel 5.2.

⁵⁰⁴ *Schneider* (1971), S. 360.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

der Bedürfnisbefriedigung verbunden ist, die der Besteuerung unterliegt.⁵⁰⁵ Die Anknüpfung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit an den Konsum würde nach *Kirchhof* einer Besteuerung nach der persönlichen Leistungsfähigkeit widersprechen. *Kirchhof* geht bei dieser Einschätzung davon aus, dass eine Besteuerung nach der persönlichen Leistungsfähigkeit nur im Rahmen einer direkten Steuer bzw. einer Steuer, die an die persönliche Steuerpflicht anknüpft, erreicht werden kann. Die derzeitige Form der Konsumbesteuerung (bzw. die Umsatzsteuer) sieht eine indirekte Form der Besteuerung vor, indem sie an den Umsatzvorgang anknüpft. Diese Form der Erhebungstechnik steht nach der Auffassung von *Kirchhof* einer Besteuerung nach der persönlichen Leistungsfähigkeit entgegen.⁵⁰⁶ Hingegen geht *Wagner* davon aus, dass die derzeitige Erhebungstechnik der indirekten Besteuerung eine Konsumbesteuerung nicht ausschließt, denn eine Konsumsteuer könnte auch als persönliche Ausgaben-Steuer konzipiert werden.⁵⁰⁷ Im Rahmen der Anknüpfung an den Konsum wird insbesondere auch eine Verbindung zwischen neoklassisch entscheidungsneutraler Steuerbemessungsgrundlage und Gleichmäßigkeit der Besteuerung gesehen.⁵⁰⁸ Auch *Tipke/Lang* sehen die Konsumleistungsfähigkeit durchaus mit rechtlichen Normen vereinbar.⁵⁰⁹ Bei Anknüpfung der Besteuerung an den Konsum müsste die Besteuerung des Vermögens in Kombination zur Besteuerung nach dem Konsum gesehen werden, denn ansonsten würde die Vermögensbildung gegenüber einem Sofortkonsum benachteiligt. Bei einer gleichzeitigen Besteuerung des Einkommens und des Konsums wäre daher zu berücksichtigen, dass ein Vermögensertrag möglicherweise bereits im Rahmen der Einkommensbesteuerung erfasst ist, so dass es bei einer Besteuerung des Konsums zu einer mehrfachen Besteuerung kommen könnte.⁵¹⁰ Die vorliegende Analyse betrachtet Verlustverrechnungsvorschriften des aktuellen deutschen Einkommen- und Körperschaftsteuerrechts. Diese Vorschriften schränken die Berücksichtigung eines negativen steuerlichen Einkommens von Steuerpflichtigen ein. Das Bezugsobjekt für die vorliegende Analyse stellt daher das Einkommen dar. Im Rahmen der Auswahl eines anderen Bezugsobjekts wäre es nicht möglich, bestehende steuerliche Vorschriften zur Einkommens- und Körperschaftbesteuerung zu analysieren.

Formal könnte das Einkommen als Saldogröße zwischen Anfangs- und Endvermögen einer bestimmten Periode gemessen werden. Dies impliziert eine Abhängigkeit des Einkommensbegriffs vom Vermögensbegriff.⁵¹¹ Das Einkommen würde insofern als

⁵⁰⁵ Vgl. *Schneider* (1971), S. 361.

⁵⁰⁶ Vgl. *Kirchhof* (1985), S. 319-329; *Wagner* (1992), S. 10.

⁵⁰⁷ Vgl. *Wagner* (1992), S. 10.

⁵⁰⁸ Vgl. *Wagner* (1992), S. 10.

⁵⁰⁹ Vgl. *Wagner* (1992), S. 10.

⁵¹⁰ Vgl. *Tipke* (2000), S. 505-506.

⁵¹¹ Vgl. *Wagner* (1999), S. 16 f.

Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

realisierter Reinvermögenszugang gelten.⁵¹² In Bezug auf den materiellen Einkommensbegriff wäre zu klären, woraus sich die Bezugsgröße zusammensetzt. Bei Anknüpfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit an das Einkommen wäre zu unterscheiden, ob die Bezugsgröße in Form eines objektiven oder subjektiven Markteinkommens gewählt werden soll. Im Rahmen der Bezugsgröße des objektiven Markteinkommens wäre das Einkommen auf Grundlage des dann anwendbaren objektiven Nettoprinzips um den erwerbssichernden Aufwand zu vermindern. Bei Rückgriff auf das subjektive Markteinkommen wäre auf Grundlage des dann anwendbaren subjektiven Nettoprinzips das Einkommen z. B. auch um den existenzsichernden Aufwand zu verringern. Demnach wären Sozialausgaben, das heißt, gesellschaftspolitisch erwünschte bzw. gesetzlich erzwungene Verwendungen, einkommensmindernd zu erfassen.⁵¹³ Als wirtschaftliche Leistungsfähigkeit würde dann nur das Einkommen ermittelt, das nach Abzug gesellschaftspolitisch erwünschter und/oder gesetzlich erzwungener Verwendungen verbleibt. Gesellschaftspolitisch erwünschte Verwendungen könnten insbesondere Spenden natürlicher oder juristischer Personen sein. Gesetzlich erzwungene Verwendungen könnten beispielsweise Steuerzahlungen oder Beiträge an Pflichtversicherungen oder Pflichtmitgliedschaften sein. Damit wäre auch eine Abgrenzung vorzunehmen, was als gesellschaftspolitisch erwünschte und/oder gesetzlich erzwungene Verwendungen einzuordnen ist.

Die aktuelle Gesetzeslage sieht gemäß § 10d Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 EStG vor, dass die Verlustverrechnung ermittlungstechnisch vor den Sonderausgaben, außergewöhnlichen Belastungen und sonstigen subjektiven Abzugsbeträgen erfolgt. Dies wird als Argument dafür gesehen, dass sich bei einer Analyse steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Rahmen eines objektiven Einkommensbegriffs konkretisiert, bei dem Sonderausgaben, außergewöhnliche Belastungen und sonstige subjektive Abzugsbeträge keine Bedeutung haben. Außerdem erscheint es im Rahmen der hier vorliegenden Analyse nicht möglich, eine objektivierbare Abgrenzung von Verwendungen vorzugeben, die aus gesellschaftspolitischen oder gesetzlichen Gründen als steuerlich abziehbar gelten oder eben nicht. Es wird demnach für die folgenden Ausführungen davon ausgegangen, dass sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Steuerpflichtigen über dessen objektives Markteinkommen definiert.

Des Weiteren ist abzugrenzen, aus welchen Einkunftsarten sich das Einkommen zusammensetzt. Das Einkommen könnte sich als Summe verschiedener Einkunftsarten ergeben. Die einbezogenen Einkunftsarten könnten in Bezug auf ihre Erfassung zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und damit ihre steuerlichen Implikationen gleichbehandelt werden. Die Folge wäre eine sogenannte synthetische Einkommensteuer. Die Konzeption einer synthetischen Einkommensteuer ist in der

⁵¹² Vgl. *Schneider* (1971), S. 355.

⁵¹³ Vgl. *Schneider* (1984), S. 357; *Birk* (1989), S. 215.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

Realität, bedingt durch die Verschiedenartigkeit der Einkünfte, nur näherungsweise erreicht.⁵¹⁴ Im Unterschied zur synthetischen Einkommensteuer könnte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch in Bezug auf eine Einkunftsart verstanden werden, was eine sogenannte Schedulessteuer zur Konsequenz haben würde. Bei einer Schedulessteuer würden die einzelnen Einkunftsarten jeweils einer unterschiedlichen Besteuerung unterliegen.⁵¹⁵ Mehrheitlich wird in der Literatur davon ausgegangen, dass eine synthetische Einkommensteuer dem Leistungs-fähigkeitsprinzip entspricht und damit sämtliche Einkünfte grundsätzlich als gleichwertig anzusehen sind.⁵¹⁶ Dieser Auffassung schließt sich die folgende Analyse an und geht daher vom Vorhandensein gleichwertiger Einkunftsarten, die in ihrer Gesamtheit die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Steuerpflichtigen bestimmen, aus.

Es wäre aber zu überlegen, ob die Gleichartigkeit der Einkunftsarten dann aufzuheben ist, wenn der Steuerpflichtige die Gleichartigkeit der Einkunftsarten gezielt dazu einsetzt, die Gesamtsumme seiner Einkünfte zu verringern.⁵¹⁷ Eine derartige Konstellation wäre zum Beispiel denkbar, indem der Steuerpflichtige in einer Einkunftsart gezielt einer möglichst verlustträchtigen Tätigkeit nachgeht, um damit die Einkünfte einer anderen, gewinnträchtigen Tätigkeit zu verringern und die Höhe der Steuern zu senken. Sollte die Besteuerung berücksichtigen, in welcher persönlichen Absicht ein Steuerpflichtiger eine wirtschaftliche Gestaltung herbeiführt, müssten subjektive Kriterien, die zu einer Minderung der Leistungsfähigkeit geführt haben, im Rahmen der relevanten steuerlichen Regelungen einbezogen werden.⁵¹⁸ Es ist fraglich, inwieweit eine derartige subjektive Betrachtung bei der Formulierung von steuerlichen Regelungen einbezogen werden kann. Eine Berücksichtigung würde implizieren, dass eine Typisierung hinsichtlich der als relevant betrachteten Umstände erfolgen muss. Außerdem wäre es erforderlich, dass die Besteuerung an subjektive Kriterien in Bezug auf einen Steuerpflichtigen anknüpft. Dies stünde bereits im Widerspruch zum aktuellen Steuerrecht, weil dieses gemäß § 38 AO an objektivierte Tatbestände anknüpft. Wie bereits in Kapitel 4.3 ausgeführt, ist eine solche Form der Steuervermeidung als gesetzlich zulässige Gestaltung steuerlicher Sachverhalte einzuordnen. Es ist demnach kein Argument erkennbar, das den Einbezug subjektiver Kriterien stützt. Darüber hinaus ist keine Vorgehensweise offenbar, mit der ein Einbezug subjektiver Kriterien in steuerliche Regelungen möglich wäre. Es müssten dann objektive Kriterien gefunden werden, die den Einbezug subjektiver Besteuerungselemente über eine entsprechende Typisierung

⁵¹⁴ Vgl. *Lang* (2006), S. 28.

⁵¹⁵ Vgl. *Wosnitza* (2000), S. 765.

⁵¹⁶ Vgl. *Birk* (2000), S. 331; *Schneider* (1970), S. 68; *Schneider* (1971), S. 354; *Siegel* (2007a), S. 633.

⁵¹⁷ Vgl. *Birk* (2000), S. 331.

⁵¹⁸ Vgl. *Kohlhaas* (2002), S. 2530.

Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

der Umstände, die bei einer Verminderung der Leistungsfähigkeit vorliegen, erlauben. Es wird hier demnach davon ausgegangen, dass die Besteuerung grundsätzlich an objektiven Besteuerungsmerkmalen auszurichten ist.

Im Hinblick auf eine Konkretisierung steuerlicher Gleichmäßigkeit ist zu unterscheiden, ob diese bei gleichmäßiger Besteuerung der Unternehmen oder bei gleichmäßiger Besteuerung der hinter den Unternehmen stehenden Anteilseigner erreicht wird.⁵¹⁹ Dies impliziert für die folgende Analyse eine Differenzierung, ob ein steuerlicher Verlust Ausdruck einer negativen wirtschaftlichen Leistung eines Unternehmens oder Ausdruck einer negativen wirtschaftlichen Leistung der hinter einem Unternehmen stehenden natürlichen Personen ist. Die Konkretisierung des *Bezugssubjekts* wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit erfordert demnach eine Abgrenzung dahingehend, wie ein Unternehmen gesehen wird und damit eine Positionierung, welches Unternehmensverständnis vertreten wird.

Im Hinblick auf die Konkretisierung des Unternehmensverständnisses ist zwischen einer normativen und einer erklärenden Sichtweise zu unterscheiden. Bei einer normativen Sichtweise geht es um die Frage, an welchen Zielen sich das Handeln von Unternehmen orientieren soll, während bei einer erklärenden Sichtweise im Vordergrund der Betrachtung steht, wie das Handeln von Unternehmen erklärt werden kann.⁵²⁰ Im Sinne einer normativen Sichtweise zur Konkretisierung eines Unternehmensverständnisses ist eine Entscheidung, welche Interessen das Handeln von Unternehmen bestimmen sollen, erforderlich. Dabei könnte es sinnvoll sein, dass auch andere Faktoren auf das Handeln von Unternehmen Einfluss nehmen sollten als nur die Interessen der Eigenkapitalgeber.⁵²¹ Für die vorliegende Analyse ist ein Rückgriff auf eine erklärende Sichtweise in Bezug auf das Unternehmensverständnis erforderlich. Bei einer erklärenden Sichtweise wird ein theoretischer Zugriff auf ein Unternehmen beschrieben.⁵²² „Im Rahmen einer erklärenden Sichtweise wird demnach betrachtet, ob das Handeln von Unternehmen über das Handeln der dahinterstehenden natürlichen Personen zu erklären ist oder ob Unternehmen selbst handeln.“⁵²³ Ziel der folgenden Analyse ist es, dem Steuergesetzgeber Empfehlungen zur Ausgestaltung steuerlicher Verlustverrechnungsnormen zu geben, die zu einer gleichmäßigen Besteuerung führen. Um entsprechende Empfehlungen geben zu können, soll eine ungleichmäßige Besteuerung aus erfahrungswissenschaftlicher Sicht identifiziert werden. Das hier für die folgende Analyse skizzierte Unternehmensverständnis nimmt demnach eine erklärende Sichtweise ein.

⁵¹⁹ Vgl. Hey (2015), § 3, Rz. 49.

⁵²⁰ Vgl. Schmiel (2012a), S. 2-4.

⁵²¹ Vgl. dazu z. B. die Überlegungen von Schmiel (2014b), S. 35-59.

⁵²² Vgl. Schmiel (2012a), S. 4.

⁵²³ Vgl. Schmiel (2012a), S. 4.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

Die herrschende Meinung in der Literatur zur betriebswirtschaftlichen Steuerlehre vertritt ein individualistisches Unternehmensverständnis.⁵²⁴ In diesem Sinne werden Unternehmen auch als „Netzwerke von Verträgen“ bezeichnet.⁵²⁵ Ein individualistisches Unternehmensverständnis wird mit Rückgriff auf einen methodologischen Individualismus begründet.⁵²⁶ Methodologischer Individualismus bedeutet im Hinblick auf ein Unternehmensverständnis, dass das Handeln des Unternehmens über das Handeln von Individuen erklärt wird.⁵²⁷ Bei einem individualistischen Unternehmensverständnis wird davon ausgegangen, dass Unternehmen selbst keine eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit innehaben. Vielmehr ist die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens im Sinne eines individualistischen Unternehmensverständnisses den hinter dem Unternehmen stehenden natürlichen Personen zuzuordnen. Im Rahmen eines individualistischen Unternehmensverständnisses wären demnach die hinter den Unternehmen stehenden Anteilseigner oder Investoren in Form natürlicher Personen als Anknüpfungspunkt für die Besteuerung zu sehen.⁵²⁸ Demnach könnten Institutionen wie Unternehmen selbst keine steuerlichen Lasten tragen, sondern bilden nur Medien der Lastenverteilung.⁵²⁹ In Bezug auf einen steuerlichen Verlust würde dies bedeuten, dass ein steuerlicher Verlust den hinter dem Unternehmen stehenden natürlichen Personen zugeordnet wird. Das würde implizieren, dass der steuerliche Verlust einer Kapitalgesellschaft den Anteilseignern zugeordnet wird, sofern es sich um natürliche Personen handelt. Bei Personengesellschaften würde ebenfalls eine Zuordnung des steuerlichen Verlusts auf Gesellschafterebene erfolgen, sofern es sich um natürliche Personen handelt. Andernfalls würde ein weiterer Durchgriff bis zu der Ebene erfolgen, bei der die Anteilseigner oder Gesellschafter natürliche Personen sind.

Wird einem Unternehmen selbst eine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zugeordnet, könnte dahinter ein institutionales Unternehmensverständnis stehen. Ein solches Unternehmensverständnis wird regelmäßig aus einer steuerrechtlichen Perspektive vertreten.⁵³⁰ Ein institutionales Unternehmensverständnis könnte zunächst mit Rückgriff auf einen methodologischen Holismus begründet werden. Als

⁵²⁴ Vgl. zu einem Überblick mit weiterführenden Literaturhinweisen *Hundsdoerfer/Kiesewetter/Sureth* (2008), S. 66-68; *Schmiel* (2012a), S. 1. In diesem Paper wird ein detaillierter Überblick über das Unternehmensverständnis in der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre, insbesondere auch aus einer historischen Perspektive gegeben.

⁵²⁵ Vgl. *Homburg* (2015), S. 228 sowie weitere Literaturverweise bei *Schmiel* (2016), S. 75, 76.

⁵²⁶ Vgl. *Siegel* (2011), S. 46; *Bareis* (2011), S. 154; *Schmiel/Wagenknecht* (2016), S. 535.

⁵²⁷ Vgl. *Hayek* (1976), S. 16; *Popper* (1992), 116; *Schmiel* (2016), S. 81; *Schmiel/Wagenknecht* (2016), S. 535.

⁵²⁸ Vgl. *Bareis* (2007), S. 29 f.; *Schneider* (2002), S. 235; *Siegel* (2007b), S. 274 f.; *Schneider* (2004), S. 1518; *Siegel et al.* (2000), 1269-1270.

⁵²⁹ Vgl. *Wagner* (1991), S. 77; *Wagner* (2000), S. 109-120; *Salzberger* (2000), S. 210-218.

⁵³⁰ Vgl. *Hey* (2010b), S. 16 f.; *Tipke* (2003), S. 1169-1175.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

methodologischer Holismus wird die Sichtweise verstanden, dass „soziale Ganzheiten unmittelbar (...) erklärt werden können“.⁵³¹ Zur Erklärung sozialer Phänomene erfolgt demnach kein Rückgriff auf das Handeln von Individuen.⁵³²

Ein individualistisches und ein institutionales Unternehmensverständnis widersprechen sich einander. Ob wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dem Individuum oder der Institution zugeordnet wird, ist damit eine grundsätzliche Entscheidung im Rahmen der Ausrichtung des Besteuerungssystems.⁵³³ Ausdruck eines individualistisch geprägten Besteuerungssystems wäre eine Besteuerung des Unternehmensgewinns beim Anteilseigner, sofern dieser eine natürliche Person ist. Ein institutionales Unternehmensverständnis würde demgegenüber eine Unternehmenssteuer bzw. eine Besteuerung auf Unternehmensebene vorsehen.⁵³⁴ Im Sinne des hier vertretenen kritisch-rationalistischen Wissenschaftsverständnisses können für die Konkretisierung eines Unternehmensverständnisses nur gute Argumente für oder gegen die entsprechende Auswahl angeführt werden.

Gegen einen methodologischen Holismus spricht, dass ökonomische Theorien regelmäßig einen methodologischen Individualismus zu Grunde legen.⁵³⁵ Beispielsweise basiert die Erklärung unternehmerischen Handelns im Rahmen der Kapitalmarkttheorie auf Aussagen über das Handeln der hinter einem Unternehmen stehenden Eigenkapitalgeber.⁵³⁶ Auch die Aussagen über den Einfluss der Besteuerung auf das betriebswirtschaftliche Handeln von Individuen in Form von sogenannten Steuerwirkungshypothesen basieren auf erfahrungswissenschaftlichen Aussagen über individuelles Handeln.⁵³⁷ Die Formulierung entsprechender Hypothesen würde demnach einen Rückgriff auf eine methodologisch-individualistische Position erfordern.⁵³⁸ Andernfalls würden, ausgehend von den Steuerwirkungshypothesen, Gestaltungsempfehlungen formuliert, die mit einer methodologisch holistischen Position einhergehen, aber auf Grundlage von Hypothesen über individuelles Handeln getroffen wurden. Ein methodologischer Holismus wäre mit einem individualistischen Unternehmensverständnis nicht vereinbar.

Allerdings wäre bei der Konkretisierung eines Unternehmensverständnisses zu berücksichtigen, dass das Handeln der Individuen in einem Unternehmen auch

⁵³¹ Schmiel (2012c), S. 3.

⁵³² Vgl. Schmiel (2012c), S. 3; Kroneberg (2008), S. 225.

⁵³³ Vgl. Schmiel (2012c), S. 6.

⁵³⁴ Vgl. zu Einzelheiten dieser Unterscheidung insbesondere Wagner (2000), S. 112-117; Siegel (2000), S. 1269-1270.

⁵³⁵ Vgl. Schmiel (2014b), S. 41.

⁵³⁶ Vgl. Schmiel (2012c), S. 9.

⁵³⁷ Vgl. Schmiel (2012c), S. 5.

⁵³⁸ Vgl. Schmiel (2012c) S. 6, 8, 9.

dadurch geprägt ist, dass diese nicht für sich allein, sondern gemeinschaftlich und organisiert handeln.⁵³⁹ Das Handeln von Individuen in einem Unternehmen könnte sich daher von ihrem persönlichen Handeln außerhalb des Unternehmens unterscheiden. Dies könnte sich beispielsweise dann zeigen, wenn Interessenkonflikte zwischen den Individuen eines Unternehmens vorliegen und in Folge von Kompromisslösungen, Mehrheitsentscheidungen oder Ähnlichem nicht sämtliche Interessen der Individuen vollumfänglich durchgesetzt werden können. Des Weiteren könnte das Handeln der Individuen eines Unternehmens zum Beispiel auch dadurch beeinflusst werden, dass das Unternehmen bzw. die Unternehmensfortführung von bestimmten kritischen Ressourcen abhängig ist. Um die Fortführung des Unternehmens zu gewährleisten, wäre es daher erforderlich, das Unternehmenshandeln so auszurichten, dass in Bezug auf die kritischen Ressourcen kein Engpass entsteht. Dazu könnte es zum Beispiel erforderlich sein, die Interessen bestimmter Lieferanten, Fremdkapitalgeber oder wichtiger Geschäftspartner zu erfüllen. Die Handlungen der Unternehmen würden so von einem Unternehmensfortführungsziel beeinflusst, das nicht unbedingt mit den persönlichen Zielen der im Unternehmen handelnden Individuen übereinstimmen muss.⁵⁴⁰ Diese Argumente zeigen, dass die Handlungen von Individuen in einem Unternehmen durchaus überindividuelle Züge tragen können.⁵⁴¹ Einem Unternehmensverständnis, das die Ziele eines Unternehmens ausschließlich über ein individualistisches Unternehmensverständnis erklärt, wäre demnach eher kritisch zu begegnen.⁵⁴²

In Folge der kritischen Argumente zu einem individualistischen Unternehmensverständnis, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht und der kritischen Argumente zu einem institutionalen Unternehmensverständnis, das auf einem methodologischen Holismus basiert, erscheint die Position von *Vanberg* interessant. Dieser unterscheidet den Institutionenbegriff in zwei Bedeutungsvarianten.⁵⁴³ Demnach können Institutionen korporative Gebilde oder Komplexe normativer Regelungen darstellen. Ein Beispiel für eine Institution in Form eines korporativen Gebildes sind insbesondere Unternehmen, Beispiele für Institutionen in Form normativer Regelungen sind Rechte oder Eigentum.⁵⁴⁴ *Vanberg* merkt an, dass die Erklärung von Institutionen in der ökonomischen Theorie vorwiegend auf einen individualistisch-evolutionistischen Erklärungsansatz zurückgeführt wird, der sich auf „die Prozesse spontaner wechselseitiger Anpassung und ihre strukturbildenden Effekte konzentriert“. Institutionen wären bei dieser Sichtweise das Ergebnis eines

⁵³⁹ Vgl. *Vanberg* (1983), S. 55; *Schmiel* (2012c), S. 10.

⁵⁴⁰ Vgl. zu möglichen Abweichungen zwischen Unternehmenshandeln und den Interessen der Unternehmensmitglieder ausführlich *Schmiel* (2016), S. 85-93.

⁵⁴¹ Vgl. *Vanberg* (1983), S. 55; *Schmiel* (2012c), S. 10; *Schmiel* (2014b), S. 39.

⁵⁴² Vgl. *Schmiel* (2012c), S. 9.

⁵⁴³ Vgl. *Vanberg* (1983), S. 50-69.

⁵⁴⁴ Vgl. *Vanberg* (1983), S. 55 ff.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

„spontanen Prozesses“.⁵⁴⁵ Allerdings wäre dieser Erklärungsansatz nicht im Hinblick auf die Prozesse korporativen Handelns und insbesondere auf den Prozess der Herausbildung und Veränderung von Handlungsrechten anwendbar.⁵⁴⁶ Korporative Gebilde bzw. Unternehmen resultieren in der Sichtweise von *Vanberg* vielmehr aus „organisiertem, planvoll koordiniertem Handeln“. Individuen verfolgen damit zwar ihre eigenen Interessen, aber unter den Bedingungen „organisierten, korporativen Handelns“.⁵⁴⁷ Infolgedessen schlägt *Vanberg* einen Erklärungsansatz vor, der die individualistisch-evolutionistische Sichtweise um eine Perspektive ergänzt, bei der Elemente vertragstheoretischen Denkens aufgegriffen werden.⁵⁴⁸ Im Sinne einer vertragstheoretischen Denkweise sind Institutionen durch planvolle Übereinkunft der Individuen entstanden.⁵⁴⁹ Dabei bleibt weitgehend unberücksichtigt, wie Evolutionsprozesse zu erklären sind. Im Rahmen des Erklärungsansatzes von *Vanberg* erfolgt jedoch eine Verbindung von Elementen der individualistisch-evolutionistischen Sichtweise und der individualistisch-vertragstheoretischen Perspektive. Demnach können beide Sichtweisen als zwei einander ergänzende Ansätze verstanden werden.⁵⁵⁰ Im Rahmen dieser Sichtweise, die beide Ansätze verbindet, wird davon ausgegangen, dass die Individuen zwar ihre eigenen Interessen verfolgen, aber der Beibehaltung und Durchsetzung einheitlicher Regeln zustimmen. Im Ergebnis stellt korporatives Handeln damit im Sinne von *Vanberg* planvoll koordiniertes Handeln dar, bei dem unbeabsichtigte soziale Folgewirkungen nicht ausgeschlossen sind.⁵⁵¹

Die Überlegungen von *Vanberg* zum korporativen Handeln von Unternehmen wurden von *Schmiel* aufgegriffen und erweitert.⁵⁵² Dabei wird die Hypothese angeführt, dass bei bestimmten Unternehmen das Unternehmenshandeln zwar auf das Handeln von Individuen zurückzuführen ist, aber in Abhängigkeit von der Größe und Rechtsform des Unternehmens von den Interessen der Unternehmensmitglieder verselbständigt sein kann.⁵⁵³ *Schmiel* bezieht diese Hypothese auf fremdorganschaftlich organisierte Publikumsgesellschaften. Fremdorganschaftlich organisierte Publikumsgesellschaften sind Gesellschaften mit einer Vielzahl von Anteilseignern, bei denen die Leitungsorgane keine Gesellschafter sind.⁵⁵⁴ Fremdorganschaftlich organisierte

⁵⁴⁵ *Vanberg* (1983), S. 58.

⁵⁴⁶ Vgl. *Vanberg* (1983), S. 66.

⁵⁴⁷ *Vanberg* (1983), S. 62, 63.

⁵⁴⁸ Ähnlich auch *Elschen* (1994), S. 44 im Hinblick auf eine Unternehmung als „personale Gemeinschaft“.

⁵⁴⁹ Vgl. *Vanberg* (1983), S. 66.

⁵⁵⁰ Vgl. *Vanberg* (1983), S. 68.

⁵⁵¹ Vgl. *Vanberg* (1983), S. 60-64.

⁵⁵² Vgl. *Schmiel* (2016), S. 74-100; *Schmiel/Wagenknecht* (2016), S. 524-541.

⁵⁵³ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 78, 80, 81; *Schmiel/Wagenknecht* (2016), S. 535.

⁵⁵⁴ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 77.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

Publikumsgesellschaften werden als „korporative Akteure“ angesehen.⁵⁵⁵ Das korporative Handeln von fremdorganschaftlich organisierten Publikumsgesellschaften wird als Argument für die steuerliche Leistungsfähigkeit dieser Gesellschaften verstanden.⁵⁵⁶ Die von *Schmiel* vertretene Hypothese „fremdorganschaftlich organisierte Publikumsgesellschaften sind korporative Akteure“ ist in Bezug auf das Handeln der Wirtschaftssubjekte an die Hypothese gebunden, dass Wirtschaftssubjekte unter genuiner⁵⁵⁷ Unsicherheit subjektiv rational handeln. Wirtschaftssubjekte handeln subjektiv rational, wenn sie im Rahmen ihres subjektiv vorhandenen Wissens über die Umwelt konsistent handeln und das Handeln nicht auf eine objektive Zielgröße fokussiert ist.⁵⁵⁸ Das Vorliegen genuiner Unsicherheit bedeutet, dass Wirtschaftssubjekte zum Entscheidungszeitpunkt nicht sämtliche Handlungsalternativen kennen und durch ihr Handeln neue Handlungsalternativen schaffen.⁵⁵⁹ Genuine Unsicherheit ist von „perfektem, objektiv zutreffenden Wissen oder stochastischer Unsicherheit“ abzugrenzen.⁵⁶⁰ Es wird von einem nicht vollkommenen Markt ausgegangen.⁵⁶¹ Die unterschiedlichen Interessen der Wirtschaftssubjekte können in Folge der bei einem nicht vollkommenen Markt vorliegenden Koordinationsprobleme nicht perfekt gelöst werden. Demgemäß werden Unternehmen zu Orten von Interessenkonflikten, indem bei den Unternehmens-eignern unterschiedliche Auffassungen über die Zielgröße und Mittel zur Erreichung der Zielgröße eines Unternehmens bestehen.⁵⁶² In Bezug auf den Umgang mit Interessenkonflikten im Unternehmen geht *Schmiel* davon aus, dass der Abhängigkeit des Unternehmens von kritischen Ressourcen eine besondere Bedeutung zukommt. Demnach wäre anzunehmen, dass Manager die Forderungen von besonders ressourcenmächtigen Akteuren innerhalb oder außerhalb des Unternehmens in der Regel erfüllen.⁵⁶³ Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass in einem Unternehmen nicht gewährleistet ist, dass es bei der Umsetzung einer Anweisung eines im Unternehmen entscheidungsbefugten Organs nicht zu Abweichungen kommen kann.⁵⁶⁴ Im Ergebnis ist daher „das Handeln von fremdorganschaftlich organisierten Publikumsgesellschaften von dem separaten Handeln der Unternehmensmitglieder

⁵⁵⁵ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 85-93.

⁵⁵⁶ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 92.

⁵⁵⁷ Bei *Schmiel* (2016) und *Schmiel/Wagenknecht* (2016) wird realistische Unsicherheit als genuine Unsicherheit bezeichnet.

⁵⁵⁸ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 85, 86 sowie zum subjektiv rationalen Handeln von Wirtschaftssubjekten unter Unsicherheit die Ausführungen in Kapitel 2.2

⁵⁵⁹ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 76, 77.

⁵⁶⁰ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 85.

⁵⁶¹ Vgl. zu den Merkmalen eines nicht vollkommenen Marktes Kapitel 5.3.

⁵⁶² Vgl. *Schmiel* (2016), S. 88.

⁵⁶³ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 89, 90.

⁵⁶⁴ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 90, 91.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

und dem Interesse der gemeinsam handelnden Unternehmensmitglieder verselbständigt“.⁵⁶⁵ Im Unterschied zu fremdorganschaftlich organisierten Publikumsgesellschaften wird bei personalen Unternehmen, das heißt, Unternehmen mit kleinem Gesellschafterkreis und geschäftsführenden Gesellschaftern, davon ausgegangen, dass das Unternehmenshandeln dem Handeln und dem Interesse der Unternehmenseigner entspricht.⁵⁶⁶

Die Hypothese, dass Publikumsgesellschaften korporative Akteure sind, lässt sich allerdings nach den Überlegungen von *Schmiel* nicht stützen, wenn die Annahmen eines neoklassischen Theorierahmens zu Grunde gelegt werden. Würde ein objektiv rationales Handeln der Wirtschaftssubjekte unterstellt und von einem vollkommenen Markt ausgegangen, könnten auch fremdorganschaftlich organisierte Publikumsgesellschaften als Netzwerke von Verträgen gesehen werden.⁵⁶⁷ In Folge des objektiv rationalen Handelns der Wirtschaftssubjekte und dem Vorliegen eines vollkommenen Marktes käme es nicht zu Interessenkonflikten in Unternehmen. Vielmehr würde ein vollkommenes Konkurrenzgleichgewicht entstehen, das Interessenkonflikten und daraus folgenden Problemen der Interessendurchsetzung im Unternehmen die Grundlage nimmt. Dies zeigt, dass unter den Annahmen eines neoklassischen Theorierahmens das Handeln eines Unternehmens mit dem Handeln der Unternehmensmitglieder übereinstimmt.⁵⁶⁸ Dies würde einem individualistischen Unternehmensverständnis entsprechen. Wie in Kapitel 2.2 und 5.2 bereits erläutert, sind die Annahmen eines neoklassischen Theorierahmens für die hier vorliegende Analyse nicht geeignet.⁵⁶⁹

Die Position von *Schmiel* zeigt, dass ein methodologisch individualistisches Unternehmensverständnis mit einem institutionalen Unternehmensverständnis vereinbar ist. Gleichwohl steht ein Unternehmensverständnis, das zwischen personalen und korporativen Akteuren differenziert, im Widerspruch zu einem rechtsformabhängigen Steuerrecht wie dem deutschen Steuerrecht. Dieses macht die Besteuerung allein von der zivilrechtlichen Unterscheidung in Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften abhängig. Bei Personengesellschaften unterliegen die hinter der Gesellschaft stehenden Personen der Besteuerung, während bei Kapitalgesellschaften die Gesellschaft selbst das Besteuerungssubjekt darstellt.⁵⁷⁰ Die Merkmale korporativen Handels sind aber nicht zwingend rechtsformabhängig. Insbesondere die Ausrichtung der Besteuerung an rechtsformspezifischen Unterschieden erschwert

⁵⁶⁵ *Schmiel* (2016), S. 91.

⁵⁶⁶ Vgl. *Schmiel/Wagenknecht* (2016), S. 535.

⁵⁶⁷ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 83.

⁵⁶⁸ Vgl. *Schmiel* (2016), S. 82-85.

⁵⁶⁹ Vgl. Ausführungen in Kapitel 2.2 und 5.2.

⁵⁷⁰ Vgl. zu der Maßgeblichkeit des Gesellschaftsrechts für die Besteuerung insbesondere *Schmiel* (2002), S. 474 ff.

damit die Konkretisierung eines Bezugssubjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit. Es zeigt sich, dass es hinsichtlich des Anknüpfungspunkts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit jeweils Argumente für und gegen unterschiedliche Vorschläge für ein Unternehmensverständnis gibt. Daher soll die Diskussion, wie das Bezugssubjekt wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit im Rahmen der steuerlichen Verlustverrechnung zu konkretisieren sein könnte, im Rahmen der rechtskritischen Analyse fortgeführt werden.

5.5 Ergebnis

Wie in den Kapiteln 5.1 bis 5.4 ausführlich erläutert wurde, findet für die folgende Analyse das Besteuerungsziel evolutorische Gleichmäßigkeit der Besteuerung Anwendung. Bei diesem Besteuerungsziel wird kein neoklassischer Gleichgewichtszustand unterstellt. Außerdem wird davon ausgegangen, dass verschiedene Alternativen zur Erreichung des Besteuerungsziels bestehen. Die Formulierung gleichmäßiger steuerlicher Normen wird dabei als Prozess, gelenkt durch fortlaufende Anpassung an Veränderungen der Umwelt sowie dem Lernen aus Fehlern und Irrtümern, verstanden. Um das Besteuerungsziel zu konkretisieren, findet nach dem hier vertretenen Verständnis und wie in Kapitel 5.3 erläutert das Leistungsfähigkeitsprinzip Anwendung. Eine gleichmäßige Besteuerung ist insofern an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Steuerpflichtigen auszurichten. Hinsichtlich der Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wird unterstellt, dass es im Sinne des hier postulierten kritisch-rationalistischen Wissenschaftsverständnisses Argumente für und gegen eine entsprechende Kriterienauswahl gibt. Die für die weitere Analyse zu Grunde gelegte Kriterienauswahl zur Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wird in der Abbildung 10 noch einmal zusammenfassend dargestellt.

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

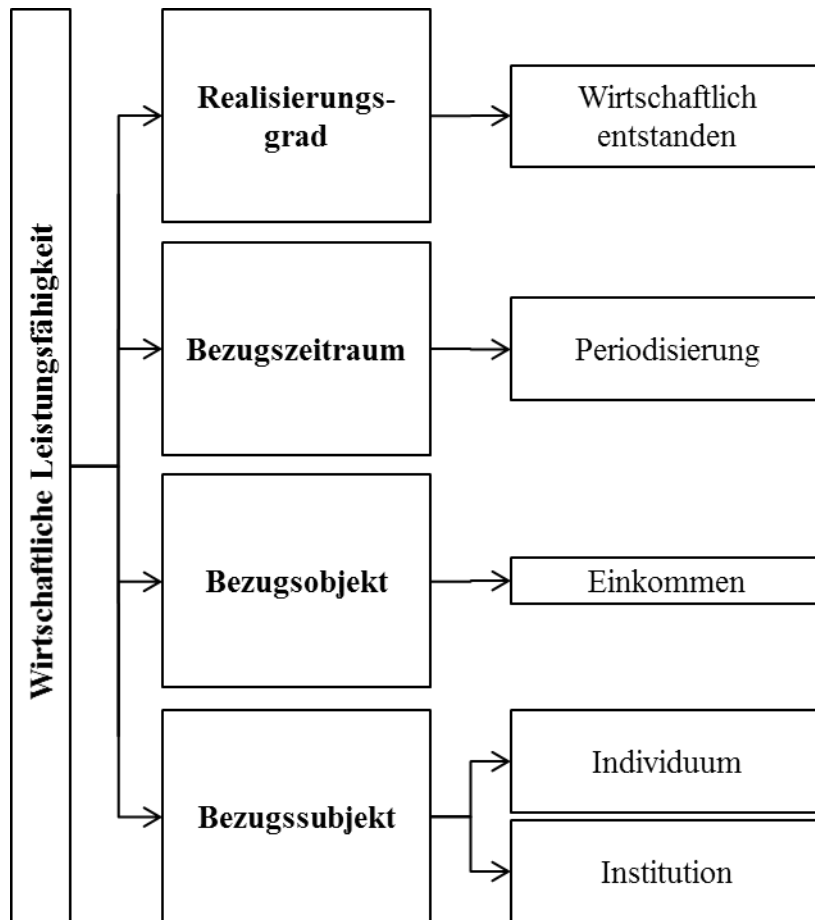


Abbildung 10: Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

Hinsichtlich des Bezugsobjekts, des Bezugszeitraums und des Realisierungsgrads wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wird dem aktuellen Ertragsteuerrecht gefolgt. Demnach konkretisiert sich wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als das am Markt realisierte Einkommen, jeweils periodisch zum Ende eines Wirtschaftsjahres ermittelt. Auch in Bezug auf die Vorgehensweise bei der Ermittlung des Einkommens wird das aktuelle Ertragsteuerrecht, sofern nicht explizit darauf hingewiesen, nicht in Frage gestellt. Demnach werden die in die Ermittlung des Einkommens eingehenden Einkunftsarten als gleichwertig betrachtet, was eine synthetische Einkommensteuer zur Folge hat. Die Diskussion um eine Abweichung von einer synthetischen Einkommensteuer durch Andersbehandlung der Einkünfte aus Kapitalvermögen im Rahmen der Abgeltungsteuer bleibt ausgeblendet. Bei der Ermittlung des Markteinkommens werden gesetzlich vorgeschriebene oder gesellschaftspolitisch erwünschte Einkommensverwendungen nicht mit in die Betrachtung einbezogen. Diese Vorgehensweise deckt sich mit der Ermittlungstechnik des geltenden Ertragsteuerrechts in Bezug auf den Abzug eines steuerlichen Verlusts, der gemäß § 10d Abs. 1 Satz 1 EStG und § 10d Abs. 2 Satz 1 EStG vorrangig vor Sonder-

Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

ausgaben, außergewöhnlichen Belastungen und sonstigen Abzugsbeträgen erfolgt. Eine Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ergibt sich auf Grundlage der ertragsteuerlichen Möglichkeiten in Bezug auf die Abziehbarkeit von Betriebsausgaben. Demnach werden sämtliche Vorschriften des geltenden Ertragsteuerrechts, mit Ausnahme der steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen, als gegeben unterstellt. Hinsichtlich einer Konkretisierung des Bezugssubjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wird bei der rechtskritischen Analyse berücksichtigt, dass der deutsche Steuergesetzgeber die Konkretisierung des Bezugssubjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit grundsätzlich von der Rechtsform eines Unternehmens abhängig macht. Wie die weitere Analyse noch zeigen wird, besteht im Rahmen der aktuellen gesetzlichen Situation hinsichtlich der Zuordnung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bei einer Kapitalgesellschaft Interpretationsspielraum. Der Gesetzgeber hat im Hinblick auf Kapitalgesellschaften keine eindeutige Entscheidung für ein Bezugssubjekt wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit getroffen. Daher werden in der rechtskritischen Analyse verschiedene Alternativen für ein Unternehmensverständnis bei Kapitalgesellschaften betrachtet und die sich jeweils aus dem zu Grunde gelegten Unternehmensverständnis resultierenden steuerlichen Folgen analysiert.

Die weitere Analyse soll in Bezug auf die spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsvorschriften der §§ 8c KStG, 8 Abs. 4 KStG a. F., 15a EStG und 15b EStG (2b EStG a. F.) mögliche Ausprägungen einer ungleichmäßigen Besteuerung identifizieren. Wie in Kapitel 5.4 ausführlich erläutert, kann sich eine ungleichmäßige Besteuerung bei der steuerlichen Verlustverrechnung insbesondere in Form von Totalbemessungsgrundlageneffekten äußern. Totalbemessungsgrundlageneffekte ergeben sich, wenn steuerliche Regelungen vorsehen, dass bei gleicher Minderung des wirtschaftlichen Einkommens eine ungleiche steuerliche Verlustverrechnung greift, wenn bei ungleicher Minderung des wirtschaftlichen Einkommens eine gleiche steuerliche Verrechnung oder bei ungleicher Minderung des wirtschaftlichen Einkommens eine ungleiche steuerliche Verlustverrechnung vorgesehen ist, die nicht verhältnismäßig zu der ungleichen Minderung des wirtschaftlichen Einkommens ist. Eine ungleichmäßige Besteuerung in Form von Totalbemessungsgrundlageneffekten kann insbesondere durch eine entsprechende Formulierung von Steuergesetzen erfolgen, die eine gleiche steuerliche Behandlung ungleicher steuerlicher Sachverhalte oder eine ungleiche steuerliche Behandlung gleicher steuerlicher Sachverhalte regeln. Eine solche ungleichmäßige Besteuerung kann außerdem dann entstehen, wenn Grundlagenentscheidungen des Gesetzgebers in den Einzelnormen inkonsistent umgesetzt sind. Als Grundlagenentscheidung des Gesetzgebers wird insbesondere die Konkretisierung des Besteuerungsziels gefasst, das über die Kriterien zur Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zum Ausdruck gebracht wird. Demnach sind Entscheidungen in Bezug auf das Bezugssubjekt oder Bezugsobjekt wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit konsistent in die Einzelnormen einzubeziehen. Außerdem ist eine ungleichmäßige Besteuerung zu erwarten, wenn Einzelnormen Interpretationsspielraum enthalten und damit eine nicht einheitliche Anwendung der

*Gleichmäßigkeit der Besteuerung im Kontext steuerlicher
Verlustverrechnungsbeschränkungen*

steuergesetzlichen Norm ermöglicht.⁵⁷¹ Die Identifikation einer ungleichmäßigen Besteuerung in den vorgenannten Ausprägungsvarianten ist die Grundlage für die rechtskritische Analyse und die Ableitung von Empfehlungen für steuerliche Verlustverrechnungsnormen, die dem hier zu Grunde gelegten Besteuerungsziel einer evolutorisch gleichmäßigen Besteuerung genügen.

⁵⁷¹ Vgl. Kapitel 5.4.

6 Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen

6.1 Steuerliche Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsgesellschaften

6.1.1 Erforderlichkeit steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen

Wie in der rechtsdogmatischen Analyse der Kapitel 3 und 4 dargelegt wurde, äußert der Gesetzgeber in Bezug auf steuerliche Verlustzuweisungsgesellschaften den Vorwurf, dass diese Gesellschaften das Auseinanderfallen zwischen steuerlicher Abbildung und tatsächlichem wirtschaftlichen Aufwand konzeptionell nutzen.⁵⁷² Diese konzeptionelle Nutzung sieht - noch einmal kurz zusammengefasst - vor, dass Verlustzuweisungsgesellschaften ihren beschränkt haftenden Gesellschaftern Verluste ohne entsprechenden wirtschaftlichen Aufwand zuweisen, die die Gesellschafter mit anderen positiven Einkünften verrechnen und dadurch ihre eigene steuerliche Belastung reduzieren. Der Steuergesetzgeber erkennt in dieser Konzeption eine gesetzgeberisch nicht gewollte steuerliche Verlustverrechnung und greift zu entsprechenden Sanktionsmechanismen in Form spezialgesetzlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen.⁵⁷³ Durch diese Sanktionsmechanismen erhalten die vom Steuergesetzgeber als Verlustzuweisungsgesellschaften kategorisierten Gesellschaften eine im Vergleich zu anderen Gesellschaften ungleiche steuerliche Behandlung bei der Verlustverrechnung.

Im Rahmen des hier vertretenen Besteuerungsziels sind Sachverhalte mit gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit steuerlich gleich und Sachverhalte mit ungleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit verhältnismäßig zu der ungleichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit steuerlich ungleich zu behandeln. Eine unterschiedliche steuerliche Behandlung würde demnach voraussetzen, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Verlustzuweisungsgesellschaft von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer anderen Gesellschaft abweicht. Um diskutieren zu können, ob es Argumente für eine entsprechende Ungleichbehandlung gibt, ist zu erläutern, wie sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Verlustzuweisungsgesellschaft konkretisiert. Dies erfordert eine Klärung des Realisierungsgrads, des Zeitraums der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, des Bezugssubjekts und des Bezugsobjekts.⁵⁷⁴ In Bezug auf den Realisierungsgrad und den Zeitraum der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind im Anschluss an die Ausführungen des Kapitels

⁵⁷² Vgl. Kapitel 3.1 und Kapitel 4.1.

⁵⁷³ Vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, S. 4, 6.

⁵⁷⁴ Vgl. auch Abbildung 9.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

5 keine Ergänzungen erforderlich. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bezieht sich demnach auf bereits realisierte Tatbestände, die periodisiert einen Zeitraum von einem Jahr umfassen. Als realisiert gilt ein steuerlicher Tatbestand dann, wenn für den Steuerpflichtigen eine wirtschaftliche Belastung eingetreten ist.

Hinsichtlich des Bezugssubjekts ist zu diskutieren, ob die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Verlustzuweisungsgesellschaft selbst oder den Gesellschaftern der Verlustzuweisungsgesellschaft zuzuordnen ist. Unter Bezugnahme auf die in Kapitel 5.4 beschriebenen alternativen Sichtweisen eines Unternehmensverständnisses lassen sich dazu die nachfolgenden Überlegungen anführen.

Wie in Kapitel 4.1 erläutert, fungieren Verlustzuweisungsgesellschaften insbesondere in Form von Personengesellschaften, so dass für Zwecke der Einkommensteuer das Transparenzprinzip Anwendung findet. Infolgedessen werden den Gesellschaftern die einkommensteuerlichen Besteuerungsgrundlagen zugewiesen. Es wäre daher nahelegend, den Gesellschaftern einer Verlustzuweisungsgesellschaft die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zuzuordnen. Damit würde ein individualistisches Unternehmensverständnis unterstellt, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht.⁵⁷⁵ Mit dieser Vorgehensweise würde dem bestehenden Einkommensteuerrecht insofern gefolgt, als bei diesem aus einer rechtlichen Perspektive die natürliche Person das Besteuerungssubjekt darstellt.⁵⁷⁶ Der einkommensteuerliche Verlust einer Verlustzuweisungsgesellschaft wäre bei dieser Unternehmenssichtweise den Gesellschaftern einer Verlustzuweisungsgesellschaft als Bezugssubjekt zuzuordnen.⁵⁷⁷

Gleichwohl erscheint bei den regelmäßig als Personengesellschaften mit zahlreichen Gesellschaftern fungierenden Verlustzuweisungsgesellschaften auch ein institutionales Unternehmensverständnis nicht abwegig.⁵⁷⁸ Ein institutionales Unternehmensverständnis könnte auf einen methodologischen Holismus zurückgehen. Es würde dann davon ausgegangen, dass die Entscheidungen einer Personengesellschaft nicht auf Entscheidungen der handelnden Gesellschafter in Form von natürlichen Personen zurückzuführen sind, sondern Ausdruck einer eigenen Handlungsfähigkeit des Unternehmens sind. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit würde bei einer solchen Unternehmenssichtweise ausschließlich dem Unternehmen selbst bzw. der

⁵⁷⁵ Vgl. Kapitel 5.4.

⁵⁷⁶ Vgl. § 1 EStG; *Heinicke* (2016), § 1, Rz. 1 EStG.

⁵⁷⁷ Dass diese Zuordnung bezüglich eines gewerbesteuerlichen Verlusts einzuschränken wäre, soll hier nicht weiter thematisiert werden.

⁵⁷⁸ Vgl. hierzu auch *Elschen* (1994), S. 24, der anmerkt, dass die Verlustzuweisungsgesellschaften innewohnende Problematik einer hohen steuerlichen Verlustverrechnung hätte vermieden werden können, wenn bei diesen ein institutionales Unternehmensverständnis zu Grunde gelegt worden wäre.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Personengesellschaft zugeordnet.⁵⁷⁹ Wie bereits in Kapitel 5.4 beschrieben, wird bei ökonomischen Theorien regelmäßig ein methodologischer Individualismus zu Grunde gelegt.⁵⁸⁰ Die Überlegung, Personengesellschaften unter Zugrundelegung eines institutionalen Unternehmensverständnisses zu besteuern, das Ausdruck eines methodologischen Holismus ist, soll daher nicht weiterverfolgt werden.

Es wäre auch denkbar, ein institutionales Unternehmensverständnis, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht, aufzugreifen. Dabei würde davon ausgegangen, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Personengesellschaft grundsätzlich den Gesellschaftern in Form natürlicher Personen zugeordnet wird, gleichwohl aber bei der Zuordnung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch eine Berücksichtigung korporativer Elemente möglich ist. Damit würde zum Ausdruck gebracht, dass die Entscheidungen in einer Personengesellschaft auf die Entscheidungen von Individuen zurückzuführen sind, aber durchaus überindividuelle Züge tragen können und nicht mit den Entscheidungen der Gesellschafter übereinstimmen müssen.⁵⁸¹ Ein solches Unternehmensverständnis könnte insbesondere bei den regelmäßig in Form von Personengesellschaften mit sehr vielen Anlegern organisierten Verlustzuweisungsgesellschaften Bedeutung haben.⁵⁸²

Wie in Kapitel 5.4. dargestellt, wird das Unternehmensverständnis für die folgende Analyse aus einer erklärenden Sichtweise betrachtet. Im Vordergrund der Betrachtung steht demnach, wie das Handeln von Unternehmen erklärt werden kann. Die Betrachtung erfolgt auf Grundlage der für Verlustzuweisungsgesellschaften geltenden steuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften. Sowohl § 15a EStG als auch § 15b EStG schränken die steuerliche Verlustverrechnung auf Ebene der Gesellschafter einer Personengesellschaft ein.⁵⁸³ Das Bezugssubjekt wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit würde daher bei beiden Vorschriften die natürliche Person darstellen. Damit könnten beide Regelungen grundsätzlich Ausdruck eines individualistischen Unternehmensverständnisses sein, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht. Wie in Kapitel 4.4 erläutert, regelt § 15a EStG die steuerliche Verlustverrechnung der beschränkt haftenden Gesellschafter insbesondere in Abhängigkeit von deren steuerlichem Kapitalkonto. Eine Anknüpfung an Kriterien, die die Ebene der Personengesellschaft betrifft, erfolgt nicht.⁵⁸⁴ Diese Vorgehensweise bestätigt, dass sich der Gesetzgeber bei der Regelung des § 15a EStG für ein individualistisches Unternehmensverständnis entschieden hat, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht. Wie in Kapitel 4.5

⁵⁷⁹ Vgl. Kapitel 5.4.

⁵⁸⁰ Vgl. Kapitel 5.4.

⁵⁸¹ Vgl. Kapitel 5.4.

⁵⁸² Vgl. zu dieser Überlegung *Schmiel* (2016), S. 77.

⁵⁸³ Vgl. Ausführungen Kapitel 4.4 und 4.5.

⁵⁸⁴ Vgl. Kapitel 4.4.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

beschrieben, beschränkt § 15b EStG die steuerliche Verlustverrechnung auf Ebene der Gesellschafter dann, wenn auf Ebene der Gesellschaft bestimmte Kriterien erfüllt sind. Auf Grundlage dieser Kriterien erfolgt eine Abgrenzung zwischen einer aus Sicht des Gesetzgebers als Verlustzuweisungsgesellschaft einzuordnenden Gesellschaft und einer anderen Gesellschaft. Die den Gesellschaftern einer Verlustzuweisungsgesellschaft zugewiesenen negativen steuerlichen Einkünfte unterliegen der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15b EStG.⁵⁸⁵ Diese Vorgehensweise könnte Ausdruck einer Unternehmenssichtweise sein, die, ausgehend von einem methodologischen Individualismus, korporative Elemente berücksichtigt und damit ein tendenziell institutionales Unternehmensverständnis unterstellt.

Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsgesellschaften grundsätzlich einen methodologischen Individualismus zu Grunde legt. In Bezug auf § 15a EStG wäre diese Entscheidung mit einem individualistischen Unternehmensverständnis verbunden. In Bezug auf § 15b EStG könnte diese methodologische Entscheidung mit einem institutionalen Unternehmensverständnis bzw. dem Einbezug korporativer Elemente verbunden sein. Ausgehend von diesen seitens des Gesetzgebers getroffenen Entscheidungen soll im Rahmen der rechtskritischen Analyse überprüft werden, ob die Vorschriften des § 15a EStG und § 15b EStG gleichmäßige steuerliche Verlustverrechnungsbeschränkungen darstellen. Die Überlegung, dass bei Personengesellschaften mit großem Gesellschafterkreis ein institutionales Unternehmensverständnis, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht, sinnvoll sein könnte, wird zunächst zurückgestellt. Sollte die rechtskritische Analyse zeigen, dass der Gesetzgeber mit den Vorschriften des § 15a EStG und § 15b EStG ungleichmäßige steuerliche Normen implementiert hat, könnte die Überlegung, bei Personengesellschaften mit großem Gesellschafterkreis ein institutionales Unternehmensverständnis zu vertreten, wieder aufgegriffen werden. Es würde dann jedoch eine Diskussion vorgenommen, die sich vom aktuell rechtsformabhängig ausgestalteten Besteuerungssystem löst. Für die rechtskritische Analyse der aktuell geltenden und rechtsformabhängig ausgestalteten Verlustverrechnungsbeschränkungen ist diese Überlegung damit zunächst nicht erforderlich.

Hinsichtlich des Bezugsobjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wird in Analogie zu den in Kapitel 5.4 getroffenen Aussagen unterstellt, dass sich dieses in Form des steuerlichen Einkommens ermittelt. Unter Berücksichtigung des zuvor beschriebenen Bezugsobjekts würde sich demnach wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als das den Gesellschaftern zugewiesene steuerliche Ergebnis darstellen.

Die aktuellen Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung sehen eine unterschiedliche steuerliche Behandlung von Einkünften, die ein Gesellschafter von einer

⁵⁸⁵ Vgl. Kapitel 4.5.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Verlustzuweisungsgesellschaft und ein Gesellschafter von einer anderen Gesellschaft erzielt, vor. Dies müsste bedeuten, dass es Argumente gibt, dass sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gesellschafter einer Verlustzuweisungsgesellschaft von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschafter einer anderen Gesellschaft unterscheidet. Im Folgenden werden Aspekte diskutiert, warum die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gesellschafter von Verlustzuweisungsgesellschaften im Vergleich zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschafter anderer Gesellschaften voneinander abweichen könnte.

Gesellschaften, die konzeptionell insbesondere auf die Erzielung einer hohen Nachsteuerrendite fokussiert sind, könnten Einkünfte erzielen, die nicht zu einer Erhöhung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führen. Es könnte daher eine ungleiche steuerliche Behandlung zwischen Verlustzuweisungsgesellschaften und anderen Gesellschaften erforderlich sein, da die, von den Verlustzuweisungsgesellschaften an ihre Gesellschafter zugewiesenen steuerlichen Verluste die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Gesellschafter nicht tangieren.

Nach dem hier vertretenen Verständnis tangieren Einkünfte die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dann nicht, wenn sie keiner steuerlichen Einkunftsart zugeordnet werden können bzw. die gesetzlich definierten Kriterien steuerlicher Einkünfte nicht erfüllen. Da die Einkünfte von Verlustzuweisungsgesellschaften bei der überwiegenden Zahl der Konzeptionen den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzuordnen sind, liegt der Fokus der Betrachtung demnach auf der verwendeten Definition für das Vorliegen der Gewinnerzielungsabsicht bzw. der Definition steuerlich relevanter Einkünfte. Das Gewinnerzielungsverständnis und die Konzeption von Verlustzuweisungsgesellschaften stehen insofern in besonderer Abhängigkeit zueinander. Eine allgemeine gesetzliche Definition der Gewinnerzielungsabsicht besteht nicht, sondern es erfolgt eine einzelfallabhängige Prüfung.⁵⁸⁶ Für die Definition von Gewinnerzielungsabsicht kann grundlegend die Entscheidung des RFH vom 14.03.1929⁵⁸⁷ herangezogen werden. Gewinnerzielungsabsicht wird darin als ernstliches Rechnen mit einem Ausgleich zwischen Aufwand und Ertrag beschrieben, mit dem eine Grundlage für eine einkommensteuerlich relevante Tätigkeit bzw. Einkommenserzielung geschaffen wird. Findet ein solcher Ausgleich nicht statt, handelt es sich dagegen um eine Verwendung von Einkommen und damit um steuerlich nicht relevantes Einkommen bzw. Liebhaberei.⁵⁸⁸ Vorgenanntes Verständnis von Gewinnerzielungsabsicht ist als subjektive Betrachtungsweise einzuordnen. Von dieser löste sich der Reichsfinanzhof 1934 und ging zu einer objektiven Betrachtungsweise über, bei der eine nachweisliche Orientierung an betriebswirtschaftlichen Grundsätzen gefordert wurde.⁵⁸⁹ Vom BFH wurde weiterhin

⁵⁸⁶ Vgl. *Birk* (2009), S. 861.

⁵⁸⁷ Vgl. RFH vom 14.03.1929, VI A 1473/28, RStBl. 1929, S. 329.

⁵⁸⁸ Vgl. *Theisen* (1999), S. 256.

⁵⁸⁹ Vgl. *Becker/Loitz/Stein* (2009), S. 29; *Birk* (2009), S. 861.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

einer objektiven Betrachtungsweise gefolgt, bevor mit der Entscheidung des BFH vom 25.06.1984 wieder einer subjektiven Betrachtungsweise der Vorrang gegeben wurde.⁵⁹⁰ Nach dieser Entscheidung bzw. nach aktuellem Recht ist das Vorliegen von Gewinnerzielungsabsicht von einer positiven Totalgewinnprognose abhängig.⁵⁹¹ Falls diese nicht vorliegt, ist ein Nachweis, dass die betrachteten Einkünfte im Rahmen einer objektiv zur Gewinnerzielung geeigneten Tätigkeit erzielt werden, erforderlich. Diese Vorgehensweise wird auch als zweigliedriger Liebhabereibegriff bezeichnet und verbindet eine objektive und eine subjektive Betrachtungsweise.⁵⁹² Auf Grundlage objektiver Kriterien bzw. in Form einer sogenannten Totalgewinnprognose erfolgt eine Ermittlung, ob das subjektive Merkmal einer Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Eine positive Totalgewinnprognose besteht dabei in der Erzielung eines steuerlichen Gewinns über die gesamte Lebensdauer der Tätigkeit oder des Investments bzw. in einer Mehrung des Betriebsvermögens. Die definitorische Abgrenzung eines steuerlichen Gewinns findet sich in § 4 Abs. 1 EStG (i. V. m. § 5 Abs. 1 EStG).⁵⁹³ Der Gewinn ist dabei das Ergebnis eines Betriebsvermögensvergleichs zum Ende eines Wirtschaftsjahres, sofern keine steuerlichen Wahlrechte in Anspruch genommen werden (§ 5 Abs. 1 S. 1 EStG). Die Ermittlung des steuerlichen Gewinns in Form eines Betriebsvermögensvergleichs findet Anwendung für Steuerpflichtige, die auf Grundlage nichtsteuerlicher Vorschriften bilanzierungspflichtig sind, für Steuerpflichtige, die gemäß § 141 AO bilanzierungspflichtig sind und für freiwillig bilanzierende Steuerpflichtige gemäß § 140 AO. Es wird davon ausgegangen, dass die hier betrachteten Verlustzuweisungsgesellschaften bereits auf Grundlage nichtsteuerlicher Vorschriften bilanzierungspflichtig sind und sich der Gewinn damit als Ergebnis eines Betriebsvermögensvergleichs ergibt.

Die Beurteilung, ob eine Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht aufweist, erfolgt über eine Prognose des steuerrechtlichen Totalgewinns. Der Totalgewinn umfasst den gesamten Gewinn, der sich über die Totalperiode des Bestehens eines Betriebs ergibt. Eine Totalperiode umfasst den Zeitraum von der Gründung bis zur Liquidation oder einer anderweitigen Beendigung eines Betriebs.⁵⁹⁴ Die subjektive Einschätzung einer Prognose über die künftige Entwicklung eines Betriebs erfolgt demnach auf Grundlage objektiver Kriterien.

Wird auf Grundlage des aktuell geltenden Steuerrechts eine Tätigkeit der Liebhaberei zugeordnet, tangieren die resultierenden Einkünfte die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen nicht, so dass eine steuerliche Verrechnung der

⁵⁹⁰ Vgl. *Becker/Loitz/Stein* (2009), S. 30; BFH-Beschluss vom 25.06.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751 ff.

⁵⁹¹ Vgl. Kapitel 4.1.

⁵⁹² Vgl. *Becker/Loitz/Stein* (2009), S. 89; *Falkner* (2009), S. 40.

⁵⁹³ Vgl. *Schulze-Osterloh* (1985b), S. 273.

⁵⁹⁴ Vgl. *Falkner* (2009), S. 37.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

entsprechenden Verluste ausscheidet. Die Abgrenzung zwischen steuerlich relevanten und steuerlich nicht relevanten Einkünften bzw. der Liebhaberei kann demnach im aktuellen Steuerrecht mit einer Verlustausgleichsbeschränkung verglichen werden.⁵⁹⁵ Zu klären wäre, ob sich diese Art der ermittlungstechnisch sehr frühen Verlustverrechnungsbeschränkung⁵⁹⁶ auf Grundlage des in Kapitel 5 beschriebenen Besteuerungsziels in das ertragsteuerliche Regelungsgeflecht einfügt.

Einer Abgrenzung zwischen steuerlich relevanten und nicht relevanten Einkünften ist nach hier vertretenem Verständnis grundsätzlich zuzustimmen, da steuerlich nur die Einkünfte zu erfassen sind, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen beeinflussen. Allerdings wird die Differenzierung auch dahingehend interpretiert, dass das deutsche Steuerrecht das Besteuerungsprinzip der Gleichmäßigkeit der Besteuerung nicht systematisch umsetzt und dadurch überhaupt erst eine Definition von Gewinnerzielungsabsicht erforderlich ist.⁵⁹⁷ Das Rechtsinstitut der Liebhaberei wird bei einer solchen Betrachtung auch als „ergänzende Rechtsfortbildung“ gesehen, die im Rahmen einer stringenten Anwendung des Leistungsfähigkeitsprinzips auf Grundlage des objektiven Nettoprinzips nicht zulässig wäre.⁵⁹⁸ Ungeachtet dessen liegt dieser rechtskritischen Analyse die Auffassung zu Grunde, dass eine Abgrenzung zwischen steuerlich relevanten und steuerlich nicht relevanten Einnahmen im Rahmen einer gleichmäßigen Besteuerung erforderlich ist. Gleichwohl sind die Kriterien zur Abgrenzung steuerlich relevanter Einkünfte von steuerlich nicht relevanten Einkünften im Rahmen des hier vertretenen Besteuerungsziels einer gleichmäßigen Besteuerung kritisch zu betrachten, wie die folgenden Aspekte zeigen.

Wie zuvor beschrieben, fungiert das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen des aktuellen Steuerrechts als Stellschraube hinsichtlich der Identifikation steuerlich relevanter Einkünfte. Die Merkmale zum Vorliegen der Gewinnerzielungsabsicht haben sich im Zeitablauf mehrfach verändert und sind gesetzlich nicht eindeutig verankert. In der Folge ergibt sich eine einzelfallbezogene Prüfung hinsichtlich des Vorliegens von Gewinnerzielungsabsicht mit entsprechenden Rechtsunsicherheiten durch das Richterrecht und die nicht vorhandene klare gesetzliche Definition.⁵⁹⁹ Der Steuerpflichtige kann infolgedessen im Vorhinein nicht genau abschätzen, ob seiner Tätigkeit eine Gewinnerzielungsabsicht tatsächlich zuerkannt wird. Diese unklare und umständliche Rechtslage kann für den Steuerpflichtigen zu Spielraum bei der Interpretation der Steuergesetze führen. Dies wird, wie in Kapitel 5

⁵⁹⁵ Vgl. *Becker/Loitz/Stein* (2009), S. 14.

⁵⁹⁶ Vgl. Ausführungen zur Verlustverrechnungsbeschränkung der ersten Stufe in Kapitel 3.2.

⁵⁹⁷ Vgl. *Theisen* (1988), S. 40.

⁵⁹⁸ *Kruse* (1980), S. 234.

⁵⁹⁹ Vgl. *Birk* (2009), S. 861.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

beschrieben, als Argument gegen das Vorliegen einer gleichmäßigen Besteuerung bei der Definition von Gewinnerzielungsabsicht verstanden.

Des Weiteren ist auch die Vorgehensweise zur Abgrenzung von Liebhaberei kritisch zu betrachten, dies insbesondere in Bezug auf die erforderliche Totalgewinnprognose und die diesbezüglich geregelte Herangehensweise. Bei der Totalgewinnprognose finden die subjektiven Motive für ein Investment bzw. die subjektiven Merkmale eines Investments für dessen steuerliche Behandlung Berücksichtigung. Erst wenn die seitens des Steuerpflichtigen subjektiv vorgenommene Totalgewinnprognose negativ ausfällt, ist zu prüfen, ob die Tätigkeit objektiv zur Gewinnerzielung geeignet ist. Damit kommt dem subjektiven Kriterium der Absicht bzw. der Intention des Steuerpflichtigen in Bezug auf die Aufnahme einer Tätigkeit ein besonderer Stellenwert zu. Diesem Einbezug subjektiver Elemente kann Kritik entgegengehalten werden.⁶⁰⁰ Ein Einbezug subjektiver Elemente würde dem Grundsatz des § 38 AO widersprechen, demnach subjektive Kriterien für steuerliche Implikationen grundsätzlich nicht zu berücksichtigen sind.⁶⁰¹ Außerdem besteht die Schwierigkeit, die subjektiven Kriterien objektivierbar zu machen, indem sie als objektive Kriterien formuliert werden und damit eine entsprechende Dokumentation und Nachprüfbarkeit der Einschätzung gegeben ist. Es sprechen demnach gute Argumente dafür, den Einbezug subjektiver Merkmale bei der Ermittlung der Gewinnerzielungsabsicht als ungleichmäßige Besteuerung einzuordnen.

Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass der Steuerpflichtige, die mit der Aufnahme einer Tätigkeit verfolgten Ziele selbst am besten einschätzen kann und demnach die Einschätzung zur Totalgewinnprognose am realistischsten beurteilen kann. Dabei wäre zu berücksichtigen, dass der Steuerpflichtige zur Maximierung seines erwarteten Einkommens nach Steuern auch die Strategie einer steuerlichen Ausweichentscheidung verfolgen könnte.

Auch bei der Ermittlung des Totalgewinns gibt es Aspekte, die im Konflikt mit einer gleichmäßigen Besteuerung stehen könnten. Sonderabschreibungen bleiben im Rahmen der Ermittlung der Totalgewinnprognose unberücksichtigt. Für diese Vorgehensweise könnte sprechen, dass eine Totalgewinnprognose keiner steuerlichen Einkünfteermittlung entspricht.⁶⁰² Außerdem könnte dafür angeführt werden, dass Sonderabschreibungen bei einer Totalgewinnbetrachtung nicht ins Gewicht fallen, da sich die steuerlichen Folgen im Zeitablauf ausgleichen.

Bei einer solchen Betrachtung würden die in Kapitel 4.1 erläuterten Zeiteffekte und Steuersatzeffekte ohne Berücksichtigung bleiben. Allerdings können Zeiteffekte durchaus zu Zinsvorteilen führen und sich demnach für den Steuerpflichtigen als

⁶⁰⁰ Vgl. *Loritz* (1997), S. 1284 f.

⁶⁰¹ Vgl. *Theisen* (1999), S. 259.

⁶⁰² Vgl. *Escher* (2005), S. 75.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

vorteilhaft erweisen. Steuersatzeffekte können, jeweils in Abhängigkeit von der spezifischen Fallkonstellation, durchaus zu einem Steuerersparnis für den Steuerpflichtigen bzw. zu einem dauerhaften steuerlichen Vorteil durch geringere Steuerzahlungen führen.⁶⁰³ Eine grundsätzliche Nichtbeachtung von Sonderabschreibungen bei der Ermittlung des Totalgewinns würde dem nicht Rechnung tragen.

Des Weiteren steht die Nichtberücksichtigung von Sonderabschreibungen im Widerspruch zu der im Rahmen des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG vorgebrachten Argumentation, dass steuerliche Vorteile keine Gewinnerzielungsabsicht beinhalten. In Folge des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG können Einkünfte aus Gewerbebetrieb nur dann erzielt werden, wenn eine Gewinnerzielungsabsicht auf Gesellschaftsebene in Form der Absicht, einen wirtschaftlichen Erfolg zu erzielen, vorliegt. Eine Gesellschaft, die (allein) auf die Erzielung steuerlicher Vorteile, zum Beispiel in Form einer gezielten Anwendung von steuerlichen Fördermaßnahmen durch Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen, ausgerichtet ist, würde demnach keine Gewinnerzielungsabsicht innehaben und damit gar nicht als Gesellschaft mit ertragsteuerlich relevanten Einkünften in Betracht kommen. Die Diskussion, ob steuerliche Sonderabschreibungen bei der Totalgewinnprognose einzubeziehen sind, ist demnach bei derartigen Gesellschaften in sich widersprüchlich.

Als weiteres Argument gegen die Einbeziehung von Sonderabschreibungen bei der Totalgewinnprognose kann vorgebracht werden, dass Steuererminderungen bei der Einkommensteuer nicht zu berücksichtigen sind, da die Einkommensteuer gemäß § 12 Nr. 3 EStG der privaten Lebensführung zuzuordnen ist.⁶⁰⁴ Dem wird entgegengehalten, dass diese Argumentation zumindest in Bezug auf die Ermittlung der Gewinnerzielungsabsicht auf Gesellschaftsebene nicht greift.⁶⁰⁵

Vor dem Hintergrund einer gleichmäßigen Besteuerung wäre außerdem fraglich, wie der Aspekt zu berücksichtigen ist, dass bei hohen negativen Einnahmen von einer fehlenden Gewinnerzielungsabsicht ausgegangen wird, diese im Falle positiver Einnahmen aber als gegeben angesehen wird. Eine Gewinnerzielungsabsicht wird dadurch nur im Kontext steuerlicher Verluste diskutiert. Demnach scheint der Gesetzgeber davon auszugehen, dass sich Gewinne von selbst einstellen, Verluste aber regelmäßig absichtlich erzielt werden.⁶⁰⁶ Eine solche Schlussfolgerung lässt sich erfahrungswissenschaftlich jedoch keineswegs stützen. Des Weiteren kann eine solche gesetzgeberische Differenzierung zu einer ungleichmäßigen Besteuerung bei Konstellationen führen, in denen negative Einnahmen auf positive Einnahmen folgen,

⁶⁰³ Vgl. dazu Kapitel 4.1.

⁶⁰⁴ Vgl. *Pferdmenges* (1990), S. 126.

⁶⁰⁵ Vgl. *Schulze-Osterloh* (1985a), S. 203.

⁶⁰⁶ Vgl. *Theisen* (1999), S. 259.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

im Vergleich zu positiven Einnahmen, die auf negative Einnahmen folgen. Es zeigt sich, dass gute Argumente dafür sprechen, dass die derzeitige Ermittlungsweise bei der Totalgewinnprognose zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen kann, da die derzeitige Ermittlungsweise Inkonsistenzen aufweist.

Auch in Bezug auf die inhaltliche Ausgestaltung der Kriterien zur Ermittlung steuerlicher Einkünfte lässt sich Kritik anführen. Es zeigt sich, dass das derzeitige Verständnis von Gewinnerzielungsabsicht, das eine Unterscheidung zwischen wirtschaftlichem und steuerlichem Vorteil vorsieht, grundlegende gesetzgeberische Entscheidungen nicht konsistent umsetzt und demnach eine ungleichmäßige Besteuerung nicht auszuschließen ist.

Dem Argument, dass das Streben nach Steuerersparnis dem privaten Bereich des Steuerpflichtigen bzw. der Liebhaberei zuzuordnen ist, wäre entgegenzusetzen, dass eine Steuerminderung nicht zwingend privat veranlasst sein muss. Eine Absicht, Steuerminderungen zu erreichen, schließt nicht unmittelbar einen wirtschaftlichen Erfolg aus. Vielmehr hofft der Anleger regelmäßig auch auf wirtschaftlichen Erfolg in Ergänzung zur erreichten Steuerminderung, um so ein erfolgreiches Investment zu erhalten. Risikoreiche Investments erfordern allerdings zum Teil steuerliche Fördermaßnahmen, um Investoren zu finden. Bleiben die steuerlichen Fördermaßnahmen unberücksichtigt, könnten fehlende Investitionen die Folge sein. Eine Steuerminderung durch steuerliche Verluste ist des Weiteren in der Regel niedriger als der entstandene Verlust als solcher. Insofern können Gewinne nicht allein über eine Steuerersparnis erreicht werden.⁶⁰⁷ Ein steuerlich motiviertes Investment könnte sich nur ergeben, wenn eine Verlustverrechnung und des Weiteren eine steuerfreie Veräußerung des Investments möglich sind. Damit ergibt sich bereits im Rahmen der Definition steuerlicher Einkünfte bzw. des Gewinnerzielungsverständnisses die Notwendigkeit, diese systematisch und widerspruchsfrei in das steuergesetzliche Regelungsgeflecht zu implementieren. Dazu zählt insbesondere eine Abstimmung mit den steuerlichen Regelungen zur Verlustverrechnung und der Behandlung von Veräußerungsgewinnen.

Es sind demnach gute Argumente dafür vorhanden, dass die Regelung des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG, in Form einer Abgrenzung zwischen steuerlichem und wirtschaftlichem Vorteil, einer gleichmäßigen Besteuerung im hier verstandenen Sinne entgegensteht.⁶⁰⁸ Es konnten keine Argumente dafür gefunden werden, warum ein steuerlicher Vorteil nicht insbesondere auch einen wirtschaftlichen Vorteil darstellen sollte.

⁶⁰⁷ Vgl. *Schulze-Osterloh* (1985a), S. 202.

⁶⁰⁸ Ähnlich auch *Schulze-Osterloh* (1985a), S. 203, der die Regelung des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG als „systemwidrig“ beurteilt und *Hoffmann* (1991), S. 1534.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Ausgehend von den aktuell geltenden gesetzlichen Rahmenbedingungen, insbesondere den Kriterien zur Definition steuerlich relevanter Einkünfte, würde es keine Verlustzuweisungsgesellschaft in Form einer Gesellschaft, die allein auf einen steuerlichen Vorteil fokussiert ist, geben können.⁶⁰⁹ Eine Gesellschaft erzielt erst bei Vorliegen besonderer Kriterien steuerliche Einkünfte. Eine unterschiedliche steuerliche Behandlung steuerlicher Einkünfte wäre erst dann vertretbar, wenn begründet werden kann, dass sich diese steuerlichen Einkünfte unterscheiden.

Demnach besteht bei heutigen Verlustzuweisungsgesellschaften in Bezug auf diesen Aspekt kein Unterschied mehr im Vergleich zu anderen Gesellschaften. Beide müssen einen wirtschaftlichen Totalgewinn in Form einer Betriebsvermögensmehrung anstreben, um steuerlich berücksichtigungsfähige Ergebnisse zu erzielen. Die jeweils erzielten Einkünfte fließen insofern in beiden Fällen in die steuerliche Gewinnermittlung mit ein bzw. tangieren jeweils die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Demnach wäre eine Unterscheidung in Verlustzuweisungsgesellschaften und andere Gesellschaften in Bezug auf die Art der erzielten Einkünfte nicht zu treffen, da Gesellschaften ohne das Vorliegen von Gewinnerzielungsabsicht nicht in die Situation steuerlicher Einkünfte gelangen würden.⁶¹⁰ Durch das Erfordernis einer Gewinnerzielungsabsicht auf Ebene der Gesellschaft erzielen heutige Gesellschaften sämtlich steuerliche Einkünfte, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit tangieren. Insofern ist grundsätzlich kein Unterscheidungskriterium erkennbar, nach dem eine differenzierte steuerliche Behandlung der an die Gesellschafter zugewiesenen steuerlichen Einkünfte erforderlich wäre. Würde es ein anderes Verständnis von Gewinnerzielungsabsicht geben, demgemäß auch im Rahmen der Erzielung eines steuerlichen Vorteils Gewinnerzielungsabsicht gesehen wird, könnte eine Grundlage für eine Differenzierbarkeit vorliegen. Bei Geltung des aktuellen Rechts ist diese jedoch nicht gegeben, so dass den Gesellschaftern steuerlich relevante Einkünfte zugewiesen werden. Bei Vorliegen positiver Einkünfte führen diese zu einer Erhöhung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Gesellschafter, bei Vorliegen negativer Einkünfte ergibt sich eine Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

Dadurch, dass der Gesetzgeber trotz der vorgenannt beschriebenen Einwände besondere Verlustverrechnungsbeschränkungen vorsieht, die bei den Gesellschaftern von Verlustzuweisungsgesellschaften eine differenzierte steuerliche Behandlung der Einkünfte regeln, könnte er gegen eine gleichmäßige Besteuerung verstoßen. Denn die vorgenommene differenzierende steuerliche Behandlung kann zumindest nicht in einer fehlenden Gewinnerzielungsabsicht der Gesellschaften, infolgedessen den Gesellschaftern Einkünfte zugewiesen würden, ohne deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu tangieren, begründet liegen.

⁶⁰⁹ Vgl. *Kohlhaas* (2003), S. 605.

⁶¹⁰ Vgl. *Kohlhaas* (1998), S. 403; *Kohlhaas* (2003), S. 602.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Auch der in § 2b EStG a. F. enthaltene Definitionsansatz einer Verlustzuweisungsgesellschaft ging bereits von einer erforderlichen Gewinnerzielungsabsicht bei den von der Vorschrift erfassten Gesellschaften aus.⁶¹¹ Dieses Erfordernis hat sich auch im Rahmen des aktuell geltenden § 15b EStG nicht geändert. Nach aktueller Gesetzeslage ist folglich davon auszugehen, dass eine Verlustzuweisungsgesellschaft grundsätzlich eine Gewinnerzielungsabsicht in Form des Anstrebens eines wirtschaftlichen Erfolgs aufweist, der über die Erzielung eines steuerlichen Vorteils hinausgeht.⁶¹² Auch im Rahmen der Regelung des § 15a EStG ist eine vollständige Finanzierung der Beteiligung an einer Verlustzuweisungsgesellschaft aus Steuerersparnissen nicht mehr möglich. Vielmehr ist es in Folge der Regelung erforderlich, dass die Gesellschaft auf die Erzielung von Gewinnen ausgerichtet ist. Eine Verlustverrechnung ist, wie in Kapitel 4.4 erläutert, auf die Höhe der Einlage des Kommanditisten beschränkt. Darüber hinausgehende Verluste sind nur mit künftigen Gewinnen verrechenbar. Auch einer Verlustzuweisungsgesellschaft ist insofern eine Gewinnerzielungsabsicht immanent. Das bedeutet, dass die Konstellation einer Verlustzuweisungsgesellschaft ohne Gewinnerzielungsabsicht auf Gesellschaftsebene nach Einführung des § 15a EStG nicht mehr möglich ist. Aber auch ohne Vorhandensein des § 15a EStG wäre eine Verlustzuweisungsgesellschaft in Folge des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG nur noch bei Vorhandensein einer Gewinnerzielungsabsicht denkbar. Gleichwohl gilt gesetzlich weiterhin der Anscheinsbeweis einer nicht vorhandenen Gewinnerzielungsabsicht für Verlustzuweisungsgesellschaften, der im Rahmen einer Beweislastumkehr zu widerlegen ist.⁶¹³

Das in diesem Kapitel bereits beschriebene, über die Jahre wechselnde Rechtsverständnis zur Gewinnerzielungsabsicht bekräftigt die vorher bereits dargestellte kritische Sichtweise der Kriterien zur Differenzierung steuerlicher Einkünfte. Eine in Bezug auf die bereits genannten kritischen Aspekte verbesserte Definition zur Abgrenzung steuerlich relevanter von den steuerlich nicht relevanten Einkünften wäre demnach zu begrüßen. Dabei könnte eine Orientierung an objektiven Abgrenzungskriterien, wie z. B. im Rahmen der österreichischen Liebhabereiverordnung, sinnvoll sein.⁶¹⁴ Im Rahmen dieser Verordnung erfolgt eine Abgrenzung steuerlich relevanter von steuerlich nicht relevanten Einkünften auf Grundlage objektivierter Kriterien. Dazu werden bestimmte Fallgruppen von Tätigkeiten aufgeführt, die zu steuerlich relevanten und nicht steuerlich relevanten Einkünften führen. Gegebenenfalls könnte eine solche Vorgehensweise auch eine gute Alternative für das deutsche Steuerrecht sein und die Totalgewinnprognose ersetzen. Es gilt jedoch festzuhalten, dass eine objektivierte Ermittlungsweise, zum Beispiel auch in Form einer einfachen betriebs-

⁶¹¹ Vgl. Kapitel 4.5.

⁶¹² Vgl. *Kohlhaas* (2003), S. 602.

⁶¹³ Vgl. *Kohlhaas* (1999), S. 504; *Kohlhaas* (1998), S. 399; *Kohlhaas* (2003), S. 599.

⁶¹⁴ Vgl. zur Österreichischen Liebhaberei-Verordnung *Birk* (2009), S. 861; *Becker/Loitz/Stein* (2009), S. 389-391.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

wirtschaftlichen Prognose auf Grundlage objektivierter Daten, die subjektiv geprägte Totalgewinnprognose ersetzen könnte.⁶¹⁵ Eine objektivierte Ermittlungsweise ermöglicht eine „Feststellung objektivierter Umstände und eine damit verbundene generalisierende Bewertung der Gesamtumstände“.⁶¹⁶ Damit verkleinert eine objektivierte Ermittlungsweise den Interpretationsspielraum bei der Anwendung der Regelung durch den Steuerpflichtigen. Infolgedessen könnte eine durch Interpretationsspielräume folgende ungleichmäßige Besteuerung verringert werden.

Das Problem einer zutreffenden Identifizierung etwaiger fiktiver Verluste wäre gegebenenfalls auch lösbar, indem auf Grundlage des geltenden Steuerrechts eine Unterscheidung zwischen Erwerbs- und Verlustgrundlage und damit Unterteilung in zwei grundlegende Kategorien getroffen würde. Einzelfallregelungen wären dann möglicherweise nicht mehr erforderlich. Sollte diese Einteilung nicht möglich sein, könnte auch eine Verrechnung nur innerhalb dieser Verlustquelle Abhilfe schaffen.⁶¹⁷

Eine weitere Betrachtung der für das Feststellen von Gewinnerzielungsabsicht geeigneten Kriterien soll hier aber nicht erfolgen. Es lässt sich jedoch festhalten, dass die Definition steuerlicher Einnahmen das Vorliegen von Konstellationen, die eine Verrechnung fiktiver Verluste forcieren, maßgebend beeinflusst. Werden Einnahmen auf Grundlage der seitens des Gesetzgebers implementierten Definition als steuerlich relevant betrachtet, ist nicht nachvollziehbar, warum entsprechende negative Einnahmen von den steuerlichen Verlustverrechnungsmöglichkeiten ausgeschlossen werden. Der Gesetzgeber würde damit seiner einmal erfolgten Zuordnungsentscheidung selbst widersprechen bzw. inkonsistent agieren, indem er den von der Verrechnung auszuschließenden Verlust überhaupt erst zu einem steuerlichen Verlust macht.⁶¹⁸

Eine ungleiche steuerliche Behandlung könnte auch darauf zurückzuführen sein, dass den Gesellschaftern von Verlustzuweisungsgesellschaften, in Folge eines besonderen betrieblichen Konzepts dieser Gesellschaften, Einkünfte zugewiesen werden, die eine andere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit implizieren als die Einkünfte anderer Personengesellschaften. In Folge dieser etwaigen Unterschiede bei der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit könnte sich das Erfordernis für eine differenzierte steuerliche Behandlung der Gesellschafter ergeben.

Verlustzuweisungsgesellschaften verfolgen insbesondere das betriebliche Konzept, im Rahmen der Inanspruchnahme steuerlicher Fördermaßnahmen oder anderer steuerlicher Regelungen, Aufwand gezielt in frühe Perioden zu verlagern, um den

⁶¹⁵ Weitere alternative Kriterien zur Abgrenzung der Gewinnerzielungsabsicht vgl. z. B. *Schulze-Osterloh* (1985a), S. 280.

⁶¹⁶ *Schulze-Osterloh* (1985a), S. 279.

⁶¹⁷ Vgl. *Kirchhof* (2005), S. 8.

⁶¹⁸ Vgl. *Heintzen* (2005), S. 171.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Gesellschaftern Aufwand, auch über die bestehende Hafteinlage hinaus, zuzuweisen.⁶¹⁹ Um die Frage einer differenzierten steuerlichen Behandlung zu beantworten, wäre zu klären, ob die gezielte Inanspruchnahme von besonderen steuerlichen Vorschriften, wie z. B. Fördermaßnahmen, Aufwand generiert, der im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung anders zu behandeln ist, als anderweitig entstandener Aufwand. Dies impliziert eine Einschätzung, welcher Gewinn als steuerliche Bemessungsgrundlage bzw. zur Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit heranzuziehen ist.

Zu klären wäre, ob das von Verlustzuweisungsgesellschaften verwendete betriebliche Konzept zu einer anderen steuerlichen Behandlung dieser Form von Gesellschaften führen müsste. Die betrieblichen Konzepte von Verlustzuweisungsgesellschaften unterscheiden sich, wie in Kapitel 4.1 dargestellt, in Konzepte, bei denen im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung gezielt Aufwand vorverlagert wird und in Konzepte, bei denen diese Aufwandsvorverlagerung durch die Inanspruchnahme besonderer steuerlicher Fördermaßnahmen erfolgt.⁶²⁰ Wird im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung konzeptionell Aufwand gezielt vorverlagert, unterscheiden sich diese Gesellschaften allein durch den Aspekt einer gezielten Anwendung bestimmter Vorschriften der steuerlichen Gewinnermittlung. Es wäre möglich, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Steuerpflichtigen nicht berührt wird, wenn Verluste gezielt herbeigeführt werden.⁶²¹ Es ist allerdings nicht nachvollziehbar, wieso eine gezielte Anwendung bestimmter steuerlicher Vorschriften anders behandelt werden sollte als eine nicht gezielte Anwendung. Hinter einer solchen Unterscheidung würde letztlich ein subjektives Element stehen, das sich einer objektivierten Nachprüfbarkeit entzieht. Wie auch bereits in den vorherigen Ausführungen beschrieben, würde der Einbezug subjektiver Merkmale im Rahmen steuerlicher Vorschriften § 38 AO widersprechen. Gemäß dieser Vorschrift richten sich die steuerlichen Folgen allein nach objektiviert nachprüfbareren Tatbestandsmerkmalen.

Bei Konzepten, die auf den allgemeinen steuerlichen Gewinnermittlungsvorschriften fußen, würden Einschränkungen zur Eindämmung übermäßiger Verlustentstehung grundsätzlich auch „normale“ Konzepte beeinträchtigen. Es wäre kaum möglich, differenziert gegen eine solche Art der Verlustentstehung entgegen zu wirken.⁶²² Der Einbezug typisierter subjektiver Besteuerungsmerkmale erscheint demnach nicht realisierbar. Eine steuerliche Differenzierung auf Grundlage subjektiver Differenzierungsmerkmale wird daher verworfen.

⁶¹⁹ Vgl. Kapitel 4.1.

⁶²⁰ Vgl. *vom Stein* (1985), S. 42 f.

⁶²¹ Vgl. *Buchheister* (1997), S. 557.

⁶²² Vgl. *vom Stein* (1985), S. 43.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Stellen Verlustzuweisungsgesellschaften konzeptionell auf die Anwendung bestimmter steuerlicher Fördermaßnahmen ab, wäre zu prüfen, ob die angewendeten Vorschriften eine besondere steuerliche Behandlung zur Folge haben müssten. Die den Verlustzuweisungsgesellschaften zur Verfügung stehenden steuerlichen Fördermöglichkeiten lassen sich insbesondere in Sonderabschreibungen, erhöhte Absetzung für Abnutzung und steuerfreie Rücklagen unterteilen.

Die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen, erhöhten steuerlichen Absetzungen für Abnutzung und steuerfreien Rücklagen ist auf lenkungspolitische Motive des Gesetzgebers zurückzuführen. Sonderabschreibungen und erhöhte Absetzungen für Abnutzung unterscheiden sich insofern von planmäßigen Abschreibungen, die mit einer Abbildung des Werteverzehrs (sogenannte Werteverzehrthese) oder einer zeitgerechten Verteilung von Aufwand (sogenannte Aufwandsverteilungsthese) begründet werden.⁶²³ Bei Anwendung der Aufwandsverteilungsthese wird der angefallene Aufwand als Grund für die Abschreibung und der damit verbundene Werteverzehr als Verteilungsmaßstab gefasst. Insofern sorgen die Abschreibungen für eine erfolgswirksame Verteilung der Anschaffungskosten bzw. Herstellungskosten auf die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer.⁶²⁴ Damit dienen Abschreibungen insbesondere der Realisierung der periodengerechten Verteilung von Aufwand.⁶²⁵ Eine Abschreibung bildet demnach die Wertminderung des Wirtschaftsgutes ab. Im Rahmen der Werteverzehrthese wird die Abschreibung stellvertretend für den Verbrauch des Wirtschaftsgutes gesehen, da die Anschaffungskosten bzw. Herstellungskosten als solche noch keine Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten darstellen.⁶²⁶ Anfang des 19. Jahrhunderts war der Werteverzehr-gedanke für den Zweck der Abschreibung prägend im Einkommensteuergesetz. Der jährliche Werteverzehr eines Wirtschaftsgutes wurde insofern als Werbungskosten gewinnmindernd berücksichtigt.⁶²⁷ Zunächst wurde als Bemessungsgrundlage der Abschreibung ein durch Schätzung oder ein durch Sachverständige ermittelter Zeitwert angesetzt, erst später wurden die Anschaffungs- oder Herstellungskosten als Grundlage genommen. Des Weiteren hat sich die BFH Rechtsprechung bisher nur kasuistisch zwischen der Anwendung der Aufwandsverteilungsthese und der Werteverzehrthese entschieden.⁶²⁸

⁶²³ Vgl. *Jakob/Wittmann* (1988), S. 542; *Könemann* (2001), S. 110.

⁶²⁴ Vgl. *Söhn* (1991), S. 277.

⁶²⁵ Vgl. *Jakob/Wittmann* (1988), S. 541.

⁶²⁶ Vgl. *Kulosa* (2012), § 7 EStG, Rz. 2 f.

⁶²⁷ Vgl. *Könemann* (2001), S. 98.

⁶²⁸ Vgl. *Könemann* (2001), S. 113.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Eine planmäßige Abschreibung kann insbesondere in Form einer über den Zeitablauf linearen, degressiven oder progressiven Form der Abschreibung erfolgen.⁶²⁹ Steuerrechtlich ist gemäß § 7 Abs. 1 EStG grundsätzlich eine planmäßige Abschreibung in Form einer linearen Abschreibung zulässig. Abweichend davon ist in besonderen Fällen gemäß § 7 Abs. 2 EStG auch eine planmäßige Abschreibung in Form der degressiven Abschreibung oder gemäß § 7 Abs. 1 Satz 6 EStG in Form einer Leistungsabschreibung möglich.⁶³⁰ Die Möglichkeit der degressiven Abschreibung gemäß § 7 Abs. 2 EStG könnte bereits als Form von Sonderabschreibungen, die ein Steuerstundungspotential bereithalten, gesehen werden.⁶³¹ Dabei wird die degressive Abschreibung dazu eingesetzt, eine erhöhte Abnutzung von Wirtschaftsgütern in den Anfangsjahren über fallende Jahresbeträge der Abschreibung abzubilden.

Wie bereits in Kapitel 4.1 beschrieben, können Sonderabschreibungen zusätzlich zu planmäßigen Abschreibungen in Anspruch genommen werden. Erhöhte Absetzungen für Abnutzung sind anstelle der planmäßigen Abschreibung verrechnungsfähig.⁶³² Ihre Inanspruchnahme betrifft im Unterschied zu den anderen beschriebenen Abschreibungsformen allein die steuerliche Gewinnermittlung und hat handelsrechtlich kein Äquivalent. Sonderabschreibungen sind von außerplanmäßigen Abschreibungen bzw. Teilwertabschreibungen abzugrenzen. Diese werden dazu eingesetzt, um eine Korrektur der bisherigen Bemessung der Abschreibung auf Grund plötzlich eingetretener oder ungewöhnlicher Umstände abzubilden und so eine zutreffende Bewertung eines Wirtschaftsgutes zu erreichen.⁶³³ In Folge der Anwendung des Maßgeblichkeitsprinzips gelten die handelsrechtlichen Wertansätze grundsätzlich auch für die Steuerbilanz. Insofern werden Vermögensgegenstände handels- und steuerrechtlich gemäß § 253 Abs. 1 Satz 1 HGB zu den (fortgeführten) Anschaffungs- oder Herstellungskosten bilanziert. Liegt eine voraussichtlich dauerhafte Wertminderung vor, ist bei Vermögensgegenständen des Anlagevermögens gemäß § 253 Abs. 3 HGB eine außerplanmäßige Abschreibung vorzunehmen, um den niedrigeren Wert anzusetzen, der den Vermögensgegenständen am Abschlussstichtag beizulegen ist (sogenanntes gemildertes Niederstwertprinzip beim Anlagevermögen).⁶³⁴ Bei Finanzanlagen können außerplanmäßige Abschreibungen gemäß § 253 Abs. 3 HGB auch bei voraussichtlich nicht dauerhafter

⁶²⁹ Vgl. für detaillierte Informationen zu den Verfahren planmäßiger Abschreibungen z. B. *Wöhe/Mock* (2010), S. 136ff.; *Scheffler* (2014), S. 191ff.

⁶³⁰ Vgl. *Breithecker/Schmiel* (2003), S. 191f.; *Kulosa* (2014), § 7 EStG, Rz. 130-132. Eine degressive Abschreibung wird für bewegliche Wirtschaftsgüter, die ab dem 01.01.2011 angeschafft oder hergestellt worden sind, aktuell nicht mehr gewährt, vgl. *Kulosa* (2016), § 7 EStG, Rz. 130.

⁶³¹ Vgl. *vom Stein* (1985), S. 46 f.

⁶³² Vgl. *Kulosa* (2016), § 7a EStG, Rz. 1.

⁶³³ Vgl. *Kulosa* (2016), § 7a EStG, Rz. 4.

⁶³⁴ Vgl. *Schubert/Roscher* (2016), § 253, Rz. 300-349.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Wertminderung vorgenommen werden.⁶³⁵ Von den drei möglichen Wertansätzen, den Anschaffungs- bzw. Herstellungskosten, dem Börsen- oder Marktpreis und dem am Abschlussstichtag beizulegenden Wert ist bei den Vermögensgegenständen des Umlaufvermögens gemäß § 253 Abs. 4 HGB stets der niedrigste Wert anzusetzen (sogenanntes strenges Niederstwertprinzip beim Umlaufvermögen).⁶³⁶ Steuerlich sind der Ansatz des niedrigeren Marktwerts bzw. eine Abschreibung auf den niedrigeren Teilwert gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EStG nur dann zulässig, sofern eine dauerhafte Wertminderung vorliegt. Dabei handelt es sich um ein steuerliches Wahlrecht, das nicht durch die Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz überlagert wird.⁶³⁷

Steuerliche Rücklagen sind als steuerlich gewinnmindernde Position, die nach einigen Jahren gewinnerhöhend aufzulösen ist, zu verstehen.⁶³⁸ Demnach sind auch die steuerlichen Rücklagen grundsätzlich allein der steuerlichen Gewinnverwendung zuzuordnen.

Die Möglichkeiten zur Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen, erhöhten Absetzungen für Abnutzung und steuerfreien Rücklagen haben sich in den vergangenen Jahren erheblich reduziert, so dass aktuell nur wenige Ansatzpunkte für Gesellschaften mit konzeptionellem Fokus auf besondere steuerliche Fördermaßnahmen bestehen. Im Vergleich zu der Fülle an Fördermöglichkeiten in den achtziger und neunziger Jahren⁶³⁹ ergeben sich nach aktueller Gesetzeslage insofern deutlich weniger Möglichkeiten. Die aktuellen Abschreibungspotentiale und Möglichkeiten zur Bildung steuerfreier Rücklagen sind nachfolgend in Bezug auf ihren wesentlichen Regelungsinhalt zusammengefasst:

Rechtsnorm	Wesentliche Regelung
§§ 6b/6c EStG	Die bei der Veräußerung von Grund und Boden sowie ausgewählten anderen Wirtschaftsgütern entstandenen stillen Reserven können auf Ersatzwirtschaftsgüter, die im Wirtschaftsjahr der Veräußerung oder im vorangegangenen Wirtschaftsjahr angeschafft oder hergestellt worden sind, übertragen werden. Sofern der Abzug nicht vorgenommen wurde, kann eine steuerfreie Rücklage gebildet werden.

⁶³⁵ Vgl. *Schubert/Roscher* (2016), § 253, Rz. 350-352.

⁶³⁶ Vgl. *Schubert/Roscher* (2016), § 253, Rz. 506-519.

⁶³⁷ Vgl. *Kulosa* (2016), § 6 EStG, Rz. 361; *Schubert/Roscher* (2016), § 253, Rz. 353.

⁶³⁸ Vgl. *Graf von Armansperg* (1983), S. 100.

⁶³⁹ Vgl. dazu die Übersichten bei *von Stein* (1985), S. 50-54 und S. 57-60.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Rechtsnorm	Wesentliche Regelung
§ 7a EStG	Sofern nachträgliche Herstellungskosten in einem Zeitraum anfallen, in dem erhöhte Absetzungen oder Sonderabschreibungen genutzt werden können, werden die Absetzungen für Abnutzungen, die Sonderabschreibungen und die erhöhten Absetzungen vom Jahr der Entstehung der nachträglichen Anschaffungskosten bis zum Ende des Begünstigungszeitraum an den ursprünglichen Anschaffungskosten bzw. Herstellungskosten zzgl. der nachträglichen Herstellungskosten bemessen.
§ 7g EStG	Unter den Voraussetzungen gemäß § 7g Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 EStG können bei der künftigen Anschaffung oder Herstellung eines abnutzbaren beweglichen Wirtschaftsgutes 40% der voraussichtlichen Anschaffungs- oder Herstellungskosten gewinnmindernd abgezogen werden.
§ 7h EStG	Bei im Inland gelegenen Gebäuden in einem förmlich festgelegten Sanierungsgebiet oder städtebaulichen Entwicklungsbereich können im Jahr der Herstellung und in den folgenden sieben Jahren jeweils bis zu 9% und in den folgenden vier Jahren jeweils bis zu 7% der Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen gemäß § 177 Baugesetzbuch abgesetzt werden.
§ 7i EStG	Bei im Inland gelegen Gebäuden, bei denen es sich um ein Baudenkmal handelt, können von den Herstellungskosten für Baumaßnahmen zur Erhaltung des Gebäudes oder zur sinnvollen Nutzung im Jahr der Herstellung und in den folgenden sieben Jahren bis zu 9% und in den folgenden vier Jahren bis zu 7% abgesetzt werden.
§ 81 EStDV	Steuerpflichtige, die den Gewinn nach § 5 EStG ermitteln, können unter bestimmten Voraussetzungen bei abnutzbaren Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens im Wirtschaftsjahr der Anschaffung oder Herstellung und in den vier folgenden Wirtschaftsjahren Sonderabschreibungen vornehmen, und zwar 1. bei beweglichen Wirtschaftsgütern bis zu 50%, 2. bei unbeweglichen Wirtschaftsgütern bis zu 30% der Anschaffungs- oder Herstellungskosten.
§ 82a EStDV	Steuerpflichtige können zur Erhaltung von bestimmten Anlagen und Einrichtungen bei Gebäuden, wie z. B. Heizungs- und Warmwasseranlagen, im Jahr der Herstellung und den folgenden neun Jahren bis zu 10% der Herstellungskosten absetzen.
§ 82b EStDV	Steuerpflichtige können größere Aufwendungen für die Erhaltung von Gebäuden, die nicht zum Betriebsvermögen und überwiegend zu Wohnzwecken dienen, auf zwei bis fünf Jahre gleichmäßig verteilen.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Rechtsnorm	Wesentliche Regelung
§ 82f EStDV	Steuerpflichtige, die den Gewinn nach § 5 EStG ermitteln, können bei Handelsschiffen, die in einem inländischen Seeschiffsregister eingetragen sind, im Wirtschaftsjahr der Anschaffung oder Herstellung und in den vier folgenden Wirtschaftsjahren Sonderabschreibungen bis zu insgesamt 40% der Anschaffungs- oder Herstellungskosten vornehmen.
§ 82g EStDV	Steuerpflichtige können von den durch Zuschüsse nicht gedeckten Herstellungskosten für Modernisierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen im Sinne des § 177 Baugesetzbuch sowie zur Erhaltung und Erneuerung von Gebäuden, die eine besondere kulturelle oder bauliche Bedeutung haben, im Jahr der Herstellung und den folgenden neun Jahren jeweils bis zu 10% abschreiben.
§ 82i EStDV	Steuerpflichtige können zur Erhaltung von Baudenkmälern im Jahr der Herstellung und den folgenden neun Jahren eine erhöhte Abschreibung von bis zu 10% der Herstellungskosten vornehmen.

Tabelle 10: Steuerliche Fördermöglichkeiten

Die Tabelle 10 zeigt, dass für die Inanspruchnahme steuerlicher Fördermaßnahmen nur noch wenige Konstellationen bestehen. Demnach sind steuerliche Fördermaßnahmen nur bei Vorliegen sehr enger und spezifischer Voraussetzungen möglich. Im Rahmen der Fördermaßnahmen wird Kapital umgeleitet und dadurch der Wirtschaft als Investitionskapital verfügbar gemacht.⁶⁴⁰ Insofern werden bestimmte vom Gesetzgeber ausgewählte Förderobjekte, wie z. B. Wirtschaftsgüter, Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsstandorte, steuerlich begünstigt. Sonderabschreibungen lassen sich demnach auch als vom Gesetzgeber „gewollte Steuerschlupflöcher“ bezeichnen.⁶⁴¹

Investitionen, bei denen steuerliche Fördermaßnahmen greifen, scheinen letztlich einen besonderen „Abschreibungsbedarf“ aufzuweisen, der im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung abgebildet wird. So könnte es ohne die Möglichkeit steuerlicher Verlustzuweisungen im Anfangsstadium für bestimmte Anlageformen nicht unbedingt Investoren geben.⁶⁴² Demnach scheint ein erhöhter Förderbedarf zu bestehen, der auf eine geringe Attraktivität der geförderten Objekte ohne entsprechende Maßnahmen hindeutet. Die geringe Attraktivität deutet auf eine geringe Rendite hin, die letztlich gerade in einem erhöhten tatsächlichen „Werteverzehr“ begründet liegen kann. Sollte dieser, beispielsweise in Form von

⁶⁴⁰ Vgl. *Loritz* (1997), S. 1282.

⁶⁴¹ *Wosnitza* (2000), S. 767 ff.

⁶⁴² Vgl. *Graf von Armansepp* (1983), S. 10.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Sonderabschreibungen steuerlich abgebildete, erhöhte „Werteverzehr“ letztlich steuerlich unberücksichtigt bleiben, würde zum einen einer gleichmäßigen Besteuerung widersprochen und zum anderen das ursprüngliche Ziel der Förderung konterkariert. Sollte umgekehrt der steuerlich berücksichtigte „Werteverzehr“ den tatsächlichen wirtschaftlichen „Werteverzehr“ übersteigen, würde sich dieses Ungleichgewicht über die Bildung stiller Reserven bei einem etwaigen steuerpflichtigen Verkauf wieder ausgleichen. Allerdings wären dabei Zinssatz- und Steuersatzeffekte zu beachten, die abhängig von den Konstellationen des Einzelfalls einem solchen Ausgleich entgegenstehen könnten. Diesbezüglich müsste im Rahmen der Besteuerung der stillen Reserven geregelt sein, dass etwaige Zinssatz- und Steuersatzeffekte entsprechend einzubeziehen sind. Für den Fall, dass bei der anschließenden Veräußerung stille Reserven steuerfrei veräußert werden könnten, wäre dagegen eine tatsächliche Ungleichmäßigkeit in Folge von Zins- und Steuersatzeffekten entstanden. Diese Ungleichmäßigkeit müsste dann im Rahmen einer gleichmäßigen Besteuerung korrigiert werden. Es zeigt sich auch, dass die steuerlichen Regelungen zu Sonderabschreibungen eine widerspruchsfreie Einbindung in das Gesamtgefüge des jeweiligen Steuersystems verlangen. Es wäre demnach insbesondere eine Abstimmung mit den Regelungen zur Besteuerung von Veräußerungsgewinnen erforderlich.

Werden die Folgen der Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen etc. steuer-gesetzlich nicht gebilligt, steht dies jedoch einer gleichmäßigen Besteuerung entgegen. Vielmehr müssten die Lenkungsnormen selbst anders formuliert bzw. eingeschränkt werden.⁶⁴³ Außerdem ist auch der Aspekt zu betrachten, dass die steuerliche Verrechnung von Sonderabschreibungen auf Grundlage der aktuellen steuergesetzlichen Regelungen ohne weitere Beschränkungen solange gewährt bleibt, bis sich ein steuerlicher Verlust einstellt. Sofern Sonderabschreibungen bereits unterjährig im Rahmen eines horizontalen oder vertikalen Verlustausgleichs verrechnet werden und damit nicht zur Feststellung eines steuerlichen Verlusts am Jahresende führen, findet demnach eine vollständige steuerliche Verrechnung statt. Auch dies kann als ungleichmäßige Besteuerung gesehen werden, da die gesetzgeberische Grundlagenentscheidung, eine durch steuerliche Fördermaßnahmen geminderte steuerliche Bemessungsgrundlage nur eingeschränkt zur steuerlichen Verlustverrechnung zuzulassen, damit nicht konsistent umgesetzt wird.

Es könnte sein, dass im Rahmen von sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften ein steuerlicher Vorteil in Form einer steuerlichen Subvention entsteht, die gesetzlich gar nicht gewollt ist. Dieser Vorwurf könnte sich insbesondere darauf beziehen, dass Verlustzuweisungsgesellschaften regelmäßig steuerliche Subventionen in Form von Sonderabschreibungen in Anspruch nehmen. Infolgedessen könnte sich für die Verlustzuweisungsgesellschaft eine gesetzgeberisch ungewollte Steuerstundung in

⁶⁴³ Vgl. *Birk/Kulosa* (1999), S. 436.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Form einer Aufwandsvorverlagerung (Zeiteffekt) ergeben.⁶⁴⁴ Grundsätzlich setzt eine Subvention eine Förderungsabsicht des Gesetzgebers voraus.⁶⁴⁵ Es werden von staatlicher Seite ökonomische Anreize für ein bestimmtes Verhalten gesetzt.⁶⁴⁶ Dabei wird zwischen gewollten und ungewollten Verhaltensbeeinflussungen differenziert.⁶⁴⁷ Besondere steuerliche Fördermaßnahmen, wie Sonderabschreibungen, sind den gewollten Verhaltensbeeinflussungen zuzuordnen, da der Gesetzgeber mit diesen Möglichkeiten lenkungspolitische Absichten verfolgt. Der sich durch die Fördermaßnahmen etwaig ergebende Vorteil wäre damit den gewollten Verhaltensbeeinflussungen zuzuordnen. Inwiefern sich im Rahmen der steuerlichen Verlustverrechnung nach Inanspruchnahme steuerlicher Fördermaßnahmen Vorteile ergeben können, soll eine Betrachtung der Implikationen von Sonderabschreibungen im zeitlichen Ablauf verdeutlichen: In den Jahren der Geltendmachung der Sonderabschreibungen wird Aufwand generiert, der entweder zu negativen Einkünften oder einer Verrechnung der Aufwendungen im Rahmen eines Verlustausgleichs führt. Handelt es sich bei dem geförderten Objekt um ein Wirtschaftsgut, ist ein verminderter bilanzieller Buchwert die Folge. Sollte es zu einer Veräußerung kommen, würde sich im Unterschied zu einer Verrechnung von planmäßigen Abschreibungen ein höherer grundsätzlich steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn ergeben. Für den Steuerpflichtigen ist durch die Steuerstundung temporär zusätzliche Liquidität verfügbar. Dies kann zu Zinsvorteilen führen, wenn die durch gestundete Steuerzahlungen temporär verfügbare Liquidität zinsbringend verwendet wird.⁶⁴⁸ Handelt es sich bei den Förderobjekten um Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsstandorte würden diese auf Seiten der Steuerpflichtigen (Ebene Anteilseigner und Gesellschaft) erlangten steuerlichen Vorteile im Rahmen einer steuerpflichtigen Veräußerung gegebenenfalls wieder ausgeglichen. Eine Steuerersparnis wäre damit nicht zwingend ableitbar, könnte sich jedoch in Abhängigkeit von der jeweiligen Konstellation dennoch ergeben. Es wäre zum Beispiel zu berücksichtigen, dass bei einer frühen hohen steuerlichen Abschreibung über den Zeitablauf gesehen insbesondere ein Zinsvorteil entsteht.⁶⁴⁹ Es ist ähnlich einer zinslosen Steuerstundung zunächst mehr Liquidität verfügbar. Das Abschreibungsvolumen wird früher ausgeschöpft, aber es ist nicht mehr Abschreibungsvolumen vorhanden. In Folge eines Steuersatzeffekts könnte sich eine Steuerersparnis ergeben, wenn der Steuersatz im Jahr der Verrechnung der höheren Abschreibung höher ist als im Jahr mit der

⁶⁴⁴ Vgl. Kapitel 4.1.

⁶⁴⁵ Vgl. Hey (1998a), S. 301.

⁶⁴⁶ Vgl. Hey (1998a), S. 300 (im Original kursiv hervorgehoben).

⁶⁴⁷ Vgl. Wernsmann (2005), S. 62.

⁶⁴⁸ Vgl. Kapitel 4.1.

⁶⁴⁹ Uhlenbruck (1974) S. 13 bezeichnet diesen „durch die Periodenverschiebung der Steuerzahlung entstehende[n] Zinsgewinn [...] als Rentabilitätseffekt.“

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Verrechnung der geringeren Abschreibung.⁶⁵⁰ Allerdings könnte eine umgekehrte Konstellation durch die Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen auch eine Steuererleichterung zur Folge haben. Im Falle einer Steuerersparnis durch die vorgenannten Effekte müsste diese bei der Besteuerung des Veräußerungsgewinns berücksichtigt werden, um eine gleichmäßige Besteuerung zu gewährleisten. Es könnte argumentiert werden, dass bei der Inanspruchnahme steuerlicher Fördermaßnahmen ein veränderter Gewinnbegriff zu definieren wäre. Dieser könnte nicht von der nominellen Kapitaleinlage ausgehen, sondern vielmehr von dieser abzüglich des Liquiditätsrückflusses aus der Inanspruchnahme der steuerlichen Sonderabschreibungen. Damit würde ein verringerter Kapitaleinsatz des Steuerpflichtigen unterstellt.⁶⁵¹ Bei einer Veräußerung des Kommanditanteils würde infolgedessen ein höherer Veräußerungsgewinn besteuert werden müssen als bei Berücksichtigung allein der nominellen Kapitaleinlage. Aus der Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen bestehende Zeit- und Steuersatzeffekte würden dadurch verringert.

Im Hinblick auf eine differenzierte steuerliche Behandlung der Einkünfte von Verlustzuweisungsgesellschaften und anderen Gesellschaften in Folge unterschiedlicher betrieblicher Konzepte lässt sich aus der bisherigen Analyse des Kapitels 6.1 Folgendes festhalten: Steuerliche Verluste entstehen auf Grundlage der geltenden steuerlichen Bilanzierungs- und Bewertungsregeln. Die Akzeptanz und Gültigkeit dieser Regeln vorausgesetzt, können steuerliche Verluste nicht steuerlich nichtig sein, sie könnten aber gegebenenfalls nach der Art ihrer Entstehung abzugrenzen sein.⁶⁵² Eine solche Differenzierung könnte in Bezug auf Verlustzuweisungsgesellschaften erforderlich sein, wenn Verlustzuweisungsgesellschaften ein besonderes betriebliches Konzept anwenden und sich damit von anderen Personengesellschaften abgrenzen. Eine derartige Differenzierung würde jedoch der Systematik des deutschen Einkommensteuersystems widersprechen, das als synthetisches System aufgebaut ist. Gemäß dieser Systematik werden sämtliche Einkunftsarten⁶⁵³ zu einem Gesamtbetrag zusammengefasst und anschließend mit dem entsprechenden Steuertarif besteuert.⁶⁵⁴ Im Rahmen einer synthetischen Einkommensteuer kann es nicht darauf ankommen, unter welchen Umständen das Einkommen entstanden ist.⁶⁵⁵ Ursachen des Erfolgs (und analog eines Misserfolgs) dürften demnach keinen Einfluss auf die steuerlichen

⁶⁵⁰ Vgl. *Lenkerge* (1986), S. 31 f.

⁶⁵¹ Vgl. *Bartholl* (1985), S. 1522.

⁶⁵² *Birk* beschreibt die Verschiedenartigkeit von Verlusten mit „Charakter“ eines Verlusts, von dem dessen steuerliche Behandlung abhängig ist (vgl. *Birk* (1988), S. 823.).

⁶⁵³ Die Durchbrechung dieses „Systems“ in Folge der Besteuerung der Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 i. V. m. § 32d EStG) anhand der Abgeltungsteuer soll hier nicht weiterverfolgt werden.

⁶⁵⁴ Vgl. *Lang* (1988), S. 218.

⁶⁵⁵ Vgl. *Siegel* (2007a), S. 633.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Konsequenzen haben.⁶⁵⁶ Eine Andersbehandlung der Einkünfte von Verlustzuweisungsgesellschaften würde insofern im Widerspruch zur synthetischen Einkommensteuer stehen. Der Gesetzgeber würde inkonsistent agieren und demnach eine ungleichmäßige Besteuerung herbeiführen. Sollte eine Andersbehandlung der betroffenen Einkünfte aber für eine gleichmäßige Besteuerung erforderlich sein, hätte die Differenzierung bereits bei der Ermittlung der Einkünfte ansetzen müssen und die Einkünfte dürften nicht den steuerlich relevanten Einkünften zugeordnet werden.

Die hier in Kapitel 6.1 vorgenommene Analyse zeigt, dass eine differenzierte steuerliche Behandlung von Verlusten auf Grundlage des betrieblichen Konzepts einer Gesellschaft einer Erforderlichkeit entbehrt. Es ist kein Argument erkennbar, warum Gesellschaften, die Verluste durch die Inanspruchnahme steuerlicher Fördermaßnahmen oder durch die gezielte Anwendung steuerlicher Vorschriften erlangen, im Vergleich zu anderen Gesellschaften ungleich zu behandeln sind. Eine differenzierte steuerliche Behandlung würde missachten, dass eine steuerliche Förderung gewährt wird, um die, augenscheinlich ohne die steuerliche Fördermaßnahme wenig attraktive Investition, interessant zu machen. Außerdem würde dabei nicht berücksichtigt, dass die Gründe für eine geringe Attraktivität dieser Investitionsformen in der Regel in einer zu erwartenden (zunächst) geringen Vorsteuerrendite auf Gesellschafterebene auszumachen sind. Die Investitionen sind kapitalintensiv und riskant, so dass gerade in der Anlaufphase die Erzielung von Gewinnen unwahrscheinlich ist. Die Anleger oder Gesellschafter beteiligen sich erst, nachdem durch die steuerliche Fördermaßnahme die Nachsteuerrendite der Investition gesteigert wird. Dies führt zu der Schlussfolgerung, dass eine steuerliche Verrechnung von Verlusten, die sich im Rahmen von steuerliche Fördermaßnahmen ergeben, zur steuerlichen Fördermaßnahme gehört. Es müsste nicht diskutiert werden, ob ein aus der steuerlichen Fördermaßnahme resultierender Verlust verrechenbar ist, sondern wie eine steuerliche Fördermaßnahme ausgestaltet werden soll. Die Entscheidung in Bezug auf die Verrechnung eines resultierenden Verlusts ist bereits bei der Gewähr der steuerlichen Fördermaßnahme anzusetzen. Werden die Folgen der Inanspruchnahme von Sonderabschreibungen etc. steuergesetzlich nicht gebilligt, müssen die Lenkungsnormen selbst anders formuliert bzw. eingeschränkt werden.⁶⁵⁷ In der Vergangenheit wurden die aus steuerlichen Fördermaßnahmen resultierenden Verluste durch die bereits zuvor beschriebenen Verlustklauseln (weitgehend) neutralisiert.⁶⁵⁸ Fraglich erscheint, warum nicht unmittelbar bei den Voraussetzungen und Regelungsinhalten der steuerlichen Fördermaßnahmen angesetzt wird. Im Rahmen der Verlustklauseln ergab sich eine Ungleichbehandlung von Gesellschaften, die nach Inanspruchnahme der steuerlichen Fördermaßnahme ein nicht negatives Ergebnis ausweisen und solchen, die ein negatives Ergebnis ausweisen. Unter

⁶⁵⁶ Vgl. *Lang* (1988), S. 229; *Lang* (1988), S. 248.

⁶⁵⁷ Vgl. *Birk/Kulosa* (1999), S. 436.

⁶⁵⁸ Vgl. *Schulze-Osterloh* (1985b), S. 285-286.

Berücksichtigung des Grundsatzes, dass Verluste nur im Rahmen eines zur Verfügung stehenden Verrechnungspotentials geltend gemacht werden können, kann jedoch auch argumentiert werden, dass bei Gesellschaften, die einen Verlust nach bzw. allein durch Inanspruchnahme der Fördermaßnahme erleiden, der Verlust „einzufrieren ist“, bis er mit entsprechenden Gewinnen dieser Investition verrechnet werden kann. Eine solche Regelung würde jedoch einer synthetischen Einkommensteuer entgegenstehen und Elemente einer Schedulensteuer enthalten. Damit wäre die Entscheidung, ob in Folge der Inanspruchnahme von steuerlichen Fördermaßnahmen entstandene Aufwandsüberschüsse bzw. steuerliche Verluste einer besonderen Verrechnung zuzuführen sind, mit der Gesamtausrichtung eines Steuersystems abzustimmen.

Auf Grundlage des hier betrachteten Besteuerungsziels wird wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Rahmen des objektiven Markteinkommens, bei dem sämtliche Einkommensbestandteile gleichwertig sind, konkretisiert und demnach einem synthetischen Einkommensverständnis gefolgt. Eine besondere Verlustverrechnung von Verlusten im Rahmen steuerlicher Fördermaßnahmen würde diesem Verständnis widersprechen.⁶⁵⁹

6.1.2 Grenzen der steuerlichen Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Gesellschaftern

Die bisherige Analyse in Kapitel 6.1 zeigt, dass eine Sanktionierung der steuerlichen Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Gesellschaftern im Rahmen einer spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsbeschränkung einer gleichmäßigen Besteuerung entgegensteht. Eine Differenzierung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Gesellschaftern von sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften und Gesellschaftern anderer Personengesellschaften führt zu einer ungleichmäßigen Besteuerung, da auf Grundlage des aktuellen Ertragsteuerrechts keine für eine differenzierte steuerliche Behandlung erforderlichen Unterscheidungsmerkmale erkennbar sind. Der Gesetzgeber handelt im Rahmen der Implementierung spezialgesetzlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen für sogenannte Verlustzuweisungsgesellschaften außerdem widersprüchlich, da die Entscheidung, welche negativen Einnahmen steuerlich relevant und demnach für die steuerliche Verlustverrechnung zu berücksichtigen sind, bereits im Rahmen der Abgrenzung zwischen steuerlich relevanten und steuerlich nicht relevanten Einnahmen getroffen wird. Ein nachträgliches Ausschließen bestimmter, als steuerlich relevant eingeordneter Einnahmen von der steuerlichen Verlustverrechnung widerspricht einem synthetischen Einkommensverständnis, das dem aktuellen Einkommensteuergesetz zu Grunde liegt. Auch die Argumentation, dass das besondere betriebliche Konzept sogenannter Verlustzuweisungsgesellschaften eine Ungleichbehandlung ihrer steuerlichen Verluste mit Hilfe von spezialgesetzlichen Verlustverrechnungs-

⁶⁵⁹ Vgl. *Bender* (2002), S. 208.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

beschränkungen erforderlich macht, steht einer gleichmäßigen Besteuerung entgegen. Eine Ungleichbehandlung in Folge der gezielten Inanspruchnahme steuerlicher Vorschriften würde eine Besteuerung auf Grundlage subjektiver Merkmale bedeuten, die im Rahmen der aktuellen Steuergesetze keinen Bestand hat. Sollte die Inanspruchnahme steuerlicher Fördermaßnahmen zu einem im Rahmen der steuerlichen Gewinnermittlung nicht verrechnungsfähigen Aufwand führen, widerspräche der Gesetzgeber damit seinen eigenen Förderabsichten, da er deren steuerliche Folgen unmittelbar revidieren würde. Es sprechen demnach gute Argumente dafür, dass spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkungen in Form einer Korrektur steuerlicher Fördermaßnahmen zu einer steuergesetzlichen Inkonsistenz und einer daraus folgenden ungleichmäßigen Besteuerung führen. Es wäre daher empfehlenswert, die genauen Besteuerungsfolgen einer steuerlichen Fördermaßnahme unmittelbar im Rahmen der Regelung der Fördermaßnahme festzulegen.

Folglich sind demnach keine Argumente erkennbar, dass eine spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkung zur Eindämmung der Verlustverrechnung von sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften in Form des § 15b EStG bzw. § 2b EStG a. F. für eine gleichmäßige Besteuerung erforderlich ist. Die bisherige Analyse in Kapitel 6.1 hat gezeigt, dass im Rahmen einer gleichmäßigen Besteuerung keine Grundlage für eine steuerliche Differenzierung zwischen Verlustzuweisungsgesellschaften und anderen Personengesellschaften besteht. Vielmehr fungieren sämtliche Personengesellschaften als Verlustzuweisungsgesellschaften wie auch als Gewinnzuweisungsgesellschaften.

Es stellt sich allerdings die Frage, welche Grenzen bei einer steuerlichen Verlustverrechnung von Personengesellschaften heranzuziehen sind. Die Betrachtung bezieht sich dabei auf die Grenze der steuerlichen Verlustverrechnung bei den beschränkt haftenden Gesellschaftern. Dazu wäre zu klären, welcher Anknüpfungspunkt für die Zuweisung der steuerlichen Verluste an die Gesellschafter zu wählen ist. Letztlich impliziert dies die Frage nach der Ausgestaltung einer allgemeinen Verlustverrechnungsregelung für Personengesellschaften. Eine solche Regelung erscheint für eine gleichmäßige Besteuerung erforderlich zu sein, da die allgemeine Verlustverrechnungsregelung des § 10d EStG allein keine rechtsformspezifischen Aspekte bereithält.⁶⁶⁰ Es besteht jedoch die Vermutung, dass rechtsformspezifische Besonderheiten bei der Formulierung einer allgemeinen Verlustverrechnungsregel für eine gleichmäßige Besteuerung einzubeziehen sind.

Einer gleichmäßigen Besteuerung auf Grundlage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit könnte eine steuerliche Verrechnung von Verlusten bis zur Höhe der vertraglich festgelegten Einlage des beschränkt haftenden Gesellschafters entsprechen. Dazu wäre zu prüfen, ob das Kapitalkonto als Anknüpfungspunkt für die steuerliche Ver-

⁶⁶⁰ Vgl. Kapitel 3.2.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

lustverrechnung geeignet ist und wie sich die Ermittlung des Kapitalkontos zutreffend vollzieht. Außerdem wäre zu prüfen, ob ein negatives Kapitalkonto steuerliche Berücksichtigung finden sollte.

Die Diskussion um die steuerrechtliche Behandlung bzw. Anerkennung eines negativen Kapitalkontos besteht bereits seit langer Zeit.⁶⁶¹ Dabei zeigen sich die zwei grundlegend verschiedenen Argumentationslinien in der Form, das steuerliche Kapitalkonto als zutreffendes Besteuerungsmerkmal eines beschränkt haftenden Gesellschafters zu betrachten oder als nicht geeigneten Anknüpfungspunkt der Besteuerung zurückzuweisen. Bei einer steuerlichen Nichtanerkennung des negativen Kapitalkontos wird dieses nur als bloßer steuerlicher Rechnungsposten oder Merkposten verstanden. Es würde dann davon ausgegangen, dass die Belastung auf dem negativen Kapitalkonto nur einer Schmälerung späterer Gewinnchancen entspricht, nicht aber einem wirtschaftlichen bzw. einkommensteuerlichen Verlust gleicht.⁶⁶² Damit wären die Verluste des Kommanditisten diesem nur bis zur Höhe seiner vertraglich festgelegten Einlage zuzurechnen und eine Anerkennung des negativen Kapitalkontos aus steuerlicher Perspektive zu versagen. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wäre demnach auf die Einlage bzw. das Kapitalkonto beschränkt, so dass eine steuerliche Verlustverrechnung nur bis zum Verzehr dieses Kontos möglich wäre. Es wird regelmäßig davon ausgegangen, dass eine solche Vorgehensweise dem Gedanken einer steuerlichen Verlustverrechnung in Höhe der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entspricht.⁶⁶³

Wird das negative Kapitalkonto dagegen auch steuerrechtlich anerkannt, könnte dieses Verständnis implizieren, dass mit einem einkommensteuerlichen Verlust nicht zwingend eine tatsächliche Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einhergeht.⁶⁶⁴

Ein negatives Kapitalkonto zeichnet die steuerlichen Verluste eines Gesellschafters auf, die dieser mit künftigen Gewinnen aus der Beteiligung verrechnen darf und die als verrechenbare Verluste bezeichnet werden.⁶⁶⁵ Die als verrechenbar erfassten Verluste haben die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Gesellschafters zum Zeitpunkt ihrer Erfassung im Rahmen des negativen Kapitalkontos noch nicht gemindert. Es handelt sich folglich um Verluste, die bislang zu keiner wirtschaftlichen Belastung des Steuerpflichtigen geführt haben, da den beschränkt haftenden Gesellschafter, für den die Vorschrift des § 15a EStG greift, grundsätzlich

⁶⁶¹ Vgl. zur steuerrechtlichen Anerkennung eines negativen Kapitalkontos z. B. *von Beckerath* (2009), § 15a EStG, Rz. A 171, *Hecker* (1982), S. 41 ff.

⁶⁶² Vgl. *Thiel* (1964), S. 1168.

⁶⁶³ Vgl. z. B. *Nestler* (2006), S. 3.

⁶⁶⁴ Vgl. *von Beckerath* (2009), § 15a EStG, Rz. A 174; *Wacker* (2014), § 15a EStG, Rz. 100.

⁶⁶⁵ Vgl. *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 100.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

keine Verpflichtung zum Ausgleich der Verluste trifft.⁶⁶⁶ Demnach stellen die gemäß § 15a EStG als verrechenbar eingeordneten Verluste wirtschaftlich noch nicht entstandene Verluste dar, die bislang zu keiner Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bzw. wirtschaftlichen Belastung geführt haben.

Auf Grundlage des für die Analyse zu Grunde gelegten Besteuerungsziels ist ein steuerlicher Verlust erst dann verrechenbar, wenn er bereits zu einer wirtschaftlichen Belastung beim Steuerpflichtigen geführt hat.⁶⁶⁷ Wie in Kapitel 5.3 erläutert, liegt eine steuerbilanziell zu berücksichtigende wirtschaftliche Belastung regelmäßig dann vor, wenn zukünftige Ausgaben in Verbindung zu Erträgen steht, die wirtschaftlich bereits entstanden sind.⁶⁶⁸ Die Regelung, als verrechenbar eingeordnete Verluste gemäß § 15a EStG erst bei einer späteren Gewinnzuweisung als steuerliche Verluste verrechnen zu können, setzt diesen Grundsatz zutreffend um.

Bei einer Einschätzung in Bezug auf die Verlustverrechnungsmöglichkeiten bei Vorliegen eines negativen Kapitalkontos müsste auch berücksichtigt werden, wie andere Verluste, die bislang zu keiner wirtschaftlichen Belastung beim Steuerpflichtigen geführt haben, im Rahmen der Steuergesetze behandelt werden. Um eine ungleichmäßige Besteuerung zu vermeiden, müsste die steuerliche Behandlung vergleichbarer Verluste konsistent geregelt sein bzw. sich nach der gleichen gesetzlichen Systematik richten. Wie in den Kapiteln 3.1 und 5.4 gezeigt wurde, sind steuerliche Verluste erst dann zu verrechnen, wenn sie bereits wirtschaftlich entstanden sind und eine Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen damit einhergegangen ist. Eine steuerliche Verrechnung von Verlusten beschränkt haftender Gesellschafter wäre in Analogie zu den aktuell bestehenden gesetzlichen Grundlagenentscheidungen in Bezug auf die steuerliche Berücksichtigung von Verlusten vorzunehmen. Daher kann eine Verrechnung erst zu dem Zeitpunkt erfolgen, in dem die Verluste den beschränkt Haftenden tatsächlich wirtschaftlich belasten, das heißt, im Zeitpunkt der Zuweisung von Gewinnen.⁶⁶⁹ Dies wird von der aktuellen gesetzlichen Regelung gewährleistet. Eine ungleichmäßige Besteuerung in Form einer inkonsistenten Umsetzung einer Grundlagenentscheidung des Gesetzgebers zeigt sich in Bezug auf die Systematik der verrechenbaren Verluste bei § 15a EStG demnach nicht.

Unter Verweis auf § 167 Abs. 3 HGB wäre eine Verrechnung des Verlusts nur bis zur Höhe der Einlage des beschränkt haftenden Gesellschafters möglich. Darüber hinausgehende Verluste könnten zum Beispiel dem Komplementär zugerechnet werden oder beim Kommanditisten mit künftigen Gewinnen aus der Beteiligung

⁶⁶⁶ Vgl. *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 10.

⁶⁶⁷ Vgl. Kapitel 5.3.

⁶⁶⁸ Vgl. *Weber-Grellet* (2016), § 5 EStG, Rz. 383; *Weber-Grellet* (2002), S. 2180-2183.

⁶⁶⁹ Ähnlich zum Beispiel auch vgl. *Verfürth* (2002), S. 126.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

verrechnet werden. Diese beiden Alternativen knüpfen an eine gesellschaftsrechtliche Perspektive an, indem sie an die Höhe der Einlage bzw. des Kapitalkontos anknüpfen.⁶⁷⁰ Es wäre fraglich, ob eine solche Anknüpfung der steuerlichen Verlustverrechnung eines beschränkt haftenden Gesellschafters an handelsrechtliche Grundlagen zutreffend ist.

Sofern das Kapitalkonto als Anknüpfungspunkt gewählt würde, wäre insofern zu klären, aus welcher Perspektive es auszulegen bzw. zu konkretisieren ist. Es wäre eine Verwendung eines handelsrechtlichen oder steuerrechtlichen Kapitalkontos möglich. In Abhängigkeit davon sind auch die Begrifflichkeiten der entsprechenden steuerlichen Verlustverrechnungsnorm zu fassen.⁶⁷¹ Dazu ist klärungsbedürftig, welche Zusammensetzung des Kapitalkontos als zutreffend erachtet wird. Es wäre demnach zu bestimmen, wie sich die Ermittlung eines Kapitalkontos vollziehen sollte, damit sie einer gleichmäßigen Besteuerung entspricht. Letztlich führt diese Fragestellung auch zu der Diskussion, ob die aktuelle Ausgestaltung des § 15a EStG im Hinblick auf die vorgenannten Aspekte eine zutreffende Regelung darstellt oder ob Korrekturen der Regelung erforderlich sind.

Das Spektrum von Beurteilungen zu § 15a EStG ist in der Literatur breit gefächert zwischen den Positionen einer steuerlichen „Missgeburt“⁶⁷² und einer Gewährleistung einer Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit im Rahmen der Vorschrift.⁶⁷³ Aus juristischer Perspektive führen Kritiker der Vorschrift regelmäßig verfassungsrechtliche Zweifel an. Sofern § 15a EStG vordergründig als Missbrauchsvorschrift zur Anwendung bei Verlustzuweisungsgesellschaften eingeführt wurde, könnte im Rahmen der Anwendung auf sämtliche Kommanditisten und vergleichbar haftende Gesellschafter ein Verstoß gegen das Übermaßverbot gemäß Art. 20 Abs. 3 GG bestehen.⁶⁷⁴ § 15a EStG wäre damit als Missbrauchsvermeidungsnorm verfassungsrechtlich nicht geeignet.⁶⁷⁵ Außerdem wird die unbestimmte Terminologie der Vorschrift zum Teil als Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und damit für eine Verfassungswidrigkeit der Vorschrift angeführt.⁶⁷⁶ Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsmäßigkeit des § 15a EStG bestätigt.⁶⁷⁷

Unabhängig von einer verfassungsrechtlichen Erforderlichkeit wird die Abschaffung des § 15a EStG aus dem Aspekt einer Steuervereinfachung befürwortet. In diesem

⁶⁷⁰ Vgl. *Thiel* (1964), S. 1166.

⁶⁷¹ Vgl. *Wassermeyer* (1985), S. 2635.

⁶⁷² Vgl. *Knobbe-Keuk* (1981), S. 102.

⁶⁷³ Vgl. *Jakob* (1988), S. 887-896; *Kahle* (2010), S.773-781; *Friele/Jarosch/Pietsch* (1985), § 15a EStG, Rz. 147.

⁶⁷⁴ Vgl. *Verfürth* (2002), S. 123; *Mönikes* (2006), S. 173 f.

⁶⁷⁵ Vgl. *Röder* (2010), S. 323.

⁶⁷⁶ Vgl. *Verfürth* (2002), S. 137; *von Beckerath* (2009), § 15a EStG, Rz. A 331-332.

⁶⁷⁷ Vgl. *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 32; BVerfG, Beschluss vom 14.07.2006 - 2 BvR 375/00.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Kontext werden, ähnlich der Kritik in Bezug auf den Bestimmtheitsgrundsatz, der große Umfang und die ungenaue Terminologie bemängelt.⁶⁷⁸

Kommt es zu steuerlichen Verlusten bei Personengesellschaften, führen diese bei den beschränkt haftenden Gesellschaftern nur zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Höhe ihrer bereits getätigten Einlage oder einer bestehenden Hafteninlage. Darüber hinaus kommt es nicht zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des beschränkt haftenden Gesellschafters. Für beschränkt haftende Gesellschafter ist keine Nachschusspflicht in einer Verlustsituation vorgesehen.⁶⁷⁹

Zur Sicherstellung einer gleichmäßigen Besteuerung ist demnach eine Regelung erforderlich, die die steuerliche Verlustverrechnung auf die Höhe der wirtschaftlichen Verluste beschränkt.⁶⁸⁰ Eine solche Regelung impliziert, dass Verluste noch nicht anzuerkennen sind, wenn mit ihnen nur eine Belastung von künftigen Gewinnen verbunden ist und eine Haftung nicht vorliegt.⁶⁸¹ Es lässt sich demnach festhalten, dass das Grundanliegen des § 15a EStG einer gleichmäßigen Besteuerung folgt und § 15a EStG eine Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sichert.⁶⁸² In Folge einer solchen Argumentation wäre § 15a EStG als allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift zu verstehen, die in Ergänzung zu § 10d EStG rechtsformspezifische Besonderheiten berücksichtigt.

Wie in Kapitel 4.1 erläutert, erfolgte die Implementierung des § 15a EStG zu einer Zeit, als die Definition der Gewinnerzielungsabsicht noch anders gestaltet war. Dabei wurde das Streben nach einem wirtschaftlichen Erfolg, eingeschlossen einem steuerlichem Vorteil, als Gewinnerzielungsabsicht verstanden.⁶⁸³ Mit BFH-Beschluss vom 25.06.1984 gab es diesbezüglich eine Veränderung, die nunmehr vorsah, dass die Gewinnerzielungsabsicht ein Anstreben der Vermehrung des Betriebsvermögens darstellt.⁶⁸⁴ Des Weiteren wurde im Rahmen des Steuerentlastungsgesetzes 1984 die Regelung des § 15 Abs. 2 Satz 2 EStG eingeführt. Diese sieht bis heute in unveränderter Fassung vor, dass eine durch die Betätigung verursachte Minderung der Steuern vom Einkommen keinen Gewinn gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG und damit keine gewerblichen Einkünfte mit Gewinnerzielungsabsicht darstellt.⁶⁸⁵ Damit

⁶⁷⁸ Vgl. *Fehrenbacher/Tavakoli* (2007), S. 112.

⁶⁷⁹ Vgl. § 167 Abs. 3 HGB; *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 1 ff.

⁶⁸⁰ Vgl. *Schmiel* (2010), S. 153.

⁶⁸¹ Vgl. *Haarmann* (2001), S. 149.

⁶⁸² Vgl. z. B. auch *Friele/Jarosch/Pietsch* (1985), § 15a, Rz. 147.

⁶⁸³ Vgl. *von Gehlen* (1989), S. 42.

⁶⁸⁴ Vgl. *Söffing* (1987), S. 283; BFH-Beschluss vom 25.06.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751 ff.

⁶⁸⁵ Vgl. *Söffing* (1987), S. 283 f.; Steuerentlastungsgesetz 1984 vom 22.12.1983, BGBl. I 1983, S. 1586 ff., BStBl. I 1984, S. 14.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

erfolgte die Einführung der Regelung des § 15a EStG zu einer Zeit, in der steuerliche Einkünfte auch dann angenommen werden konnten, wenn eine Tätigkeit nur auf die Erzielung steuerlicher Vorteile gerichtet war. Dies machte es möglich, steuerliche Verluste eines beschränkt haftenden Gesellschafters ohne besondere Begrenzung verrechnen zu können.⁶⁸⁶ Die dadurch bestehende Möglichkeit beschränkt haftender Gesellschafter, steuerliche Verluste über den Einlagebetrag oder eine bestehende Außenhaftung hinaus verrechnen zu können, sah der Gesetzgeber letztlich als übermäßige bzw. gesetzlich nicht gewünschte Verlustverrechnung an und reagierte mit einer Veränderung der Definition der Gewinnerzielungsabsicht sowie einer Implementierung der Vorschrift des § 15a EStG.

Im Rahmen der späteren Veränderung der Definition der Gewinnerzielungsabsicht in ein Streben nach Betriebsvermögensvermehrung, das über die Erzielung eines steuerlichen Vorteils hinausgeht, stellt der Gesetzgeber aber bereits sicher, dass steuerliche Verluste von beschränkt haftenden Gesellschaftern nur dann geltend gemacht werden können, wenn die Personengesellschaft auf die Erzielung eines wirtschaftlichen Vorteils gerichtet ist.⁶⁸⁷

Im Hinblick auf die Vermeidung einer übermäßigen Verlustverrechnung in Form der Verrechnung von fiktiven Verlusten scheinen sich demnach zeitlich und inhaltlich Überschneidungen zwischen der Vorschrift des § 15a EStG und der veränderten Definition der Gewinnerzielungsabsicht zu ergeben.

Auch die vom Gesetzgeber als Verlustzuweisungsgesellschaften bezeichneten Personengesellschaften weisen im Rahmen des aktuellen Einkommensteuergesetzes eine Gewinnerzielungsabsicht auf, wenn sie in den Anwendungsbereich des § 15a EStG gelangen. Würden derartige Gesellschaften ohne Gewinnerzielungsabsicht in der vorgenannten Definition agieren, wären ihre resultierenden Einkünfte steuerlich nicht zu berücksichtigen und eine steuerliche Verlustverrechnung würde ohnehin ausscheiden. Dies stützt erneut die Argumentation, dass die Vorschrift des § 15a EStG nicht (mehr) als spezialgesetzliche Regelung für Verlustzuweisungsgesellschaften fungiert. Vielmehr regelt diese als allgemeine Norm die steuerliche Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Gesellschaftern.

Außerdem zeigt sich an dieser Stelle erneut, dass die Definition von Gewinnerzielungsabsicht, wie auch in Kapitel 6.1 an früherer Stelle erläutert, bereits eine Verlustverrechnungsbeschränkung darstellt. Die Ausgestaltung der Kriterien für das Vorliegen steuerlicher Einkünfte ist bei der Implementierung von steuerlichen Verlustverrechnungsregelungen zu berücksichtigen. Würde eine andere Definition von Gewinnerzielungsabsicht bestehen, wäre § 15a EStG anders einzuordnen und würde

⁶⁸⁶ Vgl. Details zur einkommensteuerlichen Verlustverrechnung bei negativem Kapitalkonto außerhalb der Vorschrift des § 15a EStG z. B. bei *Wacker* (2016), § 15a EStG, Rz. 10-26.

⁶⁸⁷ Vgl. *von Gehlen* (1989), S. 42.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

womöglich die Funktion einer spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsregelung erlangen.

Auch wenn das Grundanliegen der Vorschrift des § 15a EStG für eine gleichmäßige Besteuerung erforderlich ist, wäre zu prüfen, ob die Verwendung des § 15a EStG als allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkung für beschränkt haftende Gesellschafter ohne Veränderung möglich ist oder ob Anpassungen vorzunehmen sind. Diesbezüglich sollen die folgenden Aspekte kritisch betrachtet werden:

Wie in Kapitel 4.4 erläutert, verfolgt der Gesetzgebers mit § 15a EStG das Grundanliegen, die steuerliche Verrechnung von Verlusten den beschränkt haftenden Gesellschaftern nur insoweit zu gestatten, wie ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemindert ist. Als Anknüpfungspunkte zur Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wählt der Gesetzgeber das steuerliche Kapitalkonto und die Außenhaftung des beschränkt haftenden Gesellschafters.⁶⁸⁸ Das gleichzeitige Abstellen auf die Innen- und Außenhaftung bzw. eine nach steuerlichen Wertansätzen ermittelte Wertgrenze und eine handelsrechtliche Haftungsgrenze könnte eine Inkonsistenz bei der Vorschrift bedeuten, in dessen Folge es zu einer ungleichmäßigen Besteuerung kommt. So erscheint es fraglich, warum neben einer steuerlichen Anknüpfungsgröße in Form des steuerlichen Kapitalkontos auch eine gesellschaftsrechtliche Anknüpfungsgröße in Form der Außenhaftung vorgesehen ist. Vielmehr wäre zu vermuten, dass allein die Wahl einer konsistenten Bezugsgröße, das heißt entweder eine steuerliche oder gesellschaftsrechtliche Bezugsgröße, eine ungleichmäßige Besteuerung vermeidet.

Ein inkonsistentes Handeln des Gesetzgebers könnte des Weiteren auch in anderen Detailregelungen der Norm bestehen, wie nachfolgend gezeigt wird. Es wäre zu klären, ob die im Rahmen des § 15a EStG vorgenommene Nichtberücksichtigung des Sonderbilanzbereichs zutreffend ist. Das Sonderbilanzergebnis wird nach aktueller Fassung des § 15a EStG nicht in die Berechnung des negativen Kapitalkontos einbezogen. Dies entspricht einer Trennung in die Vermögensbereiche Gesamthandsvermögen und Sonderbilanzvermögen. Bei positivem Sonderbilanzvermögen zeigt sich diese Regelung für den Steuerpflichtigen nachteilig in Bezug auf das steuerliche Verlustausgleichsvolumen, bei negativem Sonderbilanzvermögen ist sie vorteilhaft für das steuerliche Verlustausgleichsvolumen.⁶⁸⁹ Der aktuell geregelte Nichteinbezug des Sonderbilanzbereichs wird kontrovers diskutiert.⁶⁹⁰ Nach hier vertretener Einschätzung ist es inkonsistent, positive Einkünfte aus dem Sonderbetriebsvermögen zu den gewerblichen Einkünften eines Mitunternehmers gemäß § 15 EStG zu zählen, aber nicht in den steuerlichen Verlustanteil einzubeziehen. Es könnte daher zu einer ungleichmäßigen Besteuerung kommen. Außerdem ermöglicht die Regelung der

⁶⁸⁸ Vgl. Ausführungen in Kapitel 4.4.

⁶⁸⁹ Vgl. Wacker (2016), § 15a EStG, Rz. 83.

⁶⁹⁰ Vgl. z. B. Lüdemann (2011) § 15a EStG, Anm. 85; Groh (1990), S. 13 ff.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Nichtberücksichtigung des Sonderbilanzbereichs steuerliche Gestaltungen in Form von Verlagerungen von Aufwendungen in den Sonderbereich, so dass diese dem Geltungsbereich des § 15a EStG entzogen werden können.⁶⁹¹

Bis 1992 vertrat die Finanzverwaltung die Auffassung, dass auch das Sonderbilanzergebnis bei der Ermittlung des Verlustausgleichsvolumens einzubeziehen ist.⁶⁹² Da die Vorschrift bei sämtlichen beschränkt haftenden Gesellschaftern anzuwenden ist, könnten Nicht-Verlustzuweisungsgesellschaften durch Einbezug des Sonderbetriebsvermögens auch Gesellschafter-Darlehen berücksichtigen und dadurch die Folgen des § 15a EStG abmildern.⁶⁹³ Gegen diese Interpretation spricht allerdings, dass ein Einbezug des Sonderbetriebsbereichs nicht grundsätzlich vorteilhaft sein muss. Gegen den Einbezug des Sonderbilanzbereichs kann argumentiert werden, dass Verluste der Sonderbilanz vom jeweiligen Gesellschafter jeweils selbst voll zu tragen sind und damit nicht in den Regelungsbereich des § 15a EStG gehören.⁶⁹⁴ Ein Verlust im Sonderbetriebsvermögen belastet den Steuerpflichtigen wirtschaftlich in voller Höhe, so dass ein solcher Verlust nicht in den Anwendungsbereich des § 15a EStG einzuordnen ist.

Ein Einbezug der Werte aus der Ergänzungsbilanz ist bei der Ermittlung des Kapitalkontos nicht weiter zu hinterfragen. Im Rahmen der Ergänzungsbilanz werden gesellschafterbezogene Korrekturen zu den Werten der steuerlichen Gesamthandbilanz aufgezeichnet.⁶⁹⁵ Ein Verlust im Rahmen der Ergänzungsbilanz führt beim Steuerpflichtigen demnach nicht unmittelbar zu einem wirtschaftlichen Verlust.⁶⁹⁶

Fraglich ist, ob die aktuelle Systematik der nachträglichen Einlagen und der Einlagenminderung zutreffend ist oder einer gleichmäßigen Besteuerung entgegensteht. Nachträgliche Einlagen können gemäß § 15a Abs. 1a EStG nur unter sehr engen Voraussetzungen zum Verlustausgleich verwendet werden.⁶⁹⁷ Eine Minderung der Einlagen bzw. eine Entnahme wird dagegen unmittelbar als fiktiver Gewinn nachversteuert. Hierin könnte ein Widerspruch gesehen werden.⁶⁹⁸ Des Weiteren liegt eine Ungleichbehandlung im Vergleich zu einem Kommanditisten vor,

⁶⁹¹ Vgl. Höck (2006), S. 262.

⁶⁹² Vgl. Niehus/Wilke (2008), S. 359.

⁶⁹³ Vgl. Lüdemann (1998), S. 127.

⁶⁹⁴ Vgl. Lüdemann (2011), § 15a EStG, Rz. 74; Niehus/Wilke (2008), S. 360; Heuermann (2012), § 15a EStG, Rn. 29.

⁶⁹⁵ Vgl. Niehus/Wilke (2008), S. 358, 359.

⁶⁹⁶ Vgl. Heuermann (2012), § 15a EStG, Rn. 29.

⁶⁹⁷ Vgl. Wacker (2016), § 15a EStG, Rz. 184.

⁶⁹⁸ Vgl. von Beckerath (2009), § 15a EStG, Rz. A 271.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

der seine Hafteinlage nur durch Eintragung in das Handelsregister aufstockt und dadurch unmittelbar ein höheres Verlustausgleichsvolumen erreicht.⁶⁹⁹

Es zeigt sich, dass die Vorschrift des § 15a EStG vielfältige Detailregelungen enthält, die zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen können.

Eine ungleichmäßige Besteuerung könnte auch im Rahmen der zum Teil unklaren Begrifflichkeiten der Vorschrift des § 15a EStG bestehen, die Interpretationsspielraum bereithalten. Bei den Formulierungen ist unklar, ob unter der geleisteten Einlage die tatsächlich erbrachte Einlage oder die vertraglich festgelegte Einlage gemeint ist. Die Begrifflichkeiten Hafteinlage, Pflichteinlage und tatsächlich erbrachte Einlage sind nicht definiert.⁷⁰⁰ Auch, wenn davon auszugehen ist, dass die tatsächlich geleistete Einlage den Anknüpfungspunkt darstellt, erscheint es nicht konsistent, dass eine noch bestehende Außenhaftung zu einem erhöhten Verlustausgleichsvolumen führt (§ 15a Abs. 1 S. 2 EStG). Des Weiteren wird der Einbezug von Darlehenskonten im Hinblick auf etwaige Ungleichmäßigkeiten diskutiert.⁷⁰¹ Diese eröffnen Gestaltungspotential, das die Zielgenauigkeit der Vorschrift vermindert. Weitere Gestaltungsmöglichkeiten ergeben sich bei Haftsummenerhöhung und der Umwandlung der Rechtsstellung eines Kommanditisten in die eines Komplementärs, um dadurch eine Ausgleichsfähigkeit der Verluste im aktuellen Jahr zu erreichen. Auch im Rahmen der Verlagerung von Entnahmen, der „Umformung“ von Gesellschafterdarlehen oder Privatkonten in Rücklagen oder Kapital besteht Gestaltungspotential.⁷⁰² Diese und ähnliche Gestaltungen können § 15a EStG weitgehend ins Leere laufen lassen.⁷⁰³ Eine für alle beschränkt haftenden Gesellschafter geltende Regelung könnte diesbezüglich Verbesserungsbedarf aufweisen.

Im Rahmen des § 15a EStG wird die Anwendung des § 10d EStG ausgeschlossen, so dass die erfassten Verluste keiner Mindestbesteuerung unterliegen. Diese Ungleichbehandlung steuerlicher Verluste könnte einer gleichmäßigen Besteuerung entgegenstehen. Es könnte eine unbegründete steuerliche Ungleichbehandlung von gleichen steuerlichen Sachverhalten vorliegen. Durch das Verbot, dass ein beschränkt haftender Gesellschafter seine Verlustanteile nicht mit anderen Einkunftsarten ausgleichen darf, wird er von der allgemein anwendbaren Regelung eines horizontalen und vertikalen Verlustausgleichs ausgeschlossen.⁷⁰⁴

⁶⁹⁹ Vgl. *Wendt* (2009), S. 2, 4; *Lüdemann* (2011), § 15a EStG, Rz. 31.

⁷⁰⁰ Vgl. *Heuermann* (2012), § 15a EStG, Rn. 34.

⁷⁰¹ Vgl. *Kahle* (2010), S. 774-777; *Lüdemann* (2011), § 15a EStG, Rz. 82.

⁷⁰² Vgl. *Kratzsch* (2009), S. 202.

⁷⁰³ Vgl. *Höck* (2006), S. 265.

⁷⁰⁴ Vgl. *Sureth/Kopplin* (2010), S. 500.

Aus der rechtskritischen Analyse des Kapitels 6.1 lässt sich somit festhalten, dass bei der steuerlichen Verlustverrechnung von beschränkt haftenden Gesellschaftern rechtsformspezifische Besonderheiten zu beachten sind, die im Rahmen einer allgemeinen Verlustverrechnungsnorm geregelt sein müssen. Dies betrifft insbesondere die bei beschränkt haftenden Gesellschaftern im Rahmen steuerlicher Verluste nur begrenzt bestehende Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Die Vorschrift des § 15a EStG bezieht sich auf die steuerliche Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Gesellschaftern und begrenzt die Verrechnungsmöglichkeiten auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die sich in Form des steuerlichen Kapitalkontos und einer etwaig bestehenden Außenhaftung konkretisiert. Damit übernimmt § 15a EStG die Funktion einer allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkung bei Personengesellschaften.

Die aktuelle Ausgestaltung der Regelung des § 15a EStG setzt ein Einkommensverständnis voraus, bei dem die steuerliche Anerkennung eines negativen Kapitalkontos erfolgt. Für eine gleichmäßige Besteuerung ist es des Weiteren erforderlich, dass das Verständnis bezüglich des negativen Kapitalkontos nicht von der allgemeinen steuerlichen Berücksichtigung künftiger Verluste abweicht, was im Rahmen des aktuellen Einkommensteuergesetzes sichergestellt ist. Gleichwohl lässt die aktuelle Formulierung des § 15a EStG auch Raum für Kritik, dergestalt, dass es Argumente gibt, dass die Detailregelungen der Vorschrift zu Ungleichmäßigkeiten bei der Besteuerung führen.

6.2 Steuerliche Verlustverrechnung bei Mantelkäufen

6.2.1 Steuerliche Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften

Wie in Kapitel 4.6 erläutert, erfolgt die Verrechnung steuerlicher Verluste von Kapitalgesellschaften im aktuell geltenden Körperschaftsteuerrecht auf Ebene der Kapitalgesellschaft. Eine Übertragung des Verlusts auf die Gesellschafterebene ist ausgeschlossen. Die Regelungen zur körperschaftsteuerlichen und gewerbesteuerlichen Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften orientieren sich über die entsprechenden gesetzlichen Verweise an den Regelungen des § 10d EStG und des § 10a GewStG.⁷⁰⁵ In Ergänzung zu diesen allgemeinen Regelungen sieht der Steuer- gesetzgeber eine besondere Beschränkung der Verlustverrechnung vor, wenn ein Anteilseignerwechsel bei einer Kapitalgesellschaft mit bestehendem steuerlichen Verlustvortrag erfolgt. Die Kriterien, in welchen Konstellationen es dann zu einer Beschränkung bzw. zu einem Ausschluss einer Verrechnung des steuerlichen Verlustvortrags beim neuen Anteilseigner kommt, haben sich in der Vergangenheit mehrfach verändert. Wie in Kapitel 4.6 beschrieben, gab es in der Vergangenheit in Form des § 8 Abs. 4 KStG a. F. eine Verlustverrechnungsbeschränkung bei der Konstellation des steuerlichen Mantelkaufs. Aktuell besteht mit § 8c KStG eine Beschränkung, die

⁷⁰⁵ Vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG, § 7 Abs. 1 Satz 1 GewStG.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

bereits bei einer bestimmten Höhe eines übertragenen Anteils einer Kapitalgesellschaft greift, sofern es nicht zur Anwendung einer Ausnahmeregelung kommt.

Bei der aktuellen Vorschrift des § 8c KStG ist zunächst zu überlegen, ob es sich dabei um eine spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkung bzw. eine Vorschrift der 3. Stufe handelt oder ob die Vorschrift zur allgemeinen Regelung der Verlustverrechnung zählt und demnach eine Vorschrift der 4. Stufe darstellt.⁷⁰⁶ Erst in Abhängigkeit von dieser Zuordnung kann diskutiert werden, ob eine solche Vorschrift zur Beschränkung eines bestehenden steuerlichen Verlustvortrags bei Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen vor dem Hintergrund des zuvor hergeleiteten Besteuerungsziels einer gleichmäßigen Besteuerung entspricht. Andernfalls würde eine Vorschrift analysiert, ohne dabei deren gesetzgeberische Intention zu berücksichtigen. Handelt es sich bei der Vorschrift um eine Mantelkaufvorschrift, die darauf abzielt, den Handel mit Verlustmänteln zu unterbinden, geht es demnach bei einer Analyse darum, die Ausgestaltung einer spezialgesetzlichen Missbrauchsvermeidungsnorm zu beurteilen. Allerdings könnte es auch darum gehen, § 8c KStG als bei Kapitalgesellschaften erforderliche Voraussetzung zur Verlustverrechnung zu prüfen. Es wäre demnach erforderlich, die Einschätzung, ob § 8c KStG als allgemeine „Vorschrift zur Verlustabtötung“⁷⁰⁷ oder als Missbrauchsvermeidungsvorschrift zu verstehen ist, zu analysieren. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass sich § 8c KStG nach seiner Einführung im Jahr 2008 bereits mehrfach verändert hat.⁷⁰⁸ Es könnte demnach auch notwendig sein, die Einschätzung, je nach betrachteter Fassung der Vorschrift, zu differenzieren. Trotz der Vielzahl der in der Literatur diskutierten Detailprobleme in Bezug auf die aktuelle Regelung des § 8c KStG⁷⁰⁹ bleibt eine kritische Betrachtung der grundsätzlichen Regelung dieser Vorschrift bislang weitgehend außen vor.⁷¹⁰

Gemäß dem in Kapitel 5 konkretisierten Besteuerungsziel sind steuerliche Verluste nur dann verrechnungsfähig, wenn sie zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen geführt haben. Steuerliche Verluste sollten dagegen nicht verrechnungsfähig sein, wenn es sich um fiktive Verluste handelt. Fiktive Verluste zeichnen sich insbesondere dadurch aus, dass sie nicht zu einer entsprechenden Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen führen und demnach von den sogenannten wirtschaftlichen Verlusten abzugrenzen sind. Die steuerliche Verrechnung eines Verlusts ist demnach nur bei

⁷⁰⁶ Vgl. zur Systematisierung der Verlustverrechnungsbeschränkungen in Stufen Kapitel 3.2, insbesondere Abbildung 3.

⁷⁰⁷ Vgl. *Driien* (2011), S. 292.

⁷⁰⁸ Vgl. hinsichtlich der Veränderungen der Vorschrift im Zeitablauf Tabelle 9.

⁷⁰⁹ Ähnliches bemängelt auch *Jochum* (2011), S. 497 ff.

⁷¹⁰ Allein *Schmiel* (2010), S. 151-157 und *Maiterth/Müller* (2003) S. 254-261 beschäftigen sich mit einer grundsätzlichen Analyse einer Vorschrift zur Einschränkung der Verlustverrechnung bei Anteilsübertragungen von Kapitalgesellschaften aus einer ökonomischen Perspektive.

dem Steuerpflichtigen möglich, bei dem der Verlust auch entstanden ist bzw. dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vermindert wurde.⁷¹¹ Dazu müsste seitens des Gesetzgebers eine Entscheidung vorliegen, wem der steuerliche Verlust einer Kapitalgesellschaft zuzuordnen ist.

In Kapitel 5.4 wurde bereits dargestellt, dass sich die Art der Besteuerung im aktuellen Steuergesetz grundsätzlich nach der Rechtsform eines Unternehmens richtet. Wie in den folgenden Kapiteln im Einzelnen noch gezeigt wird, bleibt in Bezug auf Kapitalgesellschaften jedoch offen, ob die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit an personale oder korporative Elemente anknüpft bzw. ein individualistisches oder institutionales Unternehmensverständnis vertreten wird. Der Gesetzgeber hat keine eindeutige Entscheidung bezüglich seines bei Kapitalgesellschaften zu Grunde gelegten Unternehmensverständnisses getroffen. Im Rahmen der Analyse wird daher überlegt, welche Argumente auf Grundlage des aktuellen Körperschaftsteuergesetzes dafür und dagegen sprechen, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Kapitalgesellschaft den Anteilseignern in Form natürlicher Personen oder dem Unternehmen selbst zuzuordnen. Dabei wird berücksichtigt, dass die Entscheidung für einen methodologischen Individualismus ein institutionales Unternehmensverständnis nicht ausschließt. Die steuerlichen Folgen bezüglich der steuerlichen Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften werden demnach ausgehend von der jeweils betrachteten Alternative für ein Unternehmensverständnis analysiert.

Hinsichtlich des Bezugsobjekts, des Zeitraums und des Realisierungsgrads wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeben sich keine Ergänzungen in Bezug auf die Ausführungen in den Kapitel 5.4 und 5.5. Demnach konkretisiert sich die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit als das zum Ende eines Wirtschaftsjahres periodisch ermittelte, steuerliche Einkommen.

6.2.2 Ausgestaltung einer spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsvorschrift bei Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen

Wie in den Kapiteln 4.2 und 4.6 gezeigt, sanktionierte der Gesetzgeber als steuerliche Mantelkäufe bezeichnete Vorgänge, die in einer Übertragung von Anteilen an unternehmens- und vermögenslosen Kapitalgesellschaften mit bestehendem Verlustvortrag bestanden, nahezu seit jeher im Körperschaftsteuergesetz. Der Gesetzgeber begründet dies mit der unerwünscht hohen steuerlichen Verlustverrechnung im Rahmen derartiger Gestaltungen.⁷¹² Die Form der Sanktionierung hat sich allerdings im Zeitablauf verändert. So wurde der Anwendungsumfang erst drastisch erweitert

⁷¹¹ Dies entspricht der im Rahmen des § 10d EStG implizit geregelten Personenidentität, vgl. dazu Kapitel 3.2.

⁷¹² Die Vorschriften fanden über den Verweis § 7 Abs. 1 Satz 1 GewStG jeweils grundsätzlich auch Anwendung im Gewerbesteuergesetz. Eine Betrachtung der gewerbesteuerlichen Implikationen der Regelung erfolgt hier nicht.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

und dann unter Berücksichtigung enger Tatbestandsvoraussetzungen wieder abgeschwächt.⁷¹³ Der im Rahmen von Anteilsübertragungen an Kapitalgesellschaften aktuell geltende § 8c KStG ist als Nachfolgeklausel des § 8 Abs. 4 KStG a. F. historisch betrachtet als Vorschrift zur Sanktionierung der Verlustverrechnung bei steuerlichen Mantelkäufen zu sehen.⁷¹⁴ Die Vorschrift des § 8 Abs. 4 KStG a. F. regelte nach ihrer Implementierung den Verlustabzug im Rahmen des Anrechnungsverfahrens.⁷¹⁵ Ziel des § 8 Abs. 4 KStG a. F. war es, den Handel mit Verlusten zu unterbinden, der sich im Rahmen der Übertragung von Anteilen an unternehmens- und vermögenslosen Gesellschaften mit bestehendem Verlustvortrag äußerte. Der Gesetzgeber ordnete einen derartigen Verlusthandel als aus gesetzgeberischer Sicht nicht erwünschte Gestaltung ein, die zu sanktionieren ist.⁷¹⁶ Verfassungsrechtlich wurde diese Form der Sanktionierung akzeptiert.⁷¹⁷ Auch die Nachfolgevorschrift des § 8 Abs. 4 KStG a. F. könnte als spezialgesetzliche Vorschrift eingeordnet werden. Allerdings ist diese Ausrichtung der Vorschrift der ursprünglichen Gesetzesbegründung zu § 8c KStG keineswegs zu entnehmen.⁷¹⁸ Diese stellt vielmehr auf die Vereinfachung der streitanfälligen Mantelkaufregelung des § 8 Abs. 4 KStG ab, die zugleich eine Gegenfinanzierung der Senkung des Körperschaftsteuertarifs sichert.⁷¹⁹ Die Europäische Kommission wertet den Umfang der erwarteten Gegenfinanzierung als Indiz dafür, dass dem Gesetzgeber die weitreichende Veränderung in Bezug auf die Verlustnutzungsmöglichkeiten bewusst war.⁷²⁰

Es könnte Argumente dafür geben, dass die Verlustverrechnung bei einem Übertragungsvorgang in Form eines steuerlichen Mantelkaufs im Vergleich zu anderen Übertragungsvorgängen eine steuerlich ungleiche Behandlung erfahren muss, um einer gleichmäßigen Besteuerung zu entsprechen. Eine solche steuerlich ungleiche Behandlung könnte dann mit einer spezialgesetzlichen Vorschrift in Form des § 8c KStG geregelt sein. Dies würde auch voraussetzen, dass sich im Rahmen der allgemeinen Regelung zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Anteilsübertragungen eine ungleichmäßige Besteuerung ergibt und daher eine spezialgesetzliche Vorschrift zur Sanktionierung besonderer Konstellationen erforderlich ist. Derartige Konstellationen könnten insbesondere die Konsequenz einer missbräuchlichen

⁷¹³ Vgl. Ausführungen Kapitel 4.6.

⁷¹⁴ Vgl. *Suchanek/Herbst* (2007), S. 864.

⁷¹⁵ Vgl. *Kiesel* (1987), S. 59 ff. mit einer detaillierten Darstellung der Folgen des § 8 Abs. 4 KStG a. F. im Anrechnungsverfahren. Zum Anrechnungsverfahren vgl. z. B. auch *Tipke* (2003), S. 1175-1180.

⁷¹⁶ Vgl. *Ernst* (2011), S. 29, 30.

⁷¹⁷ Vgl. *Haarmann* (2001), S. 153.

⁷¹⁸ Vgl. *Breuninger/Ernst* (2011), S. 680.

⁷¹⁹ Vgl. Gesetzentwurf zum UntStRefG 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007.

⁷²⁰ Vgl. *Breuninger/Ernst* (2011), S. 676.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Anwendung der allgemeinen Vorschrift zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften in Folge von Steuerausweichentscheidungen sein. Allerdings enthält die aktuelle Regelung des § 8c KStG überhaupt keine Definition eines missbräuchlichen Vorgangs in Form einer Steuerausweichentscheidung. Vielmehr werden sämtliche Anteilsübertragungsvorgänge erfasst, sofern diese eine bestimmte Anteilshöhe betreffen und keine Ausnahmeregelung Anwendung findet.⁷²¹ Damit erfolgt gerade keine Unterscheidung in nach gesetzgeberischem Verständnis missbräuchliche und nicht missbräuchliche Vorgänge, die mit einer differenzierten steuerlichen Behandlung verbunden ist.⁷²² Der Einschätzung, § 8c KStG als spezialgesetzliche Missbrauchsvermeidungsnorm zu verstehen, wird insofern nicht gefolgt.

Wird berücksichtigt, dass die Vorschrift des § 8c KStG historisch aus der steuerlichen Mantelkaufvorschrift des § 8 Abs. 4 KStG a. F. hervorgegangen ist, die der Gesetzgeber auf Grundlage der streitanfälligen Regelung durch umfangreiche Erweiterung des Anwendungskreises „vereinfacht“ hat, müsste es gleichwohl Argumente dafür geben, dass es für eine gleichmäßige Besteuerung erforderlich ist, den Verlustabzug bei einem steuerlichen Mantelkauf zu versagen.

Im Rahmen des hier vertretenen Verständnisses eines steuerlichen Mantelkaufs besteht dieser, wie in Kapitel 4.2 ausgeführt, aus zwei Elementen. Zuerst erfolgt ein (umfangreicher) Wechsel der Anteilseigner. Danach erfolgt ein umfangreicher Wechsel des Unternehmens.⁷²³ Die neuen Anteilseigner füllen die Gesellschaft nach dem Anteilserwerb mit neuem Unternehmensinhalt oder beleben diese unternehmerisch wieder, um dadurch positive Unternehmensergebnisse zu erzielen. Die auf die positiven Ergebnisse entfallende Steuer würde durch die Verrechnung eines noch bestehenden steuerlichen Verlusts gemindert. Die „wiederbelebte“ Kapitalgesellschaft könnte demnach durch die Verrechnung eines steuerlichen Verlusts aus ihrer vorherigen, erfolglosen Zeit die Höhe der Steuer, die auf die aktuellen steuerlichen Einkünfte entfällt, vermindern.

Eine differenzierte steuerliche Behandlung der Verlustverrechnung im Rahmen eines steuerlichen Mantelkaufs wäre insbesondere dann erforderlich, wenn ohne diese Sanktionierung eine ungleichmäßige Besteuerung bestünde. Diese könnte sich darin äußern, dass durch die Konstellation eines steuerlichen Mantelkaufs und der dabei ohne weitere Beschränkung bestehenden Verlustverrechnungsmöglichkeiten ein besonderer Vorteil im Vergleich zu anderen wirtschaftlich vergleichbaren Konstellationen entstehen würde.

Für die Anteilseigner führte ein steuerlicher Mantelkauf, wie in Kapitel 4.2 erläutert, einst zu einem schnelleren, einfacheren unternehmerischen Engagement als es im

⁷²¹ Vgl. Hey (2009), S. 144.

⁷²² Vgl. Ernst (2011), S. 103; Hans (2007), S. 780; Röder (2012), S. 29.

⁷²³ Vgl. Röder (2012), S. 30.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Rahmen der Neugründung einer Gesellschaft möglich war. War dieses Argument in Zeiten hoher Gründungssteuern oder zeitlich intensiver Gründungsvorgänge als wichtiger Vorteil zu werten, dürfte dieser Aspekt in der heutigen Zeit durch Bereithalten von Vorratsgesellschaften und den Wegfall von Gründungssteuern weitgehend entfallen sein. Im Vordergrund eines sogenannten Mantelkaufs könnte demnach nur noch der Vorteil einer steuerlichen Verlustübertragung auf den neuen bzw. wiederbelebten unternehmerischen Inhalt stehen. Zu klären wäre daher, inwieweit die steuerliche Verlustverrechnung im Rahmen eines steuerlichen Mantelkaufs ohne spezialgesetzliche Beschränkung eine, im Vergleich zur Verlustverrechnung bei einem anderen Übertragungsvorgang, vorteilhaftere Möglichkeit für den Steuerpflichtigen bietet und sich dadurch eine ungleichmäßige Besteuerung ergibt.

Das für die Analyse zu Grunde gelegte Besteuerungsziel einer gleichmäßigen Besteuerung konkretisiert sich über das Leistungsfähigkeitsprinzip und die Bezugnahme auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Im Rahmen der steuerlichen Verlustverrechnung muss demnach eine ungleiche Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zur Wahrung einer gleichmäßigen Besteuerung auch eine verhältnismäßig ungleiche steuerliche Behandlung erfahren. Eine solche Berücksichtigung würde insbesondere durch unterschiedliche Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung erfolgen. Wie die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, besteht eine ungleiche Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bei wirtschaftlichen und fiktiven Verlusten. Fiktive Verluste tangieren die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Steuerpflichtigen nicht oder zumindest nicht in dem Maße wie wirtschaftliche Verluste. Die Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit erfolgt, wie in Kapitel 5.4 dargestellt, über die Kriterien Bezugssubjekt, Bezugszeitraum, Realisierungsgrad und Bezugsobjekt. Bis auf das Kriterium des Bezugssubjekts ergeben sich für die Analyse einer spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsvorschrift bei steuerlichen Mantelkäufen keine Besonderheiten im Vergleich zu den bisherigen Ausführungen. Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit definiert sich demnach über das realisierte steuerliche Einkommen innerhalb eines Jahres.⁷²⁴

Allerdings besteht hinsichtlich der Auswahl des Bezugssubjekts der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und damit auch des körperschaftsteuerlichen Verlusts Bedarf für eine genauere Analyse. Ohne eine spezialgesetzliche Sanktionierung des Mantelkaufs würde der übertragene steuerliche Verlust auf Gesellschaftsebene von der neuen bzw. wiederbelebten Gesellschaft genutzt werden können, da die Feststellung eines körperschaftsteuerlichen Verlusts gemäß der aktuellen Gesetzeslage ermittlungstechnisch auf Ebene der Kapitalgesellschaft erfolgt. Es könnte gefolgert werden, dass diese Übertragungsmöglichkeit Ausdruck eines institutionalen Unternehmensverständnisses ist, das eine Zuordnung eines körperschaftsteuerlichen

⁷²⁴ Vgl. Kapitel 5.4.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Verlusts zur Kapitalgesellschaft vorsieht.⁷²⁵ Fraglich wäre jedoch, ob die Übertragungsmöglichkeit eingeschränkt werden müsste, da die Kapitalgesellschaft nach erfolgtem steuerlichem Mantelkauf nicht mehr die „alte“ Kapitalgesellschaft darstellt. Es wäre demnach zu überlegen, wie genau eine Zuordnung zur Kapitalgesellschaft erfolgen soll. Denkbar wäre eine Zuordnung zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb der Gesellschaft, der wiederum zu typisieren wäre oder eine einfache Zuordnung zur Rechtsform der Gesellschaft. Demnach könnte als Folge der gesetzlich geforderten Personenidentität eine Zuordnung des steuerlichen Verlusts an den verlustverursachenden wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb oder die verlustverursachende Gesellschaftsform gebunden sein.

Bei Annahme eines individualistischen Unternehmensverständnisses würde grundsätzlich eine Zuordnung eines körperschaftsteuerlichen Verlusts zu den hinter der Kapitalgesellschaft stehenden Anteilseignern in Form natürlicher Personen vorliegen.⁷²⁶ Da die Anteilseigner im Rahmen eines steuerlichen Mantelkaufs wechseln, wäre eine Übertragung des steuerlichen Verlusts auf die neuen Anteilseigner zumindest fraglich. Es wäre demnach davon auszugehen, dass der steuerliche Verlust der Ebene der bisherigen Anteilseigner zugehörig wäre und dort Berücksichtigung finden müsste. Es wäre zu überlegen, ob eine derartige Zuordnungsentscheidung im Widerspruch zur Ausrichtung des aktuellen Körperschaftsteuersystems stehen könnte. Dieses sieht in Form des Trennungsprinzips eine Besteuerungstechnische Trennung zwischen der Ebene der Gesellschaft und den Anteilseignern vor.⁷²⁷

Grundsätzlich könnte bei Kapitalgesellschaften eine besondere Berücksichtigung eines korporativen Elements erforderlich sein.⁷²⁸ Denkbar wäre diesbezüglich ein institutionales Unternehmensverständnis, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht. Demnach wäre es möglich, den steuerlichen Verlust einer Kapitalgesellschaft tendenziell der Gesellschaftsebene zuzuordnen und dabei einen methodologischen Individualismus zu vertreten. Bei einer derartigen Zuordnungsentscheidung dürften jedoch Widersprüche zum aktuell rechtsformspezifisch ausgestalteten Besteuerungssystem nicht unbeachtet bleiben, da korporative Elemente nicht zwingend mit rechtsformspezifischen Besonderheiten übereinstimmen müssen.⁷²⁹

Um die Ausgestaltung einer spezialgesetzlichen Norm zur Verlustverrechnung bei steuerlichen Mantelkäufen analysieren zu können, müsste eine Entscheidung

⁷²⁵ Vgl. Kapitel 5.4, Abschnitt „Bezugssubjekt“.

⁷²⁶ Vgl. Kapitel 5.4, Abschnitt „Bezugssubjekt“.

⁷²⁷ Vgl. Hey (2015), § 11, Rz. 1.

⁷²⁸ Vgl. dazu genauere Ausführungen in Kapitel 6.2.3.

⁷²⁹ Vgl. dazu auch Ausführungen in Kapitel 5.4.

hinsichtlich der Zuordnung des steuerlichen Verlusts vorliegen. Die Erforderlichkeit einer solchen Zuordnungsentscheidung ergibt sich auch als Konsequenz der allgemeinen Verlustverrechnungsnorm in Form des § 10d EStG. Die Norm sieht vor, dass nur die Person einen Verlust steuerlich berücksichtigen darf, die den Verlust auch erlitten hat (Personenidentität).⁷³⁰ Die Voraussetzungen für die erforderliche Personenidentität müssten ausgehend von den beschriebenen Zuordnungsmöglichkeiten des steuerlichen Verlusts einer Kapitalgesellschaft hergeleitet werden. Der aktuellen Formulierung der allgemeinen Verlustverrechnungsregel des § 10d EStG⁷³¹ ist eine eindeutige Zuordnungsentscheidung nicht zu entnehmen. Dies spricht dafür, dass eine allgemeine Verlustverrechnungsregel für Kapitalgesellschaften im aktuellen Steuergesetz fehlt. Es wird hier postuliert, dass eine solche Zuordnungsentscheidung vom Gesetzgeber in einer allgemeinen Verlustverrechnungsnorm für Kapitalgesellschaften zu treffen wäre.

Abstrahiert von dem Erfordernis von Personenidentität und der beschriebenen Zuordnungsproblematik soll jedoch zunächst einmal überlegt werden, welche weiteren Aspekte im Rahmen einer spezialgesetzlichen Vorschrift zur Beschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung bei steuerlichen Mantelkäufen zu berücksichtigen sein könnten. Die Analyse hinsichtlich der Zuordnungsentscheidung eines steuerlichen Verlusts einer Kapitalgesellschaft wird in Kapitel 6.2.3 fortgeführt. Eine solche Zuordnungsentscheidung kann nicht losgelöst getroffen werden, sondern ist insbesondere an die Ausgestaltung des Körperschaftsteuersystems und an das dort fundierte Unternehmensverständnis gebunden. Daher wird die weitere Analyse in Bezug auf das Unternehmensverständnis auf Grundlage des aktuellen Körperschaftsteuergesetzes geführt. Vor dem Hintergrund der möglichen alternativen Unternehmensverständnisse sowie der hier eingenommenen kritisch-rationalistischen Betrachtungsperspektive werden dabei Argumente für und gegen mögliche Zuordnungsentscheidungen betrachtet.⁷³²

Es wäre möglich, dass sich im Rahmen einer umfangreichen Übertragung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft mit bestehendem Verlustvortrag und damit einhergehenden Verlustverrechnungsmöglichkeiten nach erfolgter Anteilsübertragung überhaupt kein Vorteil ergibt, der sich einer Besteuerung entzieht. Der sich durch einen bestehenden und übertragbaren Verlustvortrag ergebende steuerliche Vorteil könnte bereits bei der Bemessung des Kaufpreises für die Anteile steuerlich berücksichtigt worden sein, da ein Veräußerer die Barwerte der aus der Verlustnutzung folgenden Ertragsteuerersparnis in den Kaufpreis eingerechnet hätte.⁷³³ Auch, wenn er besteuert wird, würde dabei allerdings ein Vorteil verbleiben.

⁷³⁰ Vgl. Kapitel 3.2.

⁷³¹ Vgl. Kapitel 3.2.

⁷³² Vgl. zu alternativen Unternehmensverständnissen die Ausführungen in Kapitel 5.4.

⁷³³ Vgl. *Nebe* (1999), S. 204 f.; *Jacob/Pasedag* (2010), S. 92 f.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Ein etwaiger „steuerlicher Vorteil“ in Form einer Verlustverrechnung nach der Anteilsübertragung wäre demnach über diesen Weg bereits auf Ebene des Veräußerers der Anteile in Form eines höheren Veräußerungsgewinns besteuert worden. Würde eine Verrechnung im Rahmen der Kaufpreisbemessung bei Übertragungen unter nahestehenden Personen unterbleiben, wären steuerliche Korrekturen in Form verdeckter Gewinnausschüttungen und verdeckter Einlagen die Folge. Dadurch wäre ebenfalls eine Besteuerung des sich aus der steuerlichen Verlustverrechnung ergebenden Vorteils gewährleistet. Der Vorwurf einer unversteuert gelassenen Ertragsteuersparnis ließe sich demnach relativieren. Allerdings wäre zu berücksichtigen, dass eine (weitgehende) steuerliche Freistellung von Veräußerungsgewinnen, z. B. aus Kapitalgesellschaftsanteilen, sofern eine Veräußerung zwischen Kapitalgesellschaften gemäß § 8b Abs. 2 KStG erfolgt, diese Korrespondenz zwischen der Besteuerung im Rahmen des Veräußerungsgewinns und der steuerlichen Verlustverrechnung außer Kraft setzen könnte. Im Hinblick darauf wäre eine Vorschrift erforderlich, die einer Verlustübertragung dementsprechende Grenzen setzt.

Unter Berücksichtigung eines individualistischen Unternehmensverständnisses müsste allerdings die Ebene der Gesellschafter, die natürliche Personen darstellen, mit in die Betrachtung der steuerlichen Implikationen einbezogen werden. Festhalten lässt sich jedoch, dass die Diskussion um den steuerlichen Vorteil im Rahmen eines Mantelkaufs an einer anderen Stelle bzw. in Form der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen ansetzen müsste. Dadurch zeigt sich, dass die Diskussion der Vorschrift nicht losgelöst, sondern vielmehr als Element des gesamten Körperschaftsteuersystems zu führen ist. Bei einer davon losgelösten Ausgestaltung des einzelnen Elements ist eine ungleichmäßige Besteuerung durch eine inkonsistente Berücksichtigung von Grundlagenentscheidungen des Gesetzgebers in den Besteuerungsnormen nicht auszuschließen.

In Folge der gezielten Herbeiführung der Konstellation eines steuerlichen Mantelkaufs, um damit Steuerzahlungen zu reduzieren, könnte eine ungleiche steuerliche Behandlung erforderlich sein. Fraglich ist, ob das Merkmal des gezielten Strebens nach einer steuerlichen Verlustverrechnung durch eine Anteilsübertragung zu einer besonderen steuerlichen Behandlung des bestehenden Verlustvortrags führen sollte. Eine solche Perspektive impliziert, dass die steuerlichen Regelungen von den Vorstellungen der Steuerpflichtigen abhängig gemacht und damit an subjektiven Merkmalen, nicht aber an objektiv nachprüfbaren Merkmalen in Bezug auf die Steuerpflichtigen, ausgerichtet würden. Eine solche Ausrichtung widerspricht dem gesetzlichen Grundsatz, dass sich die steuerlichen Folgen gemäß § 38 AO nach den objektiv nachprüfbaren Merkmalen richten.⁷³⁴ Auf Grundlage des aktuellen gesetzlichen Grundsatzes und dem hier vertretenen Verständnis kann sich die

⁷³⁴ Vgl. Kapitel 5.4, Abschnitt „Bezugsobjekt“.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Verrechnung steuerlicher Verluste insofern nur auf solche Verluste beziehen, die im Rahmen objektiviert nachprüfbarer Kriterien entstanden sind.

Eine gezielte Herbeiführung einer Konstellation könnte allerdings implizieren, dass die rechtliche Gestaltung von dem eigentlich zu Grunde liegenden wirtschaftlichen Vorgang abweicht. Infolgedessen würde eine Verrechnung fiktiver Verluste erfolgen, mit denen keine Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einhergeht. Die damit einhergehende Ungleichmäßigkeit könnte als steuerlicher Missbrauch gesetzlicher Vorschriften eingeordnet werden, der die Formulierung einer spezialgesetzlichen Missbrauchsvermeidungsvorschrift erforderlich macht.⁷³⁵ Aus einer wirtschaftlichen Betrachtung könnte diese Ungleichmäßigkeit als Folge der Verwendung des körperschaftsteuerlichen Trennungsprinzips als steuerliches Gestaltungsvehikel gesehen werden.⁷³⁶ Dabei ist die Mantelkaufproblematik auf die Anwendung des Trennungsprinzips bei gleichzeitigem Durchgriff durch die juristische Person zurückzuführen.⁷³⁷ Es könnte demnach argumentiert werden, dass durch die gezielte Herbeiführung der Konstellation eines Mantelkaufs ein steuerlicher Verlust übertragen wird, der bei einem wirtschaftlich vergleichbaren Vorgang nicht erfolgt. Demnach wären die steuerlichen Folgen eines wirtschaftlich vergleichbaren Vorgangs zu betrachten. Umgekehrt könnte es auch sein, dass Widersprüche bei der steuerlichen Behandlung von rechtlich gleichen Konstellationen gezielt dazu eingesetzt werden, um wiederum eine gleichmäßige Besteuerung mit wirtschaftlich vergleichbaren Vorgängen zu erreichen.

Ein dem Mantelkauf wirtschaftlich vergleichbarer Vorgang könnte in der Liquidation einer Kapitalgesellschaft mit anschließender Neugründung des Unternehmens gesehen werden. Ein Mantelkauf kürzt eine Unternehmensliquidation verbunden mit einer Neugründung des Unternehmens ab.⁷³⁸ Ein bestehender steuerlicher Verlustvortrag wäre demnach bei einem Mantelkauf auf Grundlage einer wirtschaftlich vergleichenden Betrachtungsweise so zu behandeln, wie er sich bei einem Liquidationsvorgang mit anschließender Unternehmensneugründung ergeben würde. Die steuerliche Behandlung des Mantelkaufs dürfte der steuerlichen Behandlung einer Liquidation hinsichtlich der Verlustabzugsmöglichkeiten insofern nicht nachstehen.⁷³⁹

Bei einer Liquidation kann ein bestehender steuerlicher Verlustvortrag im Rahmen der Abwicklung verrechnet werden, sofern entsprechendes Verrechnungspotential

⁷³⁵ Vgl. *Lenz* (2010a), S. 143.

⁷³⁶ Vgl. *Feltes* (2012), S. 149 f.

⁷³⁷ Vgl. *Crezelius* (2002), S. 2616; *Schlutius* (1962), S. 54.

⁷³⁸ Das Schweizer Steuerrecht behandelt den Vorgang eines Mantelkaufs entsprechend einer Unternehmensliquidation mit anschließender Unternehmensneugründung (vgl. *BDI/KPMG* (2011), S. 24-25).

⁷³⁹ Vgl. *Maiterth/Müller* (2003), S. 259.

besteht. Der Abwicklungszeitraum stellt sich als ein verlängerter Veranlagungszeitraum dar, der in der Regel einen Dreijahreszeitraum umfasst. Verluste aus früheren Veranlagungszeiträumen können in den Abwicklungszeitraum vorgetragen werden, umgekehrt kann ein Verlust aus dem Abwicklungszeitraum in den vorherigen Veranlagungszeitraum zurückgetragen werden.⁷⁴⁰ Die Regelung des § 10d EStG ist insofern auf den Abwicklungszeitraum, der als ein einziger Veranlagungszeitraum verstanden wird, anzuwenden. Darüber hinaus gelten keine besonderen bzw. spezialgesetzlichen Vorschriften für den Verlustabzug im Rahmen einer Liquidation.⁷⁴¹ Es besteht auch keine besondere Regelung für eine letztmalige Verrechnung eines im Abwicklungszeitraum noch vorhandenen steuerlichen Verlustvortrags.

Die Anwendung der Mindestbesteuerung in Form des § 10d EStG kann in Liquidationsfällen zu einem definitiven Wegfall von steuerlichen Verlustvorträgen führen. Vor dem Hintergrund der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift des § 10d EStG kann dies auch kritisch betrachtet werden.⁷⁴² Dabei wird eine Analogie zum BFH-Urteil vom 26.08.2010 gesehen, bei dem es um den definitiven Wegfall eines Verlustabzugs im Rahmen des § 8c KStG geht.⁷⁴³ In Folge dieser Analogie wird bei Anwendung der Mindestbesteuerung in Liquidationsfällen eine analoge steuerliche Konsequenz gefordert.⁷⁴⁴ Gleichwohl blieb eine gesetzgeberische Lösung bisher aus. Daher ist in der Literatur der Vorschlag zu finden, das Problem der Definitivbelastung über eine Billigkeitsmaßnahme gemäß § 163 AO zu lösen, die eine Nichtanwendung des § 10d EStG vorsieht.⁷⁴⁵ Gleichwohl lindert diese Vorgehensweise zwar die Symptome dieser ungleichmäßigen Besteuerung, tritt dieser jedoch nicht als solcher entgegen. Bei einer sich etwaig anschließenden Neugründung einer zuvor liquidierten Gesellschaft verbleibt nach aktueller Gesetzeslage ein bestehender Verlustvortrag ohne Verrechnungsmöglichkeit.⁷⁴⁶ Die Verlustverrechnung erfolgt damit nur auf Ebene des liquidierten Unternehmens mit den gerade beschriebenen Verlustverrechnungsmöglichkeiten in Bezug auf den Abwicklungszeitraum.

Würde die steuerliche Verlustverrechnung bei einem Mantelkauf vergleichbar zur steuerlichen Verlustverrechnung bei einer Liquidation mit anschließender

⁷⁴⁰ Vgl. *Graffe* (2012), § 11 KStG, Rz. 22; *Micker* (2010), § 11 KStG, Rz. 28, *Frotscher* (2013), § 11 KStG, Rz. 44-45.

⁷⁴¹ Vgl. *Graffe* (2012), § 11 KStG, Rz. 22; *Micker* (2010), § 11 KStG, Rz. 28, *Frotscher* (2013), § 11 KStG, Rz. 44-45.

⁷⁴² Vgl. *Holland* (2008), § 11 KStG, Rz. 59.1.

⁷⁴³ Vgl. BFH-Urteil vom 26.08.2010, I B 49/10, BStBl. II 2011, 826 ff.

⁷⁴⁴ Vgl. *Graffe* (2012), § 11 KStG, Rz. 22.

⁷⁴⁵ Vgl. *Micker* (2010), § 11 KStG, Rz. 28; *Lenz* (2010b), § 11 KStG, Rn. 42.

⁷⁴⁶ Vgl. *Frotscher* (2013), § 11 KStG, Rz. 44b.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Neugründung ausgestaltet, würde dies ebenfalls eine Bindung des bestehenden steuerlichen Verlustvortrags an die unternehmens- und vermögenslose Gesellschaft bedeuten. Ein Übergang des steuerlichen Verlustvortrags auf das neue Unternehmen wäre nicht möglich.

Wie bereits in Kapitel 4.2 beschrieben, kann ein steuerlicher Mantelkauf wirtschaftlich als Gegenteil einer Umwandlung gesehen werden. Im Umkehrschluss könnte das bedeuten, dass auch die entsprechenden Voraussetzungen hinsichtlich der Übertragung eines bestehenden steuerlichen Verlustvortrags genau gegenteilig ausgestaltet sein müssten. Bleibt bei einer Umwandlung der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb bestehen, aber die Gesellschaftsform verändert sich, bleibt bei einem Mantelkauf die Gesellschaftsform erhalten, aber der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb verändert sich.

Im derzeitigen Umwandlungssteuergesetz ist eine Übertragung steuerlicher Verluste auf den übernehmenden Rechtsträger nicht vorgesehen.⁷⁴⁷ Demnach findet ein steuerlicher Verlustvortrag keine Verrechnung mehr, wenn die rechtliche Identität einer Gesellschaft verloren ist, auch wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb fortgeführt wird.⁷⁴⁸ Werden die bei einer Umwandlung auf eine neue Rechtsform übergehenden Wertansätze als Zwischenwerte oder gemeine Werte weitergeführt, ist gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 und 2 UmwStG eine Verlustverrechnung in Höhe der aufgedeckten Werte möglich.⁷⁴⁹ Dabei findet die Mindestbesteuerung in Form des § 10d EStG Anwendung, so dass es zu einer Kappung des Verlustabzugs kommen kann.⁷⁵⁰ Die Möglichkeit der Verrechnung noch nicht aufgebrauchter Verlustabzüge im Rahmen einer Buchwertaufstockung besteht erst seit Änderung des Umwandlungssteuergesetzes durch das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007.⁷⁵¹

Zuvor war eine Verlustübertragung bei Umwandlungsvorgängen grundsätzlich möglich, sofern bestimmte Voraussetzungen vorlagen. So sah die Vorschrift des § 12 Abs. 3 UmwStG a. F. vor, dass ein steuerlicher Verlustvortrag auf den Gesamtrechtsnachfolger übergeht, sofern sichergestellt ist, dass der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb auch nach der erfolgten Umwandlung (weitgehend) dem bisherigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb entspricht. Die Voraussetzungen sahen insofern eine Art wirtschaftliche Identität zur Übertragung eines steuerlichen Verlustvortrags bei Umwandlungsvorgängen vor, die auf den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet war.⁷⁵² Die Typisierung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs war

⁷⁴⁷ Vgl. *Schnitter* (2012), § 4 UmwStG, Rz. 82; *Frotscher* (2014), § 12 UmwStG, Rz. 92-98.

⁷⁴⁸ Vgl. *Schnitter* (2012), § 4 UmwStG, Rz. 83.

⁷⁴⁹ Vgl. *Frotscher* (2014), § 12 UmwStG, Rz. 101a ff.

⁷⁵⁰ Vgl. *Schmitt* (2013), § 12 UmwStG, Rz. 93-94, *Frotscher* (2014), § 12 UmwStG, Rz. 102.

⁷⁵¹ Vgl. Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007, BStBl. I 2007, S. 630.

⁷⁵² Vgl. *Ernst* (2011), S. 30-33.

darauf bezogen, „dass der Betrieb oder Betriebsteil, der den Verlust verursacht hat, über den Verschmelzungstichtag hinaus in einem nach dem Gesamtbild der wirtschaftlichen Verhältnisse vergleichbaren Umfang in den folgenden fünf Jahren fortgeführt wird.“⁷⁵³ Im Sinne einer gleichmäßigen Besteuerung wäre sicherzustellen, dass die Kriterien zur Regelung, wann ein steuerlicher Verlustvortrag nach einer erfolgten Reorganisationsmaßnahme weiterhin verrechnungsfähig bleibt, analog ausgestaltet sind. Bei der aktuellen Gesetzeslage ist eine solche Analogie nicht gegeben. Eine Berücksichtigung eines bestehenden Verlustvortrags ist bei Umwandlungsvorgängen aktuell nicht möglich. Die Verrechnung eines bestehenden Verlustvortrags ist dabei an die Rechtsform des Unternehmens gebunden. Bei Übertragungsvorgängen von Kapitalgesellschaftsanteilen ist dagegen auf Grundlage des § 8c KStG eine Verrechnung eines bestehenden steuerlichen Verlustvortrags mit einer wirtschaftlichen Identität, typisiert durch die Identität der Anteilseigner, verknüpft. Wird die Identität der Anteilseigner nicht (vollständig) gewahrt, ist eine (vollständige) Verrechnung des Verlustvortrags grundsätzlich nicht möglich. Gleichwohl erlauben die Ausnahmeregelungen im Rahmen der Anwendung des § 8c KStG, insbesondere in Form des fortführungsgebundenen Verlustvortrags gemäß § 8d KStG, eine Berücksichtigung eines bestehenden Verlustvortrags auch dann, wenn die Identität der Anteilseigner nicht gewahrt bleibt. Die Verlustberücksichtigung ist dabei insbesondere an die weitgehend unveränderte Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gebunden.⁷⁵⁴ Insbesondere die Ausnahmeregelung des § 8d KStG ähnelt damit grundsätzlich dem Erfordernis einer Fortführung des verlustverursachenden Betriebs, die im aktuell nicht mehr anwendbaren § 12 Abs. 3 UmwStG a. F. für eine Verlustberücksichtigung nach einer Umwandlung geregelt war. Das aktuelle Umwandlungssteuergesetz sieht eine solche Verknüpfung zwischen Verlustberücksichtigung und Fortführung der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Unternehmens nicht mehr vor. Es zeigt sich insofern, dass die aktuellen Kriterien zur Verrechnung steuerlicher Verluste bei Umwandlungen und Mantelkäufen unterschiedlich ausgestaltet sind. Eine unmittelbar konträre Ausgestaltung der steuerlichen Verlustverrechnung in Bezug auf die beiden unmittelbar konträren Konstellationen ist nicht zu erkennen. Dies könnte auf eine ungleichmäßige Besteuerung hindeuten. In welcher Form allerdings tatsächlich eine unmittelbar konträre Regelung zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Umwandlungen herzustellen ist, soll hier nicht weiterverfolgt werden, da dies eine genauere Analyse des Umwandlungssteuergesetzes verlangen würde. Diese bleibt im Rahmen der vorliegenden Analyse ausgeblendet.

Inwieweit die Formulierung einer spezialgesetzlichen Vorschrift bei einem steuerlichen Mantelkauf erforderlich ist, lässt sich jedoch erst beantworten, wenn eine allgemeine Regelung zur Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften näher betrachtet wurde. Dies erfolgt im nächsten Kapitel.

⁷⁵³ § 12 Abs. 3 UmwStG a. F.; vgl. *Dötsch* (1999), S. 19 ff.

⁷⁵⁴ Vgl. Kapitel 4.6.

6.2.3 Ausgestaltung einer allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkung bei Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen

Im folgenden Kapitel soll der Überlegung nachgegangen werden, dass § 8c KStG eine allgemeine Regelung zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften darstellt. Es soll erörtert werden, ob Argumente dafür sprechen, dass die bisherige Regelung vor dem Hintergrund des in Kapitel 5 hergeleiteten Besteuerungsziels eine gleichmäßige Besteuerung gewährleistet. Fraglich ist insofern, ob der regelmäßige Wegfall eines bestehenden steuerlichen Verlustvortrags bei einem (umfangreichen) Anteilseignerwechsel einer gleichmäßigen Besteuerung entspricht.

Wie in Kapitel 6.2.1 beschrieben, existiert für Kapitalgesellschaften (bislang) keine „eigene“ zentrale Verlustverrechnungsvorschrift, sondern die im Einkommensteuergesetz verankerte Regelung des § 10d EStG findet in Bezug auf die Verlustverrechnung mit Hilfe des in § 8 Abs. 1 KStG i. V. m. § 7 KStG enthaltenen Generalverweises Anwendung.⁷⁵⁵ Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 10d EStG die Verlustverrechnung bezogen auf natürliche Personen regelt.⁷⁵⁶ § 10d EStG sieht eine zeitliche und betragsmäßige Beschränkung der Verlustverrechnung vor und macht die steuerliche Verrechnung eines Verlusts (implizit) davon abhängig, dass dieser bei der Person verrechnet wird, bei der der steuerliche Verlust auch entstanden ist (Personenidentität).⁷⁵⁷ Für die Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften bestehen insofern die gleichen Beschränkungen wie bei natürlichen Personen, allerdings ergeben sich in Bezug auf eine eindeutige Übertragung der Vorschrift des § 10d EStG auf den Regelungsbereich von Kapitalgesellschaften Schwierigkeiten. Es ist gesetzlich nicht geregelt, wer als Subjekt in Bezug auf die Anknüpfung des Verlusts zu fassen ist, da sowohl die Anteilseigner als auch das Unternehmen selbst als Anknüpfungspunkt dienen könnten. Der Gesetzgeber hat insofern keine eindeutige Entscheidung hinsichtlich des Bezugssubjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bei Kapitalgesellschaften getroffen. Erst in Abhängigkeit von einer solchen Zuordnungsentscheidung kann jedoch erörtert werden, wessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch das Vorliegen eines steuerlichen Verlusts gemindert wurde und wer demnach eine steuerliche Verrechnung dieses wirtschaftlichen Verlusts vornehmen darf. Bleibt die Zuordnungsentscheidung ungerregelt, fehlt eine Information hinsichtlich der Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit in Bezug auf Kapitalgesellschaften. Damit steht eine unbeantwortete Zuordnungsentscheidung einer gleichmäßigen Besteuerung im hier verstandenen Sinne entgegen, weil sie Interpretationsspielraum bereithält und Steuerausweichhandlungen seitens der Steuerpflichtigen nicht auszuschließen sind. Außerdem kann eine nicht eindeutige

⁷⁵⁵ Ggf. könnte § 8 Abs. 4 KStG 1977 (vgl. *Schallmoser* (2012), § 8 KStG, Anm. 2), der den Verlustrücktrag bei Kapitalgesellschaften beschränkte, als eigene körperschaftsteuerliche Verlustverrechnungsbeschränkung gewertet werden.

⁷⁵⁶ Vgl. dazu auch Ausführungen in Kapitel 3.2.

⁷⁵⁷ Vgl. Kapitel 3.2.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Zuordnungsentscheidung zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen, da sie Ausdruck einer Grundlagenentscheidung des Gesetzgebers sein könnte, die nicht konsistent in den Einzelnormen umgesetzt wird. Im Folgenden soll daher analysiert werden, welche Hinweise das aktuelle Körperschaftsteuergesetz hinsichtlich des seitens des Gesetzgebers vertretenen Unternehmensverständnisses gibt, um zu klären, ob eine ungleichmäßige Besteuerung vorliegt.

Sollte § 8c KStG eine allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift darstellen, wäre es möglich, dass im Rahmen dieser Regelung eine gesetzgeberische Entscheidung hinsichtlich der Zuordnung des steuerlichen Verlusts einer Kapitalgesellschaft getroffen wird, die sich möglicherweise konsistent in das Unternehmenssteuerrecht einfügt.

Die Europäische Kommission geht in ihrer Einschätzung zu § 8c KStG vom 26.01.2011 davon aus, dass der Verlustuntergang bei einer Beteiligungsübertragung den Regelfall darstellt und § 8c KStG demnach keine Regelung in Bezug auf die Sanktionierung einer steuerlich missbräuchlichen Konstellation beinhaltet.⁷⁵⁸ Im Rahmen des § 8c KStG ist eine Verrechnung eines bestehenden steuerlichen Verlustvortrags beim neuen Anteilseigner grundsätzlich nur dann möglich, wenn nach dem Anteilseignerwechsel die wirtschaftliche Identität gewahrt bleibt. Der Verlustvortrag ist damit an die wirtschaftliche Identität einer Gesellschaft gebunden, die sich über das wirtschaftliche Engagement der Anteilseigner bestimmt.⁷⁵⁹ Insofern wird die wirtschaftliche Identität auf Grundlage der Höhe des übertragenen Anteils typisiert. Gehen mehr als 50% der bestehenden Anteile auf einen neuen Anteilseigner über, wird im Rahmen des aktuell bestehenden § 8c KStG von einem Verlust der wirtschaftlichen Identität ausgegangen und der Verlustabzug vollständig versagt, sofern keine Ausnahmeregelung greift. Kommt es zu einer Anteilsübertragung von weniger als 50%, ist eine eingeschränkte Verlustverrechnung möglich. Das Bestehen wirtschaftlicher Identität wird demnach nach aktueller Gesetzeslage ohne Berücksichtigung der etwaig anwendbaren Ausnahmeregelungen allein vom Umfang des Anteilseignerwechsels abhängig gemacht.⁷⁶⁰ Damit könnte ein individualistisches Unternehmensverständnis zum Ausdruck gebracht werden.

Im Rahmen des aktuellen Unternehmenssteuerrechts wird die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kapitalgesellschaft auf Ebene der Gesellschaft ermittelt und mit Körperschaftsteuer belastet. Eine Besteuerung auf Ebene der Gesellschafter erfolgt bei positiven Unternehmenserfolgen insbesondere in Form von Dividenden bzw. Gewinnausschüttungen der Gesellschaft an die Gesellschafter. Diese als

⁷⁵⁸ Vgl. z. B. *Jochum* (2011), S. 497; EU-Kommission, Beschluss vom 26.01.2011, Rs. C-7/10.

⁷⁵⁹ Vgl. *Altrichter-Herzberg* (2008), S. 859. Mit Verweis auf das UntStRefG 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007, S. 76.

⁷⁶⁰ Vgl. zur aktuellen Gesetzeslage Tabelle 9.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Trennungsprinzip⁷⁶¹ bezeichnete Vorgehensweise bei der Besteuerung von Kapitalgesellschaften könnte grundsätzlich mit einer institutionalen Unternehmenssichtweise in Verbindung gebracht werden, da sowohl die Gesellschaft als auch die Gesellschafter als eigenständige Steuersubjekte besteuert werden.

Gleichwohl ist anzumerken, dass bei der Besteuerung der Dividende auf Gesellschafterebene die Körperschaftsteuerbelastung auf Ebene der Gesellschaft nach aktueller Gesetzeslage mittelbar Berücksichtigung findet. Handelt es sich beim Gesellschafter um eine gewerblich tätige, natürliche Person, wird die Dividende bei dieser gemäß § 3 Nr. 40 Buchstabe a EStG zu 60% besteuert (sogenanntes Teileinkünfteverfahren). In der Vergangenheit erfolgte unter Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens eine Freistellung der Dividende zu 50%, die in Folge der Entlastungen im Bereich von Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer durch das Unternehmensteuerreformgesetz auf 40% vermindert wurde.⁷⁶² Die gemeinsame Betrachtung der Gesellschafts- und Gesellschafterebene kann einerseits als Durchbrechung des Trennungsprinzips verstanden⁷⁶³ und andererseits als Indiz für ein, auch im aktuellen Unternehmenssteuerrecht enthaltenes, individualistisches Unternehmensverständnis⁷⁶⁴ gesehen werden. „

Negative Unternehmenserfolge führen, sofern eine steuerliche Verrechnung möglich ist, zu verminderten Steuerzahlungen der Gesellschaft. Ein Weiterreichen des negativen Unternehmenserfolgs an die Anteilseigner ist auf Grundlage des aktuellen Unternehmenssteuerrechts dagegen grundsätzlich nicht vorgesehen. Das aktuelle Körperschaftsteuersystem kennt keine „negative Dividende“ oder „Verlustrückführung“. Ein steuerlicher Verlust verbleibt demnach auf Gesellschaftsebene ohne Weiterleitung an die Anteilseignerebene. Die steuerliche Berücksichtigung einer durch einen steuerlichen Verlust verminderten wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf Ebene der Gesellschaft zeigt damit eine tendenziell institutionale Unternehmenssichtweise.

Knüpft die steuerliche Verlustverrechnung bei einem Anteilseignerwechsel an die Identität der Gesellschaft in Form der Zusammensetzung des Gesellschafterbestands an, könnte dies auch die Konsequenz eines institutionalen Unternehmensverständnisses sein.⁷⁶⁵ Es würde damit unterstellt, dass sich das Unternehmen über den Bestand der Anteilseigner typisiert. Andererseits könnte die Regelung des § 8c

⁷⁶¹ Vgl. *Hummel* (2015), § 1 KStG, Rn. 20 ff.

⁷⁶² Vgl. *Schmiel* (2010), S. 152 mit Verweis auf das *Unternehmensteuerreformgesetz* 2008, § 3 Nr. 40 EStG, in: *Breithecker/Förster/Förster/Klapdor* (2007), S. 35-37; *Levedag* (2016), § 3 EStG Rz. 135-140.

⁷⁶³ Vgl. *Böhmer* (2012), S. 35.

⁷⁶⁴ Vgl. *Schmiel* (2010), S. 152.

⁷⁶⁵ Vgl. *Schmiel* (2010), S. 152.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

KStG auch als Durchbrechung des Trennungsprinzips verstanden werden.⁷⁶⁶ Nach dieser Auffassung wäre die Regelung implizit Ausdruck eines tendenziell individualistisch geprägten Unternehmensverständnisses, das den Fokus der Betrachtung auf die Gesellschafterebene legt.

Im Rahmen des § 8c KStG wird in Bezug auf besondere Konstellationen eine Fortführung eines bestehenden Verlustvortrags auch nach einem schädlichen Anteilseignerwechsel ermöglicht. Gegebenenfalls lassen sich auf dieser Grundlage Argumente finden, um die Systematik des Steuergesetzgebers hinsichtlich der Zuordnung eines körperschaftsteuerlichen Verlusts deutlicher herleiten zu können. Wie bereits in Kapitel 4.6 beschrieben, erfolgt gemäß § 8c KStG keine Beschränkung bei der Übertragung eines körperschaftsteuerlichen Verlustvortrags, sofern folgende Konstellationen vorliegen:⁷⁶⁷

- Sanierungsfälle⁷⁶⁸,
- Konzernverbund⁷⁶⁹,
- Wagniskapitalgesellschaften⁷⁷⁰,
- stille Reserven⁷⁷¹,
- Fortführung des relevanten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs⁷⁷².

Die Möglichkeit der Weiterführung eines bestehenden körperschaftsteuerlichen Verlustvortrags im Rahmen von Sanierungsmaßnahmen nimmt eine Zuordnung des Verlusts zum Unternehmen vor, ohne dabei im Einzelnen den Fokus auf die Struktur der Anteilseigner zu legen. Die steuerliche Verlustverrechnung wird vielmehr an die Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs eines Unternehmens gebunden. Unter dieser Begrifflichkeit werden die Elemente zusammengefasst, die eine Fortführung eines Unternehmens ermöglichen. Wird der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb zum Zwecke der Sanierung und damit für eine Unternehmensfortführung verändert, besteht die Möglichkeit einer weiteren Verrechnung des bestehenden Verlustvortrags. Die Möglichkeit, einen Verlustvortrag in einem Sanierungsfall weiterführen zu können, entfernt sich damit von einer erforderlichen Identität des Unternehmens, typisiert an der Fortführung des bisherigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. Da zur Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs eine

⁷⁶⁶ Vgl. *Böhmer* (2012), S. 37.

⁷⁶⁷ Vgl. auch Tabelle 9.

⁷⁶⁸ Vgl. § 8c Abs. 1a KStG.

⁷⁶⁹ Vgl. § 8c Abs. 1 Satz 5 KStG.

⁷⁷⁰ Vgl. § 8c Abs. 2 KStG, durch eine Entscheidung der *EU-Kommission* vom 30.09.2009 hat diese Regelung nie Wirksamkeit erlangt; vgl. *Brandis* (2012), § 8c KStG, Rz. 3, *Frotscher* (2014), § 8c KStG, Rz. 250-252.

⁷⁷¹ Vgl. § 8c Abs. 1 Satz 6-Satz 8 KStG.

⁷⁷² Vgl. § 8d KStG.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Fülle von Elementen erforderlich ist, die insbesondere auch die Anteilseigner umfassen, kann die Ausnahmeregelung für Sanierungsfälle sowohl Argument für eine tendenziell individualistische als auch institutionale Unternehmenssichtweise sein. Allerdings hat die Regelung für Sanierungsfälle durch die Entscheidung der EU-Kommission nie Wirksamkeit erlangt.⁷⁷³ Die Regelung ist daher für die Herleitung des § 8c KStG innewohnenden Unternehmensverständnisses auf Grundlage der aktuellen Steuergesetze weitgehend unbedeutend.

Die besondere Regelung betreffend den Konzernverbund sieht vor, dass der steuerliche Verlustvortrag bei bestimmten konzerninternen Umstrukturierungen nach einer Anteilsübertragung noch fortgeführt werden kann.⁷⁷⁴ Dies unterscheidet sich von einer konkreten Zuordnung des Verlustvortrags zu den Anteilseignern wie in § 8c Abs. 1 KStG vorgesehen. Der Verlust wird hierbei vielmehr an die wirtschaftliche Einheit des Konzerns, bestehend aus verschiedenen rechtlich selbständigen Gesellschaften, gebunden. Auch bei einem umfangreichen Anteilseignerwechsel innerhalb des Konzerns bleibt bei besonderen Konstellationen eine Verlustverrechnung erhalten. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb des Unternehmens eine für eine Fortführung erforderliche Veränderung innerhalb des Konzerns erfährt. Damit wäre eine Zuordnung des steuerlichen Verlusts zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb erkennbar. Eine Verlustverrechnung wäre damit an die Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gebunden.

Zur Förderung sogenannter Wagniskapitalgesellschaften hatten diese die Möglichkeit, beim Erwerb von sogenannten Zielgesellschaften, die bestimmte Kriterien erfüllen mussten, bestehende Verlustvorträge in Höhe der vorhandenen stillen Reserven zu erhalten.⁷⁷⁵ Die Möglichkeit einer Verrechnung des steuerlichen Verlustvortrags in Abhängigkeit von den noch bestehenden stillen Reserven wurde mittlerweile auf sämtliche Übertragungsvorgänge ausgeweitet.⁷⁷⁶ Eine solche Regelung nimmt eine Zuordnung des steuerlichen Verlusts zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb des Unternehmens vor. Besteht dieser zumindest in Form von stillen Reserven, ist eine steuerliche Verrechnung des steuerlichen Verlusts möglich.⁷⁷⁷ Die Regelung abstrahiert damit deutlich von einer alleinigen Zuordnung des steuerlichen Verlusts zu den Anteilseignern.

⁷⁷³ Vgl. dazu auch *Brandis* (2012), § 8c KStG, Rz. 5; *Frotscher* (2014), § 8c KStG, Rz. 161 ff., BMF-Schreiben vom 30.04.2010 – IV C 2 -. S2745-a/08/10005:002[2010/0332067].

⁷⁷⁴ Vgl. *Frotscher* (2014), § 8c KStG, Rz. 100-127.

⁷⁷⁵ Vgl. *Frotscher* (2014), § 8c KStG, Rz. 250-252.

⁷⁷⁶ Vgl. § 8c Abs. 1 Satz 6-9 KStG.

⁷⁷⁷ Vgl. *Jochum* (2011), S. 501.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Die Verlustverrechnungsbeschränkung des § 8c KStG ist außerdem nicht anwendbar, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 8d KStG greifen.⁷⁷⁸ Die Regelung verknüpft die steuerliche Verlustverrechnung mit der Fortführung des bisherigen relevanten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs einer Kapitalgesellschaft. Die Definition des relevanten Geschäftsbetriebs erfolgt gemäß § 8d Abs. 1 Sätze 3 und 4 KStG normspezifisch auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung qualitativer Merkmale.⁷⁷⁹ Für die Fortführung eines bestehenden Verlustvortrags nach einem schädlichen Beteiligungserwerb ist es dazu insbesondere erforderlich, dass „die angebotenen Dienstleistungen oder Produkte, der Kunden- und Lieferantenkreis, die bedienten Märkte und die Qualifikation der Arbeitnehmer“ unverändert bleiben.⁷⁸⁰ Mit der Bezugsgröße einer qualitativen Betrachtung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs einer Kapitalgesellschaft wird im Rahmen der Ausnahmeregelung des § 8d KStG eine tendenziell institutionale Unternehmenssichtweise eingenommen.

Die Ausnahmetatbestände zeigen, dass der steuerliche Verlust einer Kapitalgesellschaft im Rahmen des § 8c KStG nicht allein den Anteilseignern zugeordnet wird, sondern auch an die Fortführung des Unternehmens, hier bezeichnet als Zuordnung zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb, gebunden ist. Eine Verlustverrechnung ist dabei möglich, sofern das verlustverursachende und das verlustberücksichtigende Unternehmen (weitgehend) identisch sind, hier bezeichnet als wirtschaftliche Identität. Die Vorschrift des § 8c KStG sieht insofern eine anteilseignerbezogene Zuordnung eines steuerlichen Verlusts vor, die in Bezug auf besondere Konstellationen um eine Zuordnung zum wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ergänzt wird.

Auch die vorherigen Regelungen in Form der Vorschrift des § 8 Abs. 4 KStG a. F. und die vorangehende Rechtsprechung verknüpften die Möglichkeit der Verlustverrechnung mit dem Erfordernis der wirtschaftlichen Identität. Zum Teil wurde eine wirtschaftliche Identität auch mit dem Vorliegen einer rechtlichen Identität, die sich auf die Anteilseignerstruktur bezieht, verbunden. Die Typisierung der für eine Verlustverrechnung erforderlichen wirtschaftlichen Identität wurde insofern in der Vergangenheit mehrmals verändert. So sah die BFH Rechtsprechung zunächst vor, dass eine wirtschaftliche Identität bei einer Anteilsübertragung einer löschungs- und liquidationsreifen Kapitalgesellschaft auf neue Anteilseigner und gleichzeitiger Zuführung neuer Mittel nicht vorliegt.⁷⁸¹ Zeitlich danach wurde eine Übertragung von 75% der Anteile und Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens mit Neuaufnahme des Geschäftsbetriebs als Wegfall der wirtschaftlichen Identität

⁷⁷⁸ Vgl. Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften vom 20.12.2016, BGBl. I 2016, S. 2998.

⁷⁷⁹ Vgl. Lang (2017), § 8d KStG, Rz. 240, 241; Förster/von Colln (2017), S. 10.

⁷⁸⁰ § 8d Abs. 1 S. 3, 4 KStG.

⁷⁸¹ Vgl. Meyer-Scharenberg (1994), S. 830-835; Knepper (1994), S. 1797.

definiert, später dann eine Übertragung von mehr als 50% der Anteile bei Zuführung überwiegend neuen Betriebsvermögens und Neuaufnahme des Geschäftsbetriebs.⁷⁸² Bei diesen Definitionen wirtschaftlicher Identität erfolgte damit eine anteilseignerbezogene Typisierung unter Einbeziehung der Entwicklung des Betriebsvermögens. Infolgedessen war die Verrechnungsmöglichkeit eines steuerlichen Verlusts sowohl mit der Struktur der Anteilseigner als auch mit dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verknüpft. Bezeichnet wurden diese Voraussetzungen auch als das Vorliegen von rechtlicher und wirtschaftlicher Identität.⁷⁸³ Die Forderung der rechtlichen Identität bzw. Ausrichtung am Bestand der Anteilseigner wäre bei einem von einer institutionalen Unternehmenssichtweise geprägten Unternehmensteuersystem kritisch zu sehen. Es müsste dann angezweifelt werden, dass die Anknüpfung an den Bestand der Anteilseigner im Rahmen eines vom Trennungsprinzip geprägten Körperschaftsteuersystems einen geeigneten Indikator darstellt.⁷⁸⁴ Vielmehr müssten dann Kriterien zur Definition eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs ohne anteilseignerbezogene Elemente definiert werden. Eine steuerliche Verlustverrechnung wäre insofern nur möglich, wenn der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb, der den Verlust herbeigeführt hat, auch weiterhin bestehen bleibt. Kommt es zu einem Anteilseignerwechsel, müsste demnach überprüft werden, ob die neuen Anteilseigner den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb aufrechterhalten bzw. weiterführen, so dass im Rahmen des „lebenden Betriebs“ eine Verlustverrechnung möglich ist.

Ein weiterer Indikator für die Zuordnungsentscheidung eines körperschaftsteuerlichen Verlusts seitens des Gesetzgebers könnte auch in Bezug auf die Regelungen zur körperschaftsteuerlichen Organschaft in Form der §§ 14-19 KStG gesehen werden.⁷⁸⁵ Im Rahmen dieser Regelungen ist der körperschaftsteuerliche Verlust von dem körperschaftsteuerlichen Rechtssubjekt gelöst. Ein körperschaftsteuerlicher Verlust, der während der Organschaft entsteht, ist an den Organkreis gebunden, der mehrere bzw. mindestens zwei Rechtssubjekte umfasst und kann gemäß § 15 Satz 1 Nr. 1 KStG nur auf Ebene des Organträgers verrechnet werden.⁷⁸⁶ Demnach ist für eine steuerliche Verlustverrechnung bei der körperschaftsteuerlichen Organschaft nicht die rechtliche Verlustzugehörigkeit entscheidend, sondern die Zuordnung zu der wirtschaftlichen Einheit des Organkreises. Die wirtschaftliche Verbundenheit zwischen Organgesellschaften und Organträger ergibt sich bei Vorliegen einer finanziellen Eingliederung, die sich gemäß § 14 Abs. 1 Nr. 1 KStG über die Höhe der vom Organträger an den Organgesellschaften gehaltenen Anteile definiert.⁷⁸⁷ Damit könnte die Argumentation gestützt werden, dass die Verrechnung eines Verlusts an

⁷⁸² Vgl. *Kaeser* (2005), S. 351; *Meyer-Scharenberg* (1994), S. 836 ff.

⁷⁸³ Vgl. *Schwedhelm* (2003), § 8 KStG a. F., Rz. 152.

⁷⁸⁴ Vgl. *Hans* (2007), S. 780.

⁷⁸⁵ Vgl. Kapitel 3.1, *Walter* (2016), § 14 KStG, Rz. 957.

⁷⁸⁶ Vgl. *Müller* (2014), Rz. 512-515.

⁷⁸⁷ Vgl. *Müller* (2014), Rz. 75-98.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

das Vorliegen einer wirtschaftlichen Identität gebunden ist, die sich anteilseignerbezogen ermittelt.⁷⁸⁸ Die Voraussetzungen zum Vorliegen einer ertragsteuerlichen Organschaft haben sich in den vergangenen Jahren verändert. In der Vergangenheit war das Vorliegen einer Organschaft an die finanzielle, organisatorische und wirtschaftliche Identität gebunden.⁷⁸⁹ Demzufolge war auch die Verrechnung eines steuerlichen Verlustvortrags an diese Kriterien gebunden, da eine Verrechnung eines während der Organschaft entstandenen Verlusts auch nur während des Bestehens der Organschaft auf Ebene des Organträgers genutzt werden kann.⁷⁹⁰ Es ist daher festzuhalten, dass die Ausgestaltung der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung mit der Ausgestaltung der erforderlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Organschaft in Verbindung steht. Eine gleichmäßige Besteuerung würde erfordern, dass die Zuordnungsentscheidung eines steuerlichen Verlusts und die Kriterien für dessen steuerliche Verrechnung grundsätzlich konsistent ausgestaltet sind.

Die bisherigen Ausführungen zeigen, dass eine eindeutige gesetzgeberische Regelung bzw. Entscheidung hinsichtlich der Zuordnung eines körperschaftsteuerlichen Verlusts nicht vorliegt. Vielmehr variiert das vom Gesetzgeber unterstellte Unternehmensverständnis in den Einzelnormen. Die bestehenden Regelungen können zu einer Beeinträchtigung einer gleichmäßigen Besteuerung führen, da sie in Folge der nicht vorhandenen, eindeutigen Zuordnungsentscheidung Interpretationsspielraum für den Steuerpflichtigen lassen. Die gesetzgeberisch nicht eindeutige Zuordnungsentscheidung könnte außerdem Ausdruck einer Grundlagenentscheidung seitens des Gesetzgebers sein, die nicht konsistent in den Einzelnormen umgesetzt wird. Auch dies wäre eine ungleichmäßige Besteuerung im hier verstandenen Sinne. Allerdings hat die Analyse nicht gezeigt, dass der Gesetzgeber überhaupt eine Grundlagenentscheidung getroffen hat. Die Suche nach einer seitens des Gesetzgebers getroffenen Entscheidung hinsichtlich des Unternehmensverständnisses zeigte sich vielmehr als Suche nach Hinweisen im aktuellen Körperschaftsteuergesetz, bei der kein eindeutiges Ergebnis gefunden wurde. Im Folgenden sollen daher auf Grundlage des aktuellen Körperschaftsteuergesetzes Möglichkeiten erörtert werden, wie die Zuordnungsentscheidung eines steuerlichen Verlusts zu einer Kapitalgesellschaft im Sinne einer evolutorischen Gleichmäßigkeit der Besteuerung aussehen könnte.

Bei einer Kapitalgesellschaft wäre grundsätzlich eine Zuordnung des steuerlichen Verlusts zu der Gesellschaft bzw. der Rechtsform, den Anteilseignern oder dem Unternehmen in Form des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs möglich. Außerdem wäre es denkbar, dass eine Zuordnungsentscheidung getroffen wird, die auf den Anteilseigner und den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb ausgerichtet ist. Wird das Körperschaftsteuersystem als gegeben unterstellt, gilt es, die dort getroffene Zuordnungsentscheidung konsistent auf die Ausgestaltung der Verlustverrechnung

⁷⁸⁸ Vgl. *Jochum* (2011), S. 503.

⁷⁸⁹ Vgl. *Hummel* (2015), § 14 KStG, Rn. 125-126; *Brink* (2012), § 14 KStG, Rz. 230-239.

⁷⁹⁰ Vgl. *Müller* (2014), Rz. 512-515.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

bei Anteilsübertragungen zu transferieren, um eine gleichmäßige Besteuerung zu gewährleisten.

Der Zuordnung des steuerlichen Verlusts zur Gesellschaft bzw. zur Rechtsform liegt ein institutionales Unternehmensverständnis zu Grunde. Dieses könnte in einem methodologischen Holismus begründet sein, wäre aber auch mit einem methodologischen Individualismus vereinbar.⁷⁹¹ Bei einem institutionalen Unternehmensverständnis wird der Gesellschaft selbst eine eigene wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zuerkannt.⁷⁹² Ausgehend von der Entscheidung in Bezug auf das Unternehmensverständnis lassen sich die Implikationen für einen körperschaftsteuerlichen Verlust konkretisieren.

Eine Körperschaftsteuer in Form einer eigenständigen Steuer für das Rechtssubjekt der Kapitalgesellschaft würde einem institutionalen Unternehmensverständnis entsprechen. Dass dem geltenden Körperschaftsteuersystem eine solche Form der Besteuerung zumindest nicht gänzlich fremd ist, zeigt sich durch § 1 KStG. Demnach ist die Kapitalgesellschaft Besteuerungssubjekt der Körperschaftsteuer.⁷⁹³ Diese Betrachtungsperspektive wird weitgehend als rechtliche Betrachtungsweise eines Unternehmens verstanden.⁷⁹⁴ Unter Berücksichtigung dieser Betrachtungsweise könnte argumentiert werden, dass demnach auch die mit dieser Steuerpflicht verbundenen Besteuerungsfolgen, wie eine steuerliche Verlustverrechnung, an die rechtliche Hülle des Unternehmens gebunden sind. Sofern bei einer Anteilsübertragung die Identität des Besteuerungssubjekts gewahrt bleibt, würde insofern auch ein verbleibender Verlustvortrag dem Grunde nach auch nach dem Anteilseignerwechsel bestehen bleiben.⁷⁹⁵

Die aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive bestehende eigene Rechtsfähigkeit einer Kapitalgesellschaft kann auch kritisch gesehen werden.⁷⁹⁶ Im Gegensatz zu einer rechtlichen Betrachtungsweise, bei der die Rechtsform als Besteuerungssubjekt fungiert, wird bei einer betriebswirtschaftlichen Betrachtung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit regelmäßig den hinter einer Gesellschaft stehenden Individuen zugeordnet und demnach eine individualistische Betrachtungsperspektive eingenommen.⁷⁹⁷

⁷⁹¹ Vgl. *Schmiel* (2012c), S. 4, 9, 10 und vgl. Ausführungen dazu in Kapitel 5.4.

⁷⁹² Vgl. dazu auch Ausführungen in Kapitel 5.

⁷⁹³ Vgl. *Hummel* (2015), § 1 KStG, Rn. 32.

⁷⁹⁴ Vgl. *Desens* (2004), S. 5-7.

⁷⁹⁵ Vgl. *Schlutius* (1962), S. 2.

⁷⁹⁶ Vgl. *Schlutius* (1962), S. 31.

⁷⁹⁷ Vgl. *Schmiel* (2012a), S. 1.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Bei einem individualistischen Unternehmensverständnis würde die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Gesellschaft den hinter einem Unternehmen stehenden Anteilseignern, sofern es sich um natürliche Personen handelt, zugeordnet.⁷⁹⁸ Dabei würde ein steuerlicher Verlust die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Anteilseigner mindern, die zum Zeitpunkt des Eintritts des Verlusts die Anteile halten. Der Verlust müsste demnach bei diesen Anteilseignern verrechnungsfähig sein. Insofern könnte ein neuer Anteilseigner die steuerlichen Verluste nach einer Übertragung grundsätzlich nicht verrechnen. Allerdings wäre zu klären, was mit dem steuerlichen Verlust nach der Anteilsübertragung geschieht. Es wäre zu überlegen, ob der Verlust in Folge der Anteilsübertragung entfällt oder ob eine letztmalige Verrechnung beim vorherigen Anteilseigner möglich sein müsste. Ist es bei den Anteilseignern zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gekommen, müsste der korrespondierende wirtschaftliche Verlust dort auch steuerlich berücksichtigungsfähig sein. Ist eine steuerliche Verrechnung beim bisherigen Anteilseigner vor einer bevorstehenden Anteilsübertragung nicht möglich, weil beispielsweise kein Verrechnungspotential in Form steuerlicher Gewinne besteht oder Ähnliches, müsste eine letztmalige Verrechnung des steuerlichen Verlusts beim bisherigen Anteilseigner möglich sein. Denkbar wäre dabei z. B. eine letztmalige Verrechnungsmöglichkeit vor der Übertragung in Anlehnung an die bei beschränkt haftenden Gesellschaftern anwendbare Vorschrift des § 15a EStG. Diese Vorschrift sieht eine steuerliche Verlustverrechnung bei einem beschränkt haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft vor, die sich weitgehend an der Höhe der individuellen Anschaffungskosten orientiert.⁷⁹⁹ Allerdings wäre bei einer Zuordnung des Verlusts zum übertragenden Anteilseigner zu bedenken, dass diese Möglichkeit bei Kapitalgesellschaften mit einem umfangreichen Bestand an Anteilseignern ermittlungstechnisch kaum zu realisieren wäre, da die individuellen Anschaffungskosten der Anteilseigner für die Beteiligung nicht bekannt sind.⁸⁰⁰

Außerdem könnte argumentiert werden, dass eine Beschränkung der Verrechnungsmöglichkeiten für einen Verlust auf Ebene des Gesellschafter, dessen wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch den Verlust gemindert wurde, zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führt.⁸⁰¹ Die Vorschrift des § 8c KStG würde nach diesem Verständnis in Folge der nicht vorhandenen Verrechnungsmöglichkeit eines bestehenden steuerlichen Verlustvortrags einer gleichmäßigen Besteuerung entgegenstehen, bei der eine Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine steuerliche Verrechnung bedeutet.

⁷⁹⁸ Vgl. Kapitel 5.4.

⁷⁹⁹ Vgl. Ausführungen zur Vorschrift des § 15a EStG in Kapitel 4.4.

⁸⁰⁰ Vgl. *Schmiel* (2010), S. 154.

⁸⁰¹ Vgl. *Schmiel* (2010), S. 153.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Die Ausgestaltung einer diese Ungleichmäßigkeit abhelfenden Regelung in Form einer letztmaligen Verrechnungsmöglichkeit beim bisherigen Anteilseigner lässt sich nicht bei allen Kapitalgesellschaften ermittlungstechnisch umsetzen. Es müsste demnach aus einer individualistischen Unternehmenssichtweise postuliert werden, eine Regelung, die die Übertragung eines bestehenden Verlustvortrags auf einen neuen Anteilseigner beschränkt, ersatzlos zu streichen.⁸⁰²

Wird bei einer Anteilsübertragung gezielt die Konstellation eines steuerlichen Mantelkaufs herbeigeführt, gleicht dies wirtschaftlich einer Liquidation mit anschließender Neugründung.⁸⁰³ Angenommen, die Besteuerungsfolgen einer Liquidation entsprechen der in Kapitel 6.2.2 beschriebenen aktuellen Gesetzeslage, wäre ein beim liquidierten Unternehmen bestehender steuerlicher Verlust gemäß § 10d Abs. 2 EStG in den Abwicklungszeitraum vortragbar und gemäß § 10d Abs. 1 EStG vom Abwicklungszeitraum in die Vorperiode rücktragbar. Für die Konstellation eines steuerlichen Mantelkaufs müssten die gleichen Besteuerungsfolgen gelten, um einer gleichmäßigen Besteuerung nicht entgegenzustehen.

Sollte, wie hier bei einer individualistischen Unternehmenssichtweise gefordert, eine Übertragung eines bestehenden steuerlichen Verlustvortrags auf einen neuen Anteilseigner grundsätzlich unbeschränkt möglich sein, wäre für die Konstellation eines steuerlichen Mantelkaufs eine Ausnahme zu definieren. Diese müsste vorsehen, die Möglichkeit der Übertragung eines bestehenden steuerlichen Verlustvortrags bei einem Anteilseignerwechsel nur dann zuzulassen, wenn keine einer Liquidation mit anschließender Neugründung vergleichbare wirtschaftliche Konstellation vorliegt. Die Übertragung des steuerlichen Verlustvortrags wäre damit implizit an die Fortführung des bestehenden Unternehmens gebunden. Die Kriterien hinsichtlich der Fortführung eines bestehenden Unternehmens müssten von einer individualistischen Unternehmenssichtweise, die auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht, abstrahieren. Diese Unternehmenssichtweise würde, wie zuvor erläutert, ausnahmslos gegen eine Beschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung bei einem Anteilseignerwechsel stehen.

Hinsichtlich der Auswahl von Kriterien zur Fortführung eines bestehenden Unternehmens könnte ein institutionales Unternehmensverständnis unterstellt werden, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht. Eine Regelung zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen könnte demnach auch vorsehen, den steuerlichen Verlust (tendenziell) der Kapitalgesellschaft zuzuordnen. Dabei könnte insbesondere berücksichtigt werden, dass das Handeln der Individuen nicht allein von Eigeninteresse bestimmt ist, sondern auch von der Organisationsform eines Unternehmens beeinflusst wird.⁸⁰⁴ Bei Annahme

⁸⁰² Vgl. *Schmiel* (2010), S. 154.

⁸⁰³ Vgl. Kapitel 6.2.2.

⁸⁰⁴ Vgl. *Vanberg* (1983), S. 63; Kapitel 5.4.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

eines solchen Unternehmensverständnisses müssten Kriterien hinsichtlich der Fortführung eines Unternehmens definiert werden oder eine ermittlungstechnisch durchführbare letztmalige Verrechnungsmöglichkeit auf Kapitalgesellschaftsebene geregelt sein.

Für eine Typisierung der Fortführung eines Unternehmens könnte eine Negativabgrenzung vorgenommen werden. Um einen lebenden Betrieb aufzuweisen, dürfte eine Gesellschaft demnach weder unternehmens- noch vermögenslos sein. Unternehmenslos ist eine Gesellschaft, die ihre Tätigkeit (nicht nur vorübergehend) nach außen einstellt bzw. aufgibt und die erforderlichen Unternehmensgrundlagen verloren hat. Eine solche Situation wäre von einer Umorganisation, Umstrukturierung oder Betriebsunterbrechung abzugrenzen.⁸⁰⁵ Das Unterscheidungsmerkmal „Aufgabe des Geschäftsbetriebs“ würde als Abgrenzungskriterium allerdings Deutungsspielräume aufweisen, da sich vorübergehende Beendigungen eines Geschäftsbetriebs von einer endgültigen Beendigung des Geschäftsbetriebs nur schwierig unterscheiden lassen.⁸⁰⁶ Fraglich wäre, inwieweit eine Veränderung des Unternehmensgegenstands zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks Einfluss auf eine Unternehmenslosigkeit nehmen würde. Auch das Unterscheidungsmerkmal einer „Änderung des Unternehmensgegenstands als solches“ wäre kritisch einzuschätzen. Änderungen des Unternehmensgegenstands sind jeweils Folge von unternehmerischen Veränderungen, so dass deren Abgrenzung jeweils schwierig objektiv definierbar ist. Daneben oder in Ergänzung könnten auch Kriterien in Form der „Auswechslung von Geschäftsführern oder anderer Entscheidungsträger“ herangezogen werden.

Im Rahmen der Ausnahmeregelung des § 8d KStG wird eine Typisierung hinsichtlich der Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs vorgenommen. Diese erfolgt normspezifisch auf Grundlage einer Gesamtbetrachtung qualitativer Merkmale.⁸⁰⁷ Gemäß § 8d Abs. 1 S. 3 KStG umfasst ein Geschäftsbetrieb „die von einer einheitlichen Gewinnerzielungsabsicht getragenen, nachhaltigen, sich gegenseitig ergänzenden und fördernden Betätigungen einer Körperschaft“.⁸⁰⁸ Für die Fortführung eines bestehenden Verlustvortrags nach einem schädlichen Beteiligungserwerb ist es insbesondere erforderlich, dass „die angebotenen Dienstleistungen oder Produkte, der Kunden- und Lieferantenkreis, die bedienten Märkte und die Qualifikation der Arbeitnehmer“ unverändert bleibt.⁸⁰⁹ Infolgedessen wäre es beispielsweise unschädlich, wenn hinsichtlich der Unternehmensgröße oder der Zahl

⁸⁰⁵ Vgl. *Kober* (1995), S. 40.

⁸⁰⁶ Vgl. *Kober* (1995), S. 33.

⁸⁰⁷ Vgl. *Lang* (2017), § 8d KStG, Rz. 240, 241; *Förster/von Colln* (2017), S. 10.

⁸⁰⁸ § 8d Abs. 1 S. 3 KStG.

⁸⁰⁹ § 8d Abs. 1 S. 3, 4 KStG.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

der Arbeitnehmer im Zeitablauf keine Kontinuität vorliegen würde und es zu positiven oder negativen Veränderungen dieser Größen käme.⁸¹⁰

Im Unterschied zum vorwiegend vermögensbezogenen Begriff des Geschäftsbetriebs gemäß § 8 Abs. 4 KStG a. F. erfolgt im Rahmen von § 8d KStG eine tätigkeitsbezogene Formulierung.⁸¹¹ § 8 Abs. 4 KStG a. F. stellt zur Beurteilung der Fortführung des Geschäftsbetriebs auf den Umfang ab, der sich insbesondere auf Grundlage des Umsatzes, des Auftragsvolumens, des Aktivvermögens und der Zahl der Arbeitnehmer ermittelt.⁸¹² In seiner Funktion zeigt der Begriff des Geschäftsbetriebs Ähnlichkeiten zum Erfordernis der Fortführung des verlustverursachenden Betriebsteils im Sinne des § 12 Abs. 3 S. 2 UmwStG a. F., durch das ein Verlustübergang bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft ermöglicht wurde.⁸¹³ Außerdem ähnelt die erforderliche Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs dem Merkmal der Unternehmensidentität beim gewerbsteuerlichen Verlustabzug gemäß § 10a GewStG. Dieses sieht vor, dass eine Verlustberücksichtigung nur bei dem Gewerbebetrieb möglich ist, der den Fehlbetrag auch verursacht hat. Als Gewerbebetrieb wird dabei die ausgeübte gewerbliche Betätigung gemäß § 2 Abs.1 Satz 2 GewStG i. V. m. § 15 Abs. 2 EStG verstanden.⁸¹⁴ Auch die Kriterien zur Beurteilung der Gewinnerzielungsabsicht knüpfen an eine Fortführung der wirtschaftlichen Tätigkeit an und ähneln insofern den Voraussetzungen von § 8d Abs. 1 KStG.⁸¹⁵ Wie in Kapitel 6.1.1 beschrieben, wird das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen einer Totalgewinnprognose ermittelt. Eine positive Totalgewinnprognose liegt dann vor, wenn ein steuerlicher Gewinn über die gesamte Lebensdauer der Tätigkeit oder des Investments bzw. in einer Mehrung des Betriebsvermögens zu erwarten ist.⁸¹⁶ Doch trotz vorhandener Ähnlichkeiten erfolgt zwischen den Einzelnormen keine steuergesetzliche Abstimmung oder einheitliche Formulierung, zum Beispiel auf Grundlage von Gesetzesverweisen. Dies hat zur Folge, dass der Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs sowie die Kriterien hinsichtlich der Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gleich mehrfach im Gesetz in unterschiedlicher Weise verwendet werden. Dies würde einer gleichmäßigen Besteuerung im hier

⁸¹⁰ Vgl. Förster/von Cölln (2017), S. 11.

⁸¹¹ Bericht der Arbeitsgruppe „Weiterentwicklung der Regelungen zur Verlustverrechnung nach Anteilseignerwechsel (§ 8c KStG) (2016), S. 119-121.

⁸¹² Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Weiterentwicklung der Regelungen zur Verlustverrechnung nach Anteilseignerwechsel (§ 8c KStG) (2016), S. 124.

⁸¹³ Vgl. zu § 12 Abs. 3 UmwStG auch Kapitel 6.2.2.

⁸¹⁴ Vgl. Brauer/Sonnenschein (2009), § 10a GewStG, Rz. 98ff. sowie die Ausführungen in Kapitel 3.2.

⁸¹⁵ Vgl. Förster/von Cölln (2017), S. 10.

⁸¹⁶ Vgl. Ausführungen in Kapitel 6.1.1.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

verstandenen Sinne widersprechen, indem Definitionen bzw. begriffliche Grundlagenentscheidungen inkonsistent verwendet werden.

Die Ausnahmeregelung des § 8d KStG nimmt eine qualitative Betrachtung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs einer Kapitalgesellschaft vor, bei deren Anwendung eine hohe Streitanzfälligkeit zu erwarten ist.⁸¹⁷ So ist davon auszugehen, dass die Konkretisierung der Vorschrift größtenteils der Rechtsprechung vorbehalten bleibt.⁸¹⁸ Gleichwohl wird im Bericht der Arbeitsgruppe zur Weiterentwicklung der Regelungen zur Verlustverrechnung nach Anteilseignerwechsel (§ 8c KStG) angemerkt, dass „das relevante Unternehmen der Kapitalgesellschaft bei § 8d KStG mittels des praktisch bewährten Konzepts des Geschäftsbetriebs definiert wird.“⁸¹⁹ Eine Begründung dieser positiven und optimistischen Einschätzung ist nicht zu finden.⁸²⁰ Es ist jedoch vielmehr davon auszugehen, dass ein „Dissens über die Auslegung und Konkretisierung der qualitativen Merkmale des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs vorprogrammiert“ ist.⁸²¹ Auch der Deutsche Steuerberaterverband weist auf das drohende Streitpotenzial bei der Anwendungspraxis von § 8d KStG hin.⁸²² Die potentiellen Schwierigkeiten bei der Konkretisierung der Regelung sind vielfältig. So wird beispielsweise angemerkt, dass die Abgrenzung zum Begriff des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gemäß § 14 AO nicht immer einfach zu treffen sein wird.⁸²³ Unklar bleibt auch, wie die qualitativen Merkmale bei der Typisierung der Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs zueinander in Verbindung stehen und welche Veränderungen relevant sind. Außerdem ist fraglich, ob die erforderlichen Merkmale kumulativ anzuwenden sind.⁸²⁴ Der zu erwartende hohe Interpretationsspielraum bei der Anwendung der Regelung des § 8d KStG steht einer gleichmäßigen Besteuerung im hier verstandenen Sinne entgegen.

Im Vergleich zu einer Typisierung mittels qualitativer Merkmale würden sich quantitative Typisierungsmerkmale weitaus praktikabler zeigen.⁸²⁵ Es wäre beispielsweise eine Anknüpfung an bestimmte Kennzahlen, wie Umsatzerlöse, Anzahl der Mitarbeiter und Personalkosten denkbar. Hinsichtlich der Ausgestaltung

⁸¹⁷ Vgl. *Frey/Thürmer* (2016), S. 1085.

⁸¹⁸ Vgl. *Korn* (2016), S. 400.

⁸¹⁹ Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Weiterentwicklung der Regelungen zur Verlustverrechnung nach Anteilseignerwechsel (§ 8c KStG)“ (2016), S. 118.

⁸²⁰ Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe „Weiterentwicklung der Regelungen zur Verlustverrechnung nach Anteilseignerwechsel (§ 8c KStG)“ (2016), S. 118 ff.

⁸²¹ *Ortmann-Babel/Bolik* (2016), S. 2986.

⁸²² Vgl. Deutscher Steuerberaterverband e. V. (2016), S. 6.

⁸²³ Vgl. *Bergmann/Süß* (2016), S. 2185.

⁸²⁴ Vgl. *Ortmann-Babel/Bolik* (2016), S. 2986.

⁸²⁵ Vgl. *Frey/Thürmer* (2016), S. 1088.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

der Abgrenzungskriterien könnten Erfahrungswerte aus anderen Ländern hilfreich sein. Eine entsprechende Analyse des *BDI/KPMG* in Bezug auf die Typisierungsmerkmale wirtschaftlicher Identität fasst gleichwohl zusammen, dass entsprechende Kriterien nur schwierig abstrakt zu regeln sind und daher eine enge Abstimmung zwischen Steuerpflichtigem und der Finanzverwaltung erforderlich ist.⁸²⁶ Dabei sollten die Abgrenzungskriterien im Hinblick auf die Gewährleistung einer gleichmäßigen Besteuerung möglichst wenig Interpretationsspielraum lassen.

Unter anderem wird das italienische Recht in diesem Sinne als weitgehend zielgenaue Ausgestaltung der Typisierungsmerkmale angeführt.⁸²⁷ Auch Kontrollverfahren, wie z. B. der australische „Same-Business-Test“ oder die Möglichkeit von Aktivitätsanalysen ähnlich dem französischen Steuerrecht, könnten einer deutschen Regelung zur Typisierung der wirtschaftlichen Identität als allgemeine Voraussetzung der Verrechnung eines körperschaftsteuerlichen Verlusts Orientierung geben.⁸²⁸ Für eine weitergehende Analyse ausländischer Typisierungsmerkmale zur Definition einer für die Verlustverrechnung erforderlichen wirtschaftlichen Identität wäre eine detaillierte Betrachtung der jeweiligen ausländischen Besteuerungssysteme erforderlich. Dazu wäre eine umfangreiche Literaturlauswertung in Bezug auf die ausländischen Besteuerungssysteme erforderlich. Eine solche Analyse ist im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht vorgesehen.

Das Bundesverfassungsgericht stellt in seinem unmittelbar vor Einreichung dieser Arbeit veröffentlichten Beschluss die Unvereinbarkeit von § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG (in der bis zum 31.12.2015 geltenden Fassung) mit Artikel 3 des Grundgesetzes fest. Wie nachfolgend dargestellt, berücksichtigt der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ähnliche Aspekte wie die hier vorliegende Analyse. Das Bundesverfassungsgericht kommt vergleichbar zum Analyseergebnis dieser Arbeit zu der Einschätzung, dass § 8c KStG keine gleichmäßige spezialgesetzliche Missbrauchsvermeidungsvorschrift darstellt.⁸²⁹ Es merkt darüber hinaus, dem hier vorliegenden Analyseergebnis ebenfalls vergleichbar, an, dass mit § 8c KStG aber auch kein Systemwechsel, das heißt, eine im hier verstandenen Sinne gleichmäßige allgemeine Verlustverrechnungsregel, erreicht wurde.⁸³⁰ Vielmehr sieht das Bundesverfassungsgericht den § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG als „verfassungsrechtlich nicht hinreichend sachlich begründete, allein fiskalisch motivierte und gestaltete, einseitig Gesellschaften mit Anteilseignerwechsel belastende Maßnahme“.⁸³¹

⁸²⁶ Vgl. *BDI/KPMG* (2011), S. 30.

⁸²⁷ Vgl. *BDI/KPMG* (2011), S. 29, 30; *Crazzolara* (2012) S. 143; *Kraft/Staccioli* (2016), S. 781 ff.

⁸²⁸ Vgl. *BDI/KPMG* (2011), S. 29, 30.

⁸²⁹ Vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 29.03.2017 - 2 BvL 6/11, RZ. 126-128.

⁸³⁰ Vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 29.03.2017 - 2 BvL 6/11, RZ. 46 ff.

⁸³¹ BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 29.03.2017 - 2 BvL 6/11, RZ. 49.

Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen

Außerdem greift das Bundesverfassungsgericht in seiner Begründung zur verfassungsrechtlichen Unvereinbarkeit von § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG (in der bis zum 31.12.2015 geltenden Fassung) insbesondere den in der vorliegenden Analyse ebenfalls ausführlich diskutierten Aspekt des Bezugssubjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit auf. Es stellt dazu vergleichbar zu dieser Analyse fest, dass der Gesetzgeber seine Grundlagenentscheidungen hinsichtlich des Bezugssubjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bei Kapitalgesellschaften nicht konsistent im Gesetzesgefüge berücksichtigt.⁸³²

Ein weiterer seitens des Bundesverfassungsgerichts angeführter wesentlicher Aspekt betrifft die in § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG vorgenommene Typisierung der zur Fortführung eines körperschaftsteuerlichen Verlustvortrags erforderlichen wirtschaftlichen Identität. Ähnlich der vorliegenden Analyse kritisiert das Bundesverfassungsgericht eine allein über die Anteilshöhe vorgenommene Typisierung der wirtschaftlichen Identität. Es regt dagegen vergleichbar zu dem Analyseergebnis dieser Arbeit an, dass eine Zuordnung des körperschaftsteuerlichen Verlusts an eine Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gebunden sein sollte. Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb sollte sich demnach nicht nur allein durch die Personen der Anteilseigner, sondern auch oder allein durch den Unternehmensgegenstand und das Betriebsvermögen typisieren.⁸³³

Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts zur Unvereinbarkeit von § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG (in der bis zum 31.12.2015 geltenden Fassung) mit dem Grundgesetz bekräftigt das vorliegende Analyseergebnis. Demnach können die in Kapitel 6.4 dargestellten Gestaltungsempfehlungen auch als Hinweise für die seitens des Bundesverfassungsgerichts geforderte Neuregelung der Vorschrift gesehen werden.

6.3 Ergebnis der rechtskritischen Analyse

6.3.1 Grundlegende Aspekte

Das Ziel der vorliegenden Analyse ist eine Formulierung von Vorschlägen an den Steuergesetzgeber, wie ausgewählte steuerliche Verlustverrechnungsvorschriften einer evolutiv gleichmäßigen Besteuerung entsprechen könnten.

Wie in der rechtsdogmatischen Analyse in den Kapiteln 3 und 4 erläutert, vermittelt die Vielzahl an aktuellen Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung den Eindruck, dass die zentrale Norm der Verlustverrechnung in Form des § 10d EStG (bzw. § 10a GewStG) nicht ausreicht, um eine adäquate Regelung zu gewährleisten. Vielmehr „rankt“ sich eine Vorschrift nach der anderen um die bestehende Generalnorm, so dass diese hinter ihren zahlreichen „Schutzschilden“ im Hintergrund bleibt. Dies könnte in Folge einer Vielzahl und Verschiedenheit der gesetzlich zu regelnden

⁸³² Vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 29.03.2017 - 2 BvL 6/11, RZ. 42, 110 ff.

⁸³³ Vgl. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 29.03.2017 - 2 BvL 6/11, RZ. 127 ff.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Szenarien begründet liegen, die Verlustverrechnungsbeschränkungen abdecken (sollen). Außerdem könnte die Vielzahl von aktuellen Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung auch durch ein ständiges Nachbessern des Gesetzgebers bei bereits bestehenden Normen herbeigeführt worden sein. Es könnte sein, dass die steuerlichen Verlustverrechnungsnormen dem Besteuerungsziel evolutorischer Gleichmäßigkeit der Besteuerung entgegenstehen. Ausgehend von dieser Hypothese lautet daher die dieser Arbeit zu Grunde liegende Forschungsfrage, wie in den Kapiteln 1 und 2 erläutert, ob die steuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften der §§ 15a EStG, 15b EStG (bzw. 2b EStG a. F.) und 8c KStG (bzw. 8 Abs. 4 KStG a. F.) im Sinne einer evolutorischen Gleichmäßigkeit der Besteuerung adäquat ausgestaltet sind.

Eine Verlustverrechnungsbeschränkung genügt diesem Besteuerungsziel, wenn sie nicht zu einer der in Kapitel 5.3 beschriebenen Ausprägungen einer ungleichmäßigen Besteuerung führt. Eine ungleichmäßige Besteuerung kann bei den hier betrachteten steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen, wie in Kapitel 5.3 ausführlich erläutert, insbesondere in Form von Totalbemessungsgrundlageneffekten bestehen. Demnach würde eine gleiche Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu einer ungleichen steuerlichen Verlustverrechnung führen und/oder eine ungleiche Minderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eine gleiche steuerliche Verlustverrechnung zur Folge haben. Eine gleichmäßige Besteuerung setzt außerdem voraus, dass gleiche Sachverhalte eine gleiche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweisen, die sich durch eine Entscheidung hinsichtlich des Bezugsobjekts, Bezugsobjekts, des Bezugszeitraums und des Realisierungsgrads wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit konkretisiert. Mit der Konkretisierung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind gesetzgeberische Grundlagenentscheidungen verbunden. Wie in Kapitel 5.3 erläutert, ist es für eine gleichmäßige Besteuerung im hier verstandenen Sinne erforderlich, dass diese Grundlagenentscheidungen konsistent in die Einzelnormen einbezogen werden. Einer ungleichmäßigen Besteuerung stehen steuerliche Verlustverrechnungsvorschriften entgegen, die dem Steuerpflichtigen Interpretationsspielraum lassen. Besteht bei einer gesetzlichen Regelung zur steuerlichen Verlustverrechnung Interpretationsspielraum, ist zu erwarten, dass ein subjektiv rational agierender Steuerpflichtiger im Rahmen seiner Kenntnisse über die Steuergesetze und im Rahmen der möglichen Interpretationen der gesetzlichen Regelungen versucht, sein erwartetes Einkommen nach Steuern zu maximieren, indem er gezielt eine möglichst umfangreiche steuerliche Verlustverrechnung vornimmt.

Wie in den Kapitel 2 und 5 erläutert, ist eine gleichmäßige Besteuerung im Rahmen der vorliegenden Analyse nicht als Gleichgewichtszustand definiert, sondern ergibt sich als immerwährender Lern- und Anpassungsprozess zwischen Gesetzgeber und Steuerpflichtigem. Dieser Prozess ergibt sich aus den seitens des Gesetzgebers identifizierten Steuerausweichentscheidungen der Steuerpflichtigen und den darauffolgenden gesetzgeberischen Reaktionen.

Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen

Die Analyse erfolgte auf Grundlage des in den Kapiteln 2 und 5 beschriebenen kritisch-rationalistischen Wissenschaftsverständnisses. Dies bedeutet, dass Argumente, ob eine bestimmte Verlustverrechnungsvorschrift für eine gleichmäßige Besteuerung erforderlich oder nicht erforderlich ist, vorgetragen und kritisch reflektiert werden. Es wurde dabei berücksichtigt, dass eine Empfehlung für eine bestimmte Regelung nur dann gegeben werden kann, wenn diese Regelung auch realisierbar ist.

Zur Beantwortung der Forschungsfrage und Vorbereitung der rechtskritischen Analyse wurde in den Kapiteln 3 und 4 eine umfangreiche rechtsdogmatische Analyse der steuerrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf die Bewertung des Gesetzgebers bezüglich gleicher und ungleicher Sachverhalte vorgenommen. Dabei wurde insbesondere der Gesamtkontext der Vorschriften, wie deren Einbindung in das steuerliche Verlustverrechnungssystem und ihre historische Entwicklung, mit in die Betrachtung einbezogen, um eine Definition eines steuerlichen Verlusts *de lege lata* herausarbeiten zu können.

Es zeigte sich in Kapitel 3.2, dass ein steuerlicher Verlust ermittlungstechnisch und inhaltlich verschiedene Dimensionen aufweisen kann. Steuerliche Verluste sind gesetzlich nicht definiert. Sie können sich als negativer Saldo auf verschiedenen Stufen der steuerlichen Gewinnermittlung ergeben und lassen sich hinsichtlich ihrer territorialen, personalen, zeitlichen und wirtschaftlichen Zuordnung systematisieren. Die Systematisierung steuerlicher Verlustverrechnungsvorschriften führte in Kapitel 3.2 zu dem Ergebnis, dass die steuerliche Verlustverrechnung auf den verschiedenen Stufen der steuerlichen Gewinnermittlung beschränkt wird. Die Vorschriften lassen sich ausgehend davon in vier verschiedene Stufen systematisieren: Abgrenzung steuerbarer von nicht steuerbaren Einkünften und Abgrenzung steuerfreier Einkünfte (Stufe 1), Abzugsbeschränkungen bei der steuerlichen Gewinnermittlung (Stufe 2), spezialgesetzliche Verlustverrechnungsvorschriften (Stufe 3) und allgemeine Verrechnungsbeschränkungen (Stufe 4). Dabei greifen insbesondere die spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen die Abgrenzungsproblematik eines steuerlichen Verlusts auf, indem sie Kriterien hinsichtlich der personalen und wirtschaftlichen Zuordnung eines Verlusts beinhalten. Die verschiedenen möglichen Dimensionen eines steuerlichen Verlusts und die Definitionsansätze aus der Systematisierung der steuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften verdeutlichen die im aktuellen Gesetz bestehende Abgrenzungsproblematik eines steuerlichen Verlusts.

Des Weiteren zeigte die rechtsdogmatische Analyse in Kapitel 4, dass der Steuer- gesetzgeber im Rahmen von Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerlichen Mantelkäufen konzeptionelle Steuerausweichentscheidungen der Steuerpflichtigen sieht. Infolgedessen wurden für derartige Konzepte seitens des Gesetzgebers spezial- gesetzliche Vorschriften implementiert, die zu einer weiteren Beschränkung der Verlustverrechnung bei Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerlichen Mantel- käufen führen.

Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen

Wie in Kapitel 4.1 gezeigt, fungieren Verlustzuweisungsgesellschaften in der Regel als Personengesellschaften und weisen den beschränkt haftenden Gesellschaftern im Rahmen der steuerlichen Vorschriften gezielt Aufwand zu, der bei diesen im Rahmen der allgemeinen Verlustverrechnungsvorschriften mit anderen Einkünften verrechnet werden könnte, sofern keine spezialgesetzlichen Vorschriften bestehen.

Ein steuerlicher Mantelkauf zeichnet sich, wie in Kapitel 4.2 erläutert, durch eine umfangreiche Übertragung von Anteilen an einer unternehmens- und vermögenslosen Kapitalgesellschaft aus und zielt auf eine Verrechnung des bestehenden steuerlichen Verlustvortrags durch den neuen Anteilseigner ab, die im Rahmen der allgemeinen Verlustverrechnungsvorschrift ohne spezialgesetzliche Norm möglich wäre.

Im Rahmen der rechtskritischen Analyse des Kapitels 6 wurde daher der Frage nachgegangen, ob die seitens des Gesetzgebers identifizierten Steuerausweichentscheidungen der Steuerpflichtigen Ausdruck einer ungleichmäßigen Besteuerung sind. Damit war zu klären, inwieweit im Rahmen der spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsvorschriften zur Sanktionierung von Verlustzuweisungsgesellschaften und steuerlichen Mantelkäufen eine ungleichmäßige Besteuerung vorliegt.

Die Analyse in Kapitel 6 zeigt, dass die spezialgesetzlichen Vorschriften insbesondere daraus resultieren, dass der Gesetzgeber nicht die erforderlichen Grundlagen für eine gleichmäßige steuerliche Verlustverrechnung schafft. Dies liegt begründet in der Formulierung von unmittelbar ungleichmäßigen gesetzlichen Normen, einer nicht konsistenten Umsetzung von gesetzgeberischen Grundlagensentscheidungen und von Interpretationsspielraum bei den gesetzlichen Regelungen. Demnach führen die spezialgesetzlichen Vorschriften zu einer ungleichmäßigen steuerlichen Verlustverrechnung. Das Ergebnis der Analyse wird dazu, unterteilt hinsichtlich der steuerlichen Verlustverrechnung bei Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften, in den beiden nachfolgenden Kapiteln zusammengefasst.

6.3.2 Steuerliche Verlustverrechnung bei Personengesellschaften

Die steuerliche Verlustverrechnung bei Personengesellschaften richtet sich auf Grundlage der aktuellen Gesetzeslage insbesondere nach den Vorschriften der §§ 10d EStG, 10a GewStG sowie den Vorschriften der §§ 15a EStG und 15b EStG. Wie in Kapitel 4.4 erläutert, sieht § 15a EStG eine Beschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Gesellschaftern mit beschränkter Haftung vor. Die Beschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung erfolgt ausschließlich auf Ebene des beschränkt haftenden Gesellschafters. Die im Rahmen eines Verlusts erfolgte Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird den Gesellschaftern der Personengesellschaft, sofern es sich um natürliche Personen handelt, zugewiesen. Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bei dieser Vorschrift ausgehend von einem methodologischen Individualismus ein individualistisches Unternehmensverständnis vertritt. Wie in Kapitel 4.5 gezeigt, nimmt § 15b EStG eine

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Differenzierung zwischen den Einkünften einer Personengesellschaft und den Einkünften einer Verlustzuweisungsgesellschaft vor. Sofern besondere Kriterien greifen, führt diese Differenzierung bei der Verlustverrechnung von Verlustzuweisungsgesellschaften zu einem Ausschluss der allgemein anwendbaren Regelungen des § 10d EStG und des § 10a GewStG. Die Differenzierung ist insofern mit einer unterschiedlichen steuerlichen Behandlung verbunden. Im Rahmen der Vorschrift des § 15b EStG erfolgt dadurch auch eine Beschränkung der steuerlichen Verlustverrechnung beim Gesellschafter der Personengesellschaft. Die im Rahmen eines steuerlichen Verlusts verminderte wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wird insofern den Gesellschaftern der Personengesellschaft, sofern es sich um natürliche Personen handelt, zugeordnet. Die Höhe der Beschränkung richtet sich nach Kriterien, die sich auf die Ebene der Personengesellschaft beziehen. Hinsichtlich des seitens des Gesetzgebers vertretenen Unternehmensverständnisses könnte dies als ein von einem methodologischen Individualismus ausgehendes, tendenziell institutionales Unternehmensverständnis gesehen werden.

Im Sinne einer gleichmäßigen Besteuerung wäre eine verhältnismäßig unterschiedliche steuerliche Behandlung dann erforderlich, wenn eine entsprechende unterschiedliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vorliegt. Die Überlegung, dass in Bezug auf die Zuordnung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bei Annahme eines methodologischen Individualismus bei Personengesellschaften grundsätzlich korporative Elemente einzubeziehen sein könnten, wurde in Folge der gerade dargestellten gesetzgeberischen Entscheidungen hinsichtlich des Unternehmensverständnisses nicht erneut aufgegriffen. Vielmehr wurde auf Grundlage der vorliegenden gesetzgeberischen Grundlagenentscheidungen überprüft, ob die §§ 15a EStG und 15b EStG gleichmäßige steuerliche Normen darstellen.

Im Rahmen der hier durchgeführten Analyse konnten keine Argumente dafür gefunden werden, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer vom Gesetzgeber als Verlustzuweisungsgesellschaft eingestuften Personengesellschaft sich dem Grunde nach von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einer anderen Personengesellschaft unterscheidet. Diese Einschätzung ergibt sich nach einem in Kapitel 6.1 durchgeführten Vergleich der Art der Einkünfte von sogenannten Verlustzuweisungsgesellschaften und anderen Personengesellschaften sowie einem Vergleich der diesen Personengesellschaften jeweils zu Grunde liegenden betrieblichen Konzepte.

Hinsichtlich des in Kapitel 6.1.1 vorgenommenen, auf die Art der Einkünfte ausgerichteten Vergleichs ist festzuhalten, dass die Definition steuerlicher Einkünfte im aktuellen Einkommensteuergesetz insbesondere mit der Definition der Gewinnerzielungsabsicht verbunden ist. Die Definition von Gewinnerzielungsabsicht bzw. die Kriterien steuerlicher Einkünfte fungieren dadurch im Rahmen des aktuellen Einkommensteuergesetzes implizit als steuerliche Verlustverrechnungsvorschrift und

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

können einer Verlustverrechnungsvorschrift der Stufe 1 zugeordnet werden.⁸³⁴ Sollte eine gesetzgeberische Differenzierung in dieser Form gewünscht sein, dürfte diese nicht zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen.

Das in Kapitel 6.1.1 beschriebene, aktuell vertretene Verständnis der Gewinnerzielungsabsicht schließt bereits die Einkünfte solcher Investitionen von einer steuerlichen Verrechnung aus, die allein mit dem Ziel eines steuerlichen Vorteils eingegangen wurden. Rein steuerlich motivierte Gesellschaften können insofern keine steuerlichen Verluste erzielen und diese einer steuerlichen Berücksichtigung zuführen. Es erscheint somit zumindest fraglich, wozu weitere Vorschriften für eine Sanktionierung der steuerlichen Verlustverrechnung von rein steuerlich motivierten Investments gebraucht werden. Es müsste demnach noch andere Argumente geben, die die Existenz der Vorschrift des § 15a EStG und § 15b EStG stützen.

Hinsichtlich der in Kapitel 6.1.1 vorgenommenen Analyse der betrieblichen Konzepte von Verlustzuweisungsgesellschaften und anderen Personengesellschaften ist festzuhalten, dass es keine erkennbaren Gründe gibt, warum das „Geschäftsmodell“ einer hohen Nachsteuerrendite von anderen Geschäftsmodellen steuerlich abzugrenzen ist. Die Ausrichtung des betrieblichen Konzepts auf steuerliche Fördermaßnahmen oder die gezielte Inanspruchnahme bestimmter steuerlicher Vorschriften machen keine steuerliche Ungleichbehandlung im Vergleich zu Gesellschaften mit anderen betrieblichen Konzepten erforderlich. Sind dem Gesetzgeber die aus einer steuerlichen Fördermaßnahme resultierenden steuerlichen Vorteile zu umfassend, müsste eine Begrenzung dieser bei der Formulierung der steuerlichen Fördermaßnahme ansetzen, aber nicht bei der steuerlichen Verlustverrechnung.

Die Analyse in Kapitel 6.1.1 hat außerdem gezeigt, dass eine differenzierte steuerliche Behandlung der Einkünfte von Verlustzuweisungsgesellschaften und anderen Personengesellschaften einer synthetischen Einkommensdefinition widerspricht. Einer solchen Einkommensdefinition folgt das deutsche Einkommensteuergesetz jedoch (weitgehend). In Folge dieser Differenzierung wird demnach eine Grundlagenentscheidung des Gesetzgebers nicht konsistent in den Einzelregelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung fortgeführt. Die vorgenannte Differenzierung ist demnach als Argument für eine ungleichmäßige Besteuerung zu sehen.

Als Ergebnis der Analyse in Kapitel 6.1.1 ist außerdem festzuhalten, dass es für eine gleichmäßige Besteuerung im Sinne einer konsistenten Umsetzung von Grundlagenentscheidungen des Gesetzgebers auch erforderlich ist, dass die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen und die steuerlichen Verlustverrechnungsregelungen aufeinander abgestimmt sind. So wäre im Rahmen der Abstimmung von Einzelnormen auszuschließen, dass bei einem Investment in Form einer Beteiligung als beschränkt haftender Gesellschafter an einer Personengesellschaft sowohl eine

⁸³⁴ Vgl. dazu Abbildung 3.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

unbeschränkte steuerliche Verlustverrechnung als auch eine steuerfreie Veräußerung des Investments möglich sind.

Es zeigt sich insofern, dass die Definition steuerlicher Einkünfte, die damit verbundene Definition der Gewinnerzielungsabsicht, die Entscheidung für eine synthetische Besteuerung von Einkünften und die Formulierung steuerlicher Vorschriften zur Besteuerung von Veräußerungsgewinnen bei Anteilen von Personengesellschaften untrennbar miteinander verknüpft sind. Für eine gleichmäßige Besteuerung ist es erforderlich, dass der Gesetzgeber seine Grundlagenentscheidungen bei diesen zusammenhängenden Normen konsistent einbezieht.

Als Ergebnis der rechtskritischen Analyse in Kapitel 6.1.2 lassen sich in Bezug auf die konkreten steuerlichen Vorschriften zur Verlustverrechnung die nachfolgenden Aspekte festhalten.

Wie in Kapitel 6.1.2 gezeigt, kann die für die steuerliche Verlustverrechnung bei Personengesellschaften anwendbare Vorschrift des §15a EStG insbesondere als allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkung eingeordnet werden, da sie Elemente enthält, die eine allgemeine Verlustverrechnungsbeschränkung für Personengesellschaften regeln muss. Das betrifft insbesondere die Festlegung einer Höhe, bis zu der ein beschränkt haftender Gesellschafter einen Verlust steuerlich verrechnen darf. Die im Rahmen der Vorschrift des § 15a EStG festgelegte Orientierung am Kapitalkonto könnte dazu eine Alternative darstellen, gleichwohl wäre aber auch eine Orientierung an alternativen Bezugsgrößen denkbar. Bei der Ausgestaltung einer Vorschrift zur steuerlichen Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Gesellschaftern ist zu berücksichtigen, dass diese konsistent zu anderen Vorschriften ausgestaltet sind. Dies betrifft insbesondere eine Regelung, wie über die Höhe des Kapitalkontos eines beschränkt haftenden Gesellschafters hinausgehende steuerliche Verluste zu berücksichtigen sind. Diese führen erst zukünftig zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Eine Regelung zur steuerlichen Verrechnung derartiger Verluste müsste konsistent zu anderen Regelungen zur steuerlichen Verrechnung vergleichbarer Verluste sein.

Bei der Ausgestaltung der Norm wäre zu berücksichtigen, dass die aktuell geregelte Ausrichtung der steuerlichen Verlustverrechnung auf das Kapitalkonto auch kritisch betrachtet werden kann. Gleichwohl setzt die aktuelle Vorschrift die gesetzgeberische Grundlagenentscheidung hinsichtlich der steuerlichen Berücksichtigung von noch nicht entstandenen Verlusten konsistent fort, indem wirtschaftlich noch nicht entstandene Verluste noch keiner steuerlichen Berücksichtigung zugeführt werden. Dies ist als Argument für eine gleichmäßige Besteuerung im Rahmen der aktuellen Vorschrift zu sehen. Andererseits lässt sich Anpassungsbedarf bei der Vorschrift in Bezug auf die Regelung bei nachträglichen Einlagen und die Definitionen der verwendeten Begrifflichkeiten anführen.

Es sind dagegen keine Argumente erkennbar, dass die Vorschrift des § 15b EStG für eine gleichmäßige Besteuerung in Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung bei Personengesellschaften erforderlich ist. Argumente, dass eine differenzierte steuerliche Verlustverrechnung bei vom Gesetzgeber als Verlustzuweisungsgesellschaften eingeordneten Gesellschaften und anderen Personengesellschaften benötigt wird, ergaben sich nicht.

6.3.3 Steuerliche Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften

Die Vorschrift zur Beschränkung eines bestehenden Verlustvortrags bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen dürfte nur dann Bestand im Gesetzesgefüge haben, wenn es Argumente dafür gibt, dass die Vorschrift für eine evolutiv gleichmäßige Besteuerung erforderlich ist.

Die Analyse in den Kapiteln 6.2.2 und 6.2.3 zeigt, dass sich sowohl Argumente dafür finden lassen, dass die Vorschrift des § 8c KStG eine allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift ist, als auch Argumente dafür vorliegen, dass sie eine spezialgesetzliche Verlustverrechnungsvorschrift darstellt. Die Ausgestaltung der Vorschrift deutet auf die Formulierung einer allgemeinen Regelung hin, während die Historie der Regelung auf eine spezialgesetzliche Vorschrift schließen lässt.

Wie in Kapitel 4.6 sowie Tabelle 9 gezeigt, erfasst die Vorschrift in Abhängigkeit der Höhe des übertragenen Anteils grundsätzlich sämtliche Übertragungsvorgänge und hat demnach die Ausrichtung auf sogenannte steuerliche Mantelkäufe eingebüßt. Damit gleicht die Vorschrift einer allgemeinen Verlustverrechnungsnorm für Kapitalgesellschaften.

Hinsichtlich der rechtskritischen Analyse der Vorschrift ist zu differenzieren, ob diese eine allgemeine körperschaftsteuerliche Vorschrift zur Verlustverrechnung darstellt oder ob mit der Vorschrift die Weiterführung einer spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsbeschränkung bei Mantelkäufen intendiert ist, die möglicherweise nur über „ihr Ziel hinausgeschossen ist“ und dadurch einen erweiterten Anwendungsbereich umschließt. In Abhängigkeit von dieser Einordnung wurde demnach in den Kapiteln 6.2.2 und 6.2.3 analysiert, ob die Vorschrift als spezialgesetzliche Regelung einer gleichmäßigen Besteuerung entspricht, oder, ob sie als allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift für eine gleichmäßige Besteuerung erforderlich ist.

Die Formulierung einer spezialgesetzlichen Vorschrift zur Beschränkung der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung bei Anteilseignern wäre dann erforderlich, wenn die mit dieser Regelung sanktionierte Konstellation einer besonderen steuerlichen Behandlung bedarf, um eine gleichmäßigen Besteuerung zu gewährleisten. Wie in Kapitel 6.2.2 erläutert, bezieht sich die Vorschrift des § 8c KStG jedoch nicht auf eine besondere Konstellation. Eine Fokussierung der Vorschrift auf steuerliche Mantelkäufe, wie noch von der Vorgängervorschrift vorgenommen, besteht aktuell nicht mehr. Dies ist als deutliches Argument gegen die

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Einordnung als spezialgesetzliche Vorschrift zu sehen und macht eine Diskussion der aktuellen Regelung des § 8c KStG als spezialgesetzliche Verlustverrechnungsvorschrift nahezu hinfällig. Da die Regelung des § 8c KStG jedoch historisch gesehen auf eine spezialgesetzliche Verlustverrechnungsvorschrift in Bezug auf steuerliche Mantelkäufe zurückzuführen ist, wurde im Rahmen der Analyse des Kapitels 6.2.2 diskutiert, ob es für eine gleichmäßige Besteuerung erforderlich ist, eine spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkung bei steuerlichen Mantelkäufen vorzunehmen.

Die Analyse des Kapitels 6.2.2 hinsichtlich der Ausgestaltung einer spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsbeschränkung bei steuerlichen Mantelkäufen führt zu folgendem Ergebnis:

Bei der Ausgestaltung einer Verlustverrechnungsregelung für Kapitalgesellschaften besteht die Problematik der Zuordnung eines steuerlichen Verlusts. Eine solche Zuordnung müsste jedoch gewährleistet sein, um die Voraussetzungen zur Herstellung einer Personenidentität zu schaffen. Abgesehen davon kann eine Vorschrift, die die Verlustverrechnung bei besonderen Übertragungen von Kapitalgesellschaften formuliert, nicht allein, sondern nur in enger Abstimmung mit den anderen steuerlichen Vorschriften, die bei der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen Anwendung finden, definiert werden.

Ein steuerlicher Mantelkauf stellt per se keine besonders zu sanktionierende steuerliche Konstellation dar. Die gezielte Herbeiführung der Konstellation eines steuerlichen Mantelkaufs erfordert keine besondere steuerliche Behandlung in Folge der gezielten Herbeiführung der Besteuerungsfolgen, da die Besteuerung gemäß § 38 AO an objektiviert nachprüfbareren Tatsachen auszurichten ist. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass in Folge der gezielten Herbeiführung die rechtliche von der wirtschaftlichen Konstellation abweichen kann.

Wirtschaftlich ist die Konstellation eines steuerlichen Mantelkaufs mit einer Liquidation mit anschließender Neugründung zu vergleichen. Weichen die steuerlichen Folgen eines Sachverhalts von den steuerlichen Folgen ab, die sich bei einem Vorgang mit vergleichbarer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeben, wäre dies als ungleiche steuerliche Behandlung gleicher wirtschaftlicher Sachverhalte einzuordnen. Zur Wahrung einer gleichmäßigen Besteuerung wären die steuerlichen Ungleichbehandlungen zu korrigieren, so dass Sachverhalte mit vergleichbarer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit auch einer steuerlich gleichen Behandlung zugeführt werden. Demnach müssten die Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Liquidationen mit den Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Mantelkäufen vergleichbar sein. Auf Grundlage der aktuellen Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Liquidationen würde dies einer Verlustübertragung auf die neue Gesellschaft entgegenstehen. Die aktuell geltende Rechtslage zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Liquidationen, die kritisch gesehen werden kann, wurde im Rahmen der Analyse nicht weiter hinterfragt.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Ob eine spezialgesetzliche Vorschrift zur steuerlichen Verlustverrechnung bei steuerlichen Mantelkäufen erforderlich ist, kann daher nur in Abhängigkeit von der Betrachtung der allgemeinen Regelung zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Kapitalgesellschaften beantwortet werden. Dass die aktuelle Regelung des § 8c KStG jedoch der Ausgestaltung als spezialgesetzliche Vorschrift zur Sanktionierung der Verlustverrechnung bei steuerlichen Mantelkäufen entgegensteht, lässt sich bereits dadurch erkennen, dass die Vorschrift sämtliche Anteilsübertragungsvorgänge erfasst, sofern keine besondere Ausnahme greift.

Die Analyse in Kapitel 6.2.2 hat demnach gezeigt, dass eine spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkung in Form des § 8c KStG für eine gleichmäßige Besteuerung nicht erforderlich ist, sondern damit in Konflikt steht. Das Körperschaftsteuergesetz benötigt vielmehr eine allgemeine Verlustverrechnungsnorm. Der pauschale Verweis im Körperschaftsteuergesetz auf die Anwendung der Grundsätze des Einkommensteuergesetzes hinsichtlich der steuerlichen Verlustverrechnung lässt Interpretationsspielraum, der zu einer Problematik hinsichtlich der Zuordnung eines körperschaftsteuerlichen Verlusts führt. Durch die resultierende Abgrenzungsproblematik, wem der steuerliche Verlust zuzuordnen ist, dem Anteilseigner oder der Gesellschaft, ergeben sich Unklarheiten in Form von Interpretationsspielräumen bei der Beurteilung der für eine steuerliche Verlustverrechnung erforderlichen Personenidentität.

Im Sinne einer gleichmäßigen Besteuerung müsste eine allgemeine Verlustverrechnungsnorm für Kapitalgesellschaften eine Zuordnung des körperschaftsteuerlichen Verlusts regeln. Dabei wäre zum einen eine Orientierung an dem, dem Körperschaftsteuergesetz zu Grunde liegenden Unternehmensverständnis erforderlich. Zum anderen wäre eine Abstimmung mit wirtschaftlich vergleichbaren Vorgängen vorzunehmen. Im Rahmen der vorangehenden Analyse in Kapitel 6.2.2 wurden entsprechende Abhängigkeiten und Vergleiche betrachtet.

Hinsichtlich der Ausgestaltung einer allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkung bei Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen lassen sich aus der Analyse in Kapitel 6.2.3 folgende Ergebnisse festhalten. Die Entscheidung in Bezug auf die Zuordnung eines körperschaftsteuerlichen Verlusts ist grundlegend in Bezug auf die Ausgestaltung einer Vorschrift, die die steuerliche Verlustverrechnung bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen regeln soll. Erst wenn deutlich ist, wem ein körperschaftsteuerlicher Verlust zugehörig ist, kann postuliert werden, wessen Identität für eine steuerliche Verrechnung des Verlusts gewahrt sein muss. Das aktuelle Körperschaftsteuersystem enthält keine Regelung hinsichtlich der Zuordnungsentscheidung eines steuerlichen Verlusts einer Kapitalgesellschaft. Eine solche Zuordnungsentscheidung kann nicht losgelöst getroffen werden, sondern ist an die Ausgestaltung des Körperschaftsteuersystems und das dort zu Grunde gelegte Unternehmensverständnis gebunden. Gleichwohl ist dem aktuellen Körperschaftsteuersystem keine Positionierung für ein bestimmtes Unternehmensverständnis zu entnehmen. Daher wurden im Rahmen der Analyse mögliche Alternativen in Bezug

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

auf ein Unternehmensverständnis bei Kapitalgesellschaften und ihre Folgen für die steuerliche Verlustverrechnung gezeigt. Davon ausgehend lassen sich die nachfolgenden Aspekte festhalten.

Ein von einem individualistischen Unternehmensverständnis geprägtes Körperschaftsteuersystem würde eine Zuordnung des steuerlichen Verlusts zu den Anteilseignern implizieren. Wird ein institutionales Unternehmensverständnis vertreten, bedeutet dies eine Zuordnung des steuerlichen Verlusts zur Gesellschaft. Die Entscheidung für ein Unternehmensverständnis erfordert auch eine Positionierung bei der methodologischen Fundierung des Unternehmensverständnisses. Bei der Entscheidung für einen methodologischen Individualismus ist es auch möglich, den Einbezug von korporativen Elementen, die an ein institutionales Unternehmensverständnis angelehnt sind, zu vertreten. Bei einer solchen Unternehmenssichtweise könnte auf Grundlage eines methodologischen Individualismus dennoch eine (tendenzielle) Zuordnung des steuerlichen Verlusts zur Kapitalgesellschaft vorgenommen werden.

Wie in Kapitel 4.6 erläutert, unterstellt die aktuelle Vorschrift des § 8c KStG in ihrer Grundregel, dass für eine Verlustverrechnung die Identität der Anteilseigner unverändert bleiben muss. Daraus könnte geschlossen werden, dass ein individualistisches Unternehmensverständnis, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht, vorliegt. Auf Grundlage eines solchen Unternehmensverständnisses dürfte jedoch keine Beschränkung der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung bestehen, da dies einer gleichmäßigen Besteuerung entgegenstehen würde. Alternativ wäre eine letztmalige Verrechnungsmöglichkeit eines steuerlichen Verlusts bei den bisherigen Anteilseignern erforderlich. Eine solche letztmalige Verrechnungsmöglichkeit vor der Anteilsübertragung könnte sich an die Konzeption der bei beschränkt haftenden Gesellschaftern anwendbaren Vorschrift des § 15a EStG anlehnen. Diese Vorschrift regelt die steuerliche Verlustverrechnung bei einem beschränkt haftenden Gesellschafter einer Personengesellschaft und orientiert sich dabei weitgehend an der Höhe der individuellen Anschaffungskosten.⁸³⁵ Eine solche Konzeption wäre jedoch zumindest bei Kapitalgesellschaften mit zahlreichen Anteilseignern nicht umsetzbar, da die jeweiligen Anschaffungskosten der Anteilseigner nicht immer bekannt sind.

Die im Rahmen des § 8c KStG geregelten Ausnahmenvorschriften zeigen ein tendenziell institutionales Unternehmensverständnis, indem eine steuerliche Verlustverrechnung an die Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs der Kapitalgesellschaft gebunden ist. Diese Einschätzung wird durch Einfügung der Ausnahmereglung des § 8d KStG verstärkt, indem für eine Weiternutzung eines Verlustvortrags eine weitgehend unveränderte Fortführung des relevanten wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erforderlich ist.

⁸³⁵ Vgl. Ausführungen zur Vorschrift des § 15a EStG in Kapitel 4.4.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Wie in Kapitel 6.2.3 gezeigt, lassen sich insofern Argumente dafür finden, dass die aktuelle Regelung einem institutionalen Unternehmensverständnis folgt, aber auch Argumente dafür finden, dass diese Züge eines individualistischen Unternehmensverständnisses aufweisen. Dies zeigt, dass der Regelung zur steuerlichen Verlustverrechnung bei Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen keine Entscheidung für ein individualistisches Unternehmensverständnis als Ausdruck eines methodologischen Individualismus oder ein institutionales Unternehmensverständnis als Ausdruck eines methodologischen Holismus zu entnehmen ist.

Die bei einem individualistischen Unternehmensverständnis als Ausdruck eines methodologischen Individualismus erforderliche unbeschränkte Übertragungsmöglichkeit eines körperschaftsteuerlichen Verlusts im Rahmen eines Anteilseignerwechsels würde jedoch bei Konstellationen, die wirtschaftlich einer Liquidation mit einer anschließenden Neugründung gleichen, auf Grundlage des aktuellen Körperschaftsteuerrechts zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen. Eine Übertragung eines beim liquidierten Unternehmen bestehenden körperschaftsteuerlichen Verlusts auf das neue Unternehmen ist aktuell nicht zulässig, so dass vergleichbare Konstellationen zu unterschiedlichen Besteuerungsfolgen führen würden. Unter der Annahme, dass die Besteuerung einer Liquidation nach unveränderten Vorschriften vollzogen wird, wäre diese Ungleichmäßigkeit im Rahmen einer spezialgesetzlichen Vorschrift zu korrigieren. Diese Vorschrift müsste vorsehen, dass eine Übertragung eines bestehenden steuerlichen Verlustvortrags auf einen neuen Anteilseigner nur dann möglich ist, wenn es sich nicht um die Konstellation eines steuerlichen Mantelkaufs bzw. einer Liquidation mit anschließender Neugründung handelt. Allerdings gilt es bei der Formulierung einer spezialgesetzlichen Vorschrift zu berücksichtigen, dass diese einem individualistischen Unternehmensverständnis als Ausdruck eines methodologischen Individualismus widersprechen würde.

Bei Rückgriff auf eine im methodologischen Individualismus fundierte institutionale Unternehmenssichtweise könnten korporative Elemente der für eine Kapitalgesellschaft handelnden Individuen berücksichtigt werden. Dergestalt wäre es möglich, den steuerlichen Verlust einer Kapitalgesellschaft nicht ausschließlich den Anteilseignern zuordnen zu müssen, sofern es sich bei diesen um natürliche Personen handelt. Vielmehr wäre auch eine (tendenzielle) Zuordnung des steuerlichen Verlusts zum Unternehmen möglich. Diese könnte vorsehen, den steuerlichen Verlust mit der Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs eines Unternehmens zu verknüpfen.

Es wäre dann eine Typisierung der Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs erforderlich. Eine solche Typisierung könnte in Analogie zu den Kriterien der Regelung des § 8 Abs. 4 KStG a. F. gesehen werden. Wie in Kapitel 4.6 beschrieben, verknüpfte die Regelung eine steuerliche Verlustverrechnung bei Übertragungsvorgängen von Kapitalgesellschaftsanteilen mit der rechtlichen und wirtschaftlichen Identität der Kapitalgesellschaft. Gleichwohl hatte die Vorschrift in

Folge ihrer unbestimmten und streitanfälligen Formulierung keinen Bestand im Gesetz und wurde durch die Regelung des § 8c KStG ersetzt. Letztlich wäre es allerdings erforderlich, eine Verbesserung der Formulierung des § 8 Abs. 4 KStG a. F. vorzunehmen, die sich insbesondere an Erfahrungswerten anderer Steuersysteme orientieren könnte. Mit § 8d KStG verbindet der Gesetzgeber die steuerliche Verlustberücksichtigung mit einer Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. Die im Rahmen der Vorschrift erfolgte normspezifische Typisierung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs auf Grundlage qualitativer Merkmale erscheint jedoch, wie in Kapitel 6.2.3 erläutert, fragwürdig. Die in der Regelung des § 8d KStG vorgenommene Typisierung der Fortführung eines Geschäftsbetriebs weist Interpretationsspielraum auf. Damit ist eine hohe Streitanzahl bei der Anwendung der Norm zu erwarten. Dies würde zu einer ungleichmäßigen Besteuerung im hier verstandenen Sinne führen. Es wäre vielmehr erforderlich, die Typisierung der Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs auf Grundlage quantitativer Merkmale vorzunehmen.

Außerdem hat die Analyse mehrfach gezeigt, dass die Ausgestaltung einer gleichmäßigen steuerlichen Verlustverrechnung nur mit Einbezug des gesamten Steuersystems möglich ist. Der Gesetzgeber muss dazu bestimmte Grundlageneinscheidungen treffen, an denen sich die Einzelregelungen ausrichten. Ohne diese grundlegenden Entscheidungen, an denen sich sämtliche Einzelregelungen orientieren, kommt es zu einer ungleichmäßigen Besteuerung in Form einer inkonsistenten Berücksichtigung grundlegender gesetzgeberischer Entscheidungen. Es wäre demnach eine Abstimmung mit anderen Einzelnormen vorzunehmen. Dies betrifft insbesondere auch die gesetzgeberische Definition der Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs.

6.4 Steuergestaltungsempfehlung zur Ableitung von Verlustverrechnungsbeschränkungen de lege ferenda

6.4.1 Allgemeine Hinweise

Hinsichtlich der aktuellen Verlustverrechnungsvorschriften, insbesondere den spezialgesetzlichen Verlustverrechnungsnormen in Form der §§ 15a EStG, 15b EStG (bzw. 2b EStG a. F.) und 8c KStG (bzw. 8 Abs. 4 KStG a. F.) hat die Analyse der Kapitel 6.1, 6.2 und 6.3 gezeigt, dass diese nicht zu einer evolutiven Gleichmäßigkeit der Besteuerung führen. Bei der Vielzahl von Gesetzesänderungen und dem Wunsch, Gefahren für den Staatshaushalt abzuwenden, ist dem Gesetzgeber der Blick für gleichmäßige Normen verloren gegangen.

Ausgehend von der Formulierung von Kriterien hinsichtlich der Ermittlung und inhaltlichen Kategorisierung eines steuerlichen Verlusts ist eine Erweiterung der allgemeinen Verlustverrechnungsnorm um rechtsformspezifische Besonderheiten vorzunehmen. Die Empfehlung eines Einbezugs rechtsformspezifischer Besonderheiten unterstellt, dass die gegenwärtige Ausgestaltung des Steuerrechts als

rechtsformabhängiges Besteuerungssystem im Rahmen der Arbeit nicht in Frage gestellt wird. Wie zu Beginn dieser Arbeit bereits erläutert, wird das aktuelle rechtsformabhängige Besteuerungssystem vielmehr als fester Rahmen der vorliegenden Analyse verstanden.

Mit der Empfehlung, rechtsformspezifische Besonderheiten bei der Formulierung einer allgemeinen Verlustverrechnungsnorm zu berücksichtigen, ist auch der Hinweis verbunden, eine kritische Reflektion der aktuellen gesetzgeberischen Definition steuerlicher Einkünfte bzw. dem Vorliegen von Gewinnerzielungsabsicht vorzunehmen. In Kapitel 6.1 wurde gezeigt, dass die Definition von Gewinnerzielungsabsicht Defizite hinsichtlich der subjektiven Einschätzung und der Ermittlungsweise aufweist.

Wie in Kapitel 6.1.1 und 6.2.2 gezeigt, stehen spezialgesetzliche Verlustverrechnungsvorschriften in Form des § 15b EStG und § 8c KStG im Konflikt mit einer gleichmäßigen Besteuerung. Wie des Weiteren in Kapitel 6.1.2 erläutert, enthält die Vorschrift des § 15a EStG eine Regelung, die in Bezug auf die steuerliche Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Gesellschaftern im Rahmen einer allgemeinen Verlustverrechnungsvorschrift für eine gleichmäßige Besteuerung erforderlich ist. Allerdings entsprechen nicht sämtliche Details der Regelung einer gleichmäßigen Besteuerung. Demnach wären die Regelungen im Detail anzupassen. Für Kapitalgesellschaften wäre, wie in Kapitel 6.2.3 hergeleitet, eine allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift zu implementieren, die sich unter Rückgriff auf den § 8c KStG herleiten ließe. Grundlagenentscheidungen seitens des Gesetzgebers wären für die Formulierung der rechtsformspezifischen allgemeinen Verlustverrechnungsnormen gesetzlich zu normieren und mit anderen Teilbereichen des Besteuerungssystems abzustimmen. Auf Grundlage dieser Analyseergebnisse sind die hier betrachteten Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung einer Überarbeitung zu unterziehen. Dabei sind die in den folgenden Kapiteln dargestellten Aspekte zu berücksichtigen.

6.4.2 Gesetzgeberische Definition eines steuerlichen Verlusts aus ermittlungstechnischer und inhaltlicher Perspektive

Auf Grundlage des vorgelegten Analyseergebnisses muss in die Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung eine gesetzliche Normierung hinsichtlich der ermittlungstechnischen und inhaltlichen Definition eines steuerlichen Verlusts aufgenommen werden.

Ermittlungstechnisch lässt sich ein steuerlicher Verlust als negativer Saldo im Rahmen der steuerlichen Gewinn- und Einkünfteermittlung fassen. Im Gesetz wäre genauer zu definieren, an welcher Stelle der steuerlichen Gewinn- und Einkünfteermittlung dieser negative Saldo, der als steuerlicher Verlust bezeichnet wird, steht. § 10d EStG wäre entsprechend zu ergänzen. Wie in Kapitel 3.1 beschrieben, wird ein

steuerlicher Verlust als negatives Ergebnis der steuerlichen Gewinnermittlung bzw. negatives zu versteuerndes Einkommen gefasst.

Hinsichtlich einer inhaltlichen Bestimmung eines steuerlichen Verlusts wäre zu regeln, welcher Verlust steuerlich verrechnungsfähig ist. Nach dem hier zu Grunde gelegten und in Kapitel 5 ausführlich beschriebenen Besteuerungsziel steuerlicher Gleichmäßigkeit sind Verluste dann steuerlich verrechnungsfähig, wenn diese zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geführt haben. Verluste, die nicht mit einer Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einhergehen, sind dagegen, wie in Kapitel 5.4 dargestellt, von der steuerlichen Verrechnung ausgeschlossen.

6.4.3 Gesetzgeberische Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

Um beurteilen zu können, wann es zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kommt, ist eine Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit erforderlich. Eine Konkretisierung, wann es zu einer Verminderung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kommt, ist abhängig von den grundlegenden Entscheidungen des Gesetzgebers in Bezug auf die Kriterien Realisierungsgrad, Bezugszeitraum, Bezugsobjekt und Bezugssubjekt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, wie in Kapitel 5.4 erläutert wurde. Hinsichtlich dieser gesetzgeberischen Grundlagenentscheidungen wurde folgender Anpassungsbedarf festgestellt:

Es müsste gesetzgeberisch festgelegt sein, wann es zu einer Einkommensrealisierung kommt, um davon ausgehend, die Berücksichtigung von Verlusten konsistent in den Einzelregelungen formulieren zu können. Dies impliziert auch eine Regelung dahingehend, wann ein Verlust wirtschaftlich entstanden ist und einer steuerlichen Berücksichtigung zugeführt werden soll. Ein Verlust ist dann wirtschaftlich entstanden, wenn er eine wirtschaftliche Belastung für den Steuerpflichtigen darstellt. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass Verluste, die den Steuerpflichtigen wirtschaftlich noch nicht belastet haben, von einer steuerlichen Berücksichtigung ausgenommen werden. Wie in Kapitel 5.4 dargestellt, bedeutet wirtschaftliche Belastung, dass zukünftige Ausgaben steuerbilanziell nicht zu berücksichtigen sind, wenn sie in Verbindung zu künftigen Erträgen stehen. Stehen zukünftige Ausgaben dagegen in Verbindung zu Erträgen, die wirtschaftlich bereits entstanden sind, sind sie steuerbilanziell zu berücksichtigen. Die Regelung, dass steuerliche Verluste eines beschränkt haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft bei der Entstehung oder der Erhöhung eines negativen Kapitalkontos nur mit künftigen Gewinnen aus der Beteiligung verrechnet werden können, zeigt sich konsistent zu diesem Grundsatz. Anpassungsbedarf für den Gesetzgeber ergibt sich hinsichtlich des Konkretisierungskriteriums Realisierungsgrad wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit nicht.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Hinsichtlich des Bezugszeitraums wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wird davon ausgegangen, dass sich die Ermittlung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit aus Vereinfachungsgründen stets auf einen bestimmten Zeitraum beziehen muss. Der Gesetzgeber folgt dieser Konkretisierung, indem er die Ermittlung der Besteuerungsgrundlagen und damit die Ermittlung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit jeweils über einen Zeitraum von einem Jahr erstreckt.⁸³⁶

In Bezug auf das dem Steuersystem zu Grunde gelegte Einkommensverständnis muss, wie in Kapitel 5.4 gezeigt, auch festgelegt werden, welches Bezugsobjekt die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit darstellt. Ausgehend vom aktuellen Einkommen- und Körperschaftsteuergesetz wird hier das Einkommen als Bezugsobjekt gewählt. Dabei ist zu bestimmen, ob von einem synthetischen Einkommensverständnis ausgegangen wird, bei dem sämtliche Einkunftsarten gleichwertig behandelt werden oder ob es hinsichtlich der Besteuerung zum Beispiel im Rahmen einer Schedulensteuer zu einer unterschiedlichen Behandlung kommen soll. Wird die Entscheidung für ein synthetisches Einkommensverständnis getroffen, impliziert dies eine Gleichwertigkeit der Einkunftsarten und erfordert dadurch auch gleiche Verrechnungsmöglichkeiten für negative Einkünfte sämtlicher Einkunftsarten. Sollte eine Beschränkung bestimmter Einkunftsarten oder Einkunftsquellen vorgesehen sein, würde die Besteuerung nicht mehr einem synthetischen Einkommensverständnis folgen und demnach gegen die Systematik verstoßen. Eine steuerlich gleiche Behandlung könnte dabei nur dann durchbrochen werden, wenn sich Konstellationen ungleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeiten ergeben. Eine grundsätzliche asymmetrische Behandlung von Gewinnen und Verlusten ist davon ausgenommen. Eine Einschränkung wäre nur dann zutreffend, wenn die Einkunftsart, deren Verrechnung mit anderen Einkunftsarten ausgeschlossen wird, systembedingt anders besteuert wird, wie beispielsweise mit einem niedrigeren Steuersatz⁸³⁷. Eine solche systembedingte Ausnahme wäre allerdings wiederum eine Abweichung von einem synthetischen Einkommensverständnis, dadurch nicht konsistent in Bezug auf die grundlegende gesetzgeberische Entscheidung und Ausdruck einer ungleichmäßigen Besteuerung.

Im Rahmen des Einkommensverständnisses wäre, wie in Kapitel 6.1.1 herausgearbeitet, auch festzulegen, in welcher Form steuerliche Fördermaßnahmen bei der steuerlichen Gewinnermittlung zu berücksichtigen sind. Die Analyse des Kapitels 6.1.1 zeigt, dass bereits im Rahmen der steuerlichen Fördermaßnahmen entsprechende Anwendungskriterien enthalten sein sollten, die gesetzgeberisch nicht gewollte Folgen der Fördermaßnahmen unmittelbar ausschließen und damit deren Anwendung konkretisieren. Durch Korrektur der steuerlichen Folgen von lenkungs- politisch motivierten steuerlichen Fördermaßnahmen im Rahmen der steuerlichen

⁸³⁶ Vgl. Kapitel 5.4, Abschnitt „Bezugsobjekt“.

⁸³⁷ Wie z. B. bei den §§ 32d Abs. 6 EStG, 34a Abs. 8 EStG.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Gewinnermittlung, wie es zum Beispiel Verlustklauseln in der Vergangenheit vorsahen, konterkariert der Gesetzgeber seine eigenen Entscheidungen.⁸³⁸

Zur Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ist insbesondere auch eine Entscheidung hinsichtlich des Bezugssubjekts erforderlich.⁸³⁹ Wie in Kapitel 5.4 erläutert, erlaubt der Gesetzgeber eine Verrechnung von Verlusten nur bei der Person, deren wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemindert wurde. Es wird demnach eine Personenidentität gefordert, die voraussetzt, dass eine Entscheidung hinsichtlich des Bezugssubjekts getroffen wurde. Über den Generalverweis des § 8 Abs. 1 KStG ist die im Rahmen des Einkommensteuergesetzes bestehende Regelung zur steuerlichen Verlustverrechnung in Form des § 10d EStG auch auf Kapitalgesellschaften zu übertragen. Die Regelung des § 10d EStG ist auf natürliche Personen zugeschnitten, so dass eine Übertragung auf Kapitalgesellschaften nicht eindeutig möglich erscheint. Bei einer analogen Anwendung des § 10d EStG auf das Körperschaftsteuergesetz fehlt eine Information hinsichtlich der Zuordnung des körperschaftsteuerlichen Verlusts und dem zu Grunde gelegten Unternehmensverständnis. Die bestehende Regelung in Form des § 10d EStG lässt daher hinsichtlich dieser Zuordnungsentscheidung Interpretationsspielraum. Es ist zu erwarten, dass ein subjektiv rational handelnder Steuerpflichtiger daher im Rahmen der ihm bekannten steuergesetzlichen Möglichkeiten versuchen könnte, der Steuer auszuweichen, um sein erwartetes Einkommen nach Steuern zu maximieren.⁸⁴⁰

Unter Annahme des in Kapitel 2 und 5 erläuterten Besteuerungsziels evolutorischer Gleichmäßigkeit der Besteuerung wird kein Ideal einer bestimmten Zuordnungsentscheidung vertreten. Vielmehr erfolgte in den vorherigen Ausführungen eine Diskussion von Alternativen, indem Argumente für und gegen mögliche Zuordnungsentscheidungen erläutert wurden. Grundlegend ist in Bezug auf das Unternehmensverständnis seitens des Gesetzgebers eine Entscheidung für ein individualistisches oder institutionales Unternehmensverständnis zu treffen, das in den Einzelregelungen konsistent umgesetzt wird. Wie in Kapitel 5.4 gezeigt, wird in der Betriebswirtschaftslehre regelmäßig davon ausgegangen, dass ein Unternehmen keine eigene Leistungsfähigkeit aufweist, sondern den Gesellschaftern bzw. Anteilseignern, sofern es sich dabei um natürliche Personen handelt, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens zuzuordnen ist.⁸⁴¹ Im Rahmen einer Zuordnungsentscheidung ist zu berücksichtigen, dass ein methodologischer Individualismus auch mit einem institutionalen Unternehmensverständnis vereinbar wäre.⁸⁴² Es wäre demnach möglich, korporative Elemente des Handelns der

⁸³⁸ Vgl. Kapitel 6.1.

⁸³⁹ Vgl. Kapitel 5.4, Abschnitt „Bezugssubjekt“.

⁸⁴⁰ Vgl. Kapitel 2.2 und Kapitel 3.3.

⁸⁴¹ Vgl. Kapitel 5.4.

⁸⁴² Vgl. Kapitel 5.4, Abschnitt „Bezugssubjekt“.

Individuen im Rahmen des Unternehmensverständnisses einzubeziehen. Es würde dann berücksichtigt, dass es einen Unterschied macht, ob ein Individuum eine Entscheidung als Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft trifft, der an die Organisationserfordernisse der Gesellschaft gebunden ist oder ob er eine Entscheidung losgelöst von einer solchen korporativen Einbindung trifft. Ein solches Unternehmensverständnis würde dem derzeit für Personengesellschaften anwendbaren Transparenzprinzip, das den Gesellschaftern einer Personengesellschaft die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zuordnet, nicht im Wege stehen.⁸⁴³ Es berücksichtigt gleichzeitig, dass die Besteuerung einer Kapitalgesellschaft nicht ausnahmslos auf die Ebene der Anteilseigner ausgerichtet sein kann, sondern auch korporative Elemente bei der Besteuerung Einbezug finden.⁸⁴⁴ Bei einem solchen Unternehmensverständnis sind jedoch Konflikte mit dem aktuell rechtsformabhängigen Besteuerungssystem nicht auszuschließen. Eine Ausrichtung der Besteuerung an korporativen Elementen würde eine Typisierung korporativer Elemente bedeuten, die nicht zwingend rechtsformabhängig sind.

Bei der Festlegung der Kriterien zur Definition eines steuerlichen Verlusts wäre zu beachten, dass diese nicht den grundlegenden Merkmalen des Steuersystems entgegenstehen. Die Einzelnormen wären demnach konsistent in Bezug auf die im Rahmen des Steuersystems getroffenen Entscheidungen, insbesondere hinsichtlich des Bezugssubjekts und des Bezugsobjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit zu formulieren.

6.4.4 Formulierung allgemeiner Verlustverrechnungsvorschriften unter Berücksichtigung rechtsformspezifischer Besonderheiten

Die Definition eines steuerlichen Verlusts sollte im Rahmen einer allgemeinen Verlustverrechnungsbeschränkung erfolgen, die dann auch die weiteren Regelungen hinsichtlich der Verrechnung eines solchen Verlusts bereithält. Dabei könnten zeitliche und betragsmäßige Beschränkungen greifen.

Die Analyse in Kapitel 6 hat gezeigt, dass es für eine evolutiv gleichmäßige Besteuerung erforderlich ist, rechtsformspezifische Besonderheiten bei der Formulierung einer allgemeinen Verlustverrechnungsregel zu berücksichtigen. Da die derzeitige allgemeine Verlustverrechnungsregel, wie in Kapitel 3.1 gezeigt, keine rechtsformspezifischen Besonderheiten beinhaltet, sind gesetzgeberische Anpassungen erforderlich.

Wie in Kapitel 6.1 gezeigt, muss für Personengesellschaften eine Regelung bestehen, nach der beschränkt haftende Gesellschafter steuerliche Verluste nur in der Höhe verrechnen können, in der sich ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit vermindert hat.

⁸⁴³ Vgl. Kapitel 6.1.

⁸⁴⁴ Vgl. Kapitel 6.2.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Es lässt sich argumentativ stützen, dass die Bezugnahme der steuerlichen Verlustverrechnung bei beschränkt haftenden Gesellschaftern auf das Kapitalkonto einer evolutorischen Gleichmäßigkeit entspricht und damit die Regelung des § 15a EStG weiterhin Bestand im Gesetz haben sollte. Anzumerken wäre alleine, dass § 15a EStG auch formal im Gesetz als allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift für beschränkt haftende Gesellschafter herausgestellt werden sollte. So wäre beispielsweise eine Integration der Vorschriften des § 10d EStG und § 15a EStG als rechtsformspezifisch ausgestaltete allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift denkbar. § 10d EStG könnte sich dabei auch aus seinem „Versteck“ hinter den Regelungen zum Sonderausgabenabzug lösen. In Bezug auf eine allgemeine Verlustverrechnungsregelung für Personengesellschaften wären die derzeitigen Regelungen des § 15a EStG hinsichtlich der Berücksichtigung nachträglicher Einlagen und der verbesserten Definition der in der Vorschrift verwendeten unbestimmten Begrifflichkeiten anzupassen.

Die Empfehlungen hinsichtlich der Ausgestaltung einer allgemeinen Verlustverrechnungsregel für Kapitalgesellschaften gestalten sich umfangreicher. Wie in Kapitel 6.2 gezeigt, muss seitens des Gesetzgebers eine Grundlagenentscheidung hinsichtlich des Bezugsobjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit bei Kapitalgesellschaften getroffen werden. Aus dem aktuellen Gesetz ist eine solche Grundlagenentscheidung nicht ableitbar. Einer solchen Grundlagenentscheidung sollte der Gesetzgeber die folgenden Überlegungen voranstellen:

Ein individualistisches Unternehmensverständnis, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht, würde für die Verlustverrechnung eine Personenidentität der Anteilseigner erfordern. Diese wäre bei einem Übertragungsvorgang nicht mehr gewährt. Es wäre allerdings erforderlich, einen bestehenden steuerlichen Verlustvortrag letztmalig auf Anteilseignerebene verrechnen zu können, da der Verlust die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Anteilseigners in Höhe seiner getätigten Einlage vermindert hat. Allerdings ist bei einer Kapitalgesellschaft nicht davon auszugehen, dass die individuellen Anschaffungskosten eines Anteilseigners bekannt sind. Eine letztmalige Verrechnung des steuerlichen Verlustvortrags beim Anteilseigner vor der Anteilsübertragung wäre damit praktisch nicht umsetzbar. Eine Vorschrift, die eine letztmalige Verrechnung eines steuerlichen Verlustvortrags in Höhe der verminderten Leistungsfähigkeit eines Steuerpflichtigen nicht zulässt, würde demgegenüber einer gleichmäßigen Besteuerung entgegenstehen.

Ein institutionales Unternehmensverständnis würde die Verlustverrechnung von einer Personenidentität des Unternehmens als solches abhängig machen. Anknüpfungspunkt könnten dabei die Rechtsform oder die Elemente sein, die eine Fortführung des Unternehmens maßgeblich beeinflussen. Wie die Analyse gezeigt hat, überwiegen dabei die Argumente, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und damit den steuerlichen Verlust nicht der Rechtsform als solches zuzuordnen, sondern vielmehr an die Elemente zu binden, die eine Fortführung des Unternehmens ausmachen. Dabei ist letztlich ein Einbezug auch der Anteilseigner in Form natürlicher Personen vorzunehmen. Der Einbezug der Anteilseigner in Form natürlicher Personen

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

widerspricht jedoch einem institutionalen Unternehmensverständnis, das auf einen methodologischen Holismus zurückgeht. Er könnte jedoch Ausdruck eines institutionalen Unternehmensverständnisses sein, das einen methodologischen Individualismus zu Grunde legt.

Bei Entscheidung für ein institutionales Unternehmensverständnis, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht, könnte eine Zuordnung des steuerlichen Verlusts zu den Anteilseignern erfolgen und ergänzend dazu könnten korporative Elemente berücksichtigt werden. Ein solches Unternehmensverständnis könnte implizieren, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit einer Kapitalgesellschaft einem im Einzelnen zu typisierenden Verbund aus Anteilseignern und dem Unternehmen zuzuordnen ist. Dieser Verbund könnte als wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb bezeichnet werden.

Bei Übertragungsvorgängen bleibt ein bestehender steuerlicher Verlustvortrag demnach an die Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs gebunden. Bei der Typisierung der Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs wären, wie in Kapitel 6.2.3 beschrieben, Deutungsspielräume zu reduzieren und möglichst objektivierte Kriterien zu wählen. Dies bedeutet, dass qualitative Merkmale, für die es einer subjektiven Beurteilung bedarf, wie z. B. das Kriterium Art der Geschäftstätigkeit, weitgehend zu vermeiden sind. Dagegen wäre möglichst auf quantitativ ermittelbare Merkmale, wie z. B. den Gesamtumfang der Geschäftstätigkeit mit Merkmalen, wie beispielsweise Wirtschaftsgüter, Umsatzerlöse, Personalkosten oder Anzahl der Mitarbeiter, zu achten. Eine solche Typisierung hinsichtlich der Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs findet sich zum Beispiel im italienischen Steuergesetz.⁸⁴⁵ Auch Kontrollverfahren, wie z. B. der australische „Same-Business-Test“ oder die Möglichkeit von Aktivitätsanalysen ähnlich dem französischen oder italienischen Steuerrecht, könnten für eine deutsche Regelung zur Typisierung der wirtschaftlichen Identität als allgemeine Voraussetzung der Verrechnung eines körperschaftsteuerlichen Verlusts herangezogen werden.⁸⁴⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass die dort bestehenden Verlustverrechnungsregeln automatisch auch für das deutsche Steuergesetz übertragbar sind. Es geht nur um Orientierung an den dort genannten Möglichkeiten zur Typisierung der Fortführung eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs.⁸⁴⁷ Bei der Typisierung entsprechender Merkmale wäre zu gewährleisten, dass diese konsistent mit der gesetzgeberischen Grundlagenentscheidung eines rechtsformabhängigen Besteuerungssystems sind.

⁸⁴⁵ Vgl. zu Details dieser Typisierungen in den genannten Ländern *BDI/KPMG* (2011), S. 29, 30.

⁸⁴⁶ Vgl. *BDI/KPMG* (2011), S. 29, 30.

⁸⁴⁷ Vgl. Kapitel 6.2.3.

6.4.5 Verlustverrechnungsregeln im Zusammenspiel mit anderen steuerlichen Regeln

Für eine evolutiv gleichmäßige Besteuerung im hier verstandenen Sinne ist zu gewährleisten, dass die unter 6.4.3 erläuterten Grundlagenentscheidungen des Gesetzgebers konsistent in die Einzelnormen einzubinden sind und Interpretationsspielräume (weitgehend) vermieden werden.⁸⁴⁸ Dies impliziert insbesondere, dass bestimmte Teilbereiche des Besteuerungssystems unmittelbar aufeinander abgestimmt sein müssen. Wie die Analyse in Kapitel 6 gezeigt hat, bestehen zahlreiche wichtige Abhängigkeiten zwischen den Regelungen zur steuerlichen Verlustverrechnung und anderen Bereichen des Besteuerungssystems. Gleichwohl mangelt es an der konsistenten Abstimmung der Teilbereiche des Steuersystems bzw. an der konsistenten Abstimmung zwischen den Einzelnormen.

Wie in Kapitel 6.1.1 erörtert, besteht insbesondere zwischen der Definition steuerlicher Einkünfte und den steuerlichen Vorschriften zur Verlustverrechnung Abstimmungsbedarf. Die Definition steuerlicher Einkünfte fungiert implizit bereits als Verlustverrechnungsbeschränkung der ersten Stufe. Bei der Definition steuerlicher Einkünfte sollte die subjektive Form der Ermittlung der Gewinnerzielungsabsicht durch objektiv formulierte Kriterien ersetzt werden.

Besondere Bedeutung kommt der Abhängigkeit zwischen der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen und der Verrechnung steuerlicher Verluste zu. Es muss ausgeschlossen sein, dass steuerliche Verluste geltend gemacht werden können, obwohl stille Reserven aufgebaut werden, die im Rahmen von Anteilsveräußerungen steuerfrei veräußert werden können.⁸⁴⁹

Ist eine entsprechende allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift für Kapitalgesellschaften gesetzlich implementiert und kommt es zum Vorgang eines steuerlichen Mantelkaufs, wäre dabei die folgende Überlegung zu berücksichtigen. Im Rahmen eines steuerlichen Mantelkaufs werden die Anteile an einer unternehmens- und vermögenslosen Kapitalgesellschaft veräußert, die nach erfolgter Anteilsübertragung ihren bisherigen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb wiederaufnimmt oder einen neuen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb eröffnet. Dadurch, dass der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb eingestellt wurde, liegen die Voraussetzungen für eine Verrechnung des bestehenden Verlustvortrags durch den neuen Anteilseigner nicht vor. Es wäre zu berücksichtigen, dass der Vorgang eines steuerlichen Mantelkaufs wirtschaftlich einer Liquidation mit anschließender Neugründung gleicht. Dementsprechend wäre sicherzustellen, dass die Liquidationsbesteuerung nicht von der steuerlichen Behandlung eines Mantelkaufs abweichen darf. Bei einer Liquidation ist es aktuell möglich, einen steuerlichen Verlust in den

⁸⁴⁸ Vgl. Kapitel 5.4.

⁸⁴⁹ Vgl. Kapitel 6.2.

*Rechtskritische Analyse der Verlustverrechnungsbeschränkungen bei
Verlustzuweisungsgesellschaften und Mantelkäufen*

Abwicklungszeitraum vorzutragen und/ oder einen Verlustrücktrag in die Vorperiode des Abwicklungszeitraums vorzunehmen. Wie in Kapitel 6.2 gezeigt, wäre die steuerliche Verlustverrechnung der beiden wirtschaftlich vergleichbaren Konstellationen miteinander abzustimmen.

7 Zusammenfassung und Ausblick

Die vorliegende Arbeit analysiert vor dem Hintergrund eines kritisch-rationalistischen Wissenschaftsverständnisses, ob die bestehenden Vorschriften zur steuerlichen Verlustverrechnung in Form der §§ 10d, 15a, 15b EStG (bzw. 2b EStG a. F.) und 8c KStG (bzw. 8 Abs. 4 KStG a. F.) für eine evolutorisch gleichmäßige Besteuerung erforderlich sind. Dazu wurden Argumente vorgetragen, ob die Vorgehensweise des Gesetzgebers, die Verluste von Verlustzuweisungsgesellschaften einer besonderen steuerlichen Verrechnungsbeschränkung zuzuführen, einer gleichmäßigen Besteuerung entspricht oder nicht. Des Weiteren wurde analysiert, ob es für eine gleichmäßige Besteuerung bei Übertragungsvorgängen von Kapitalgesellschaftsanteilen besonderer steuerlicher Verlustverrechnungsregeln bedarf oder ob besondere steuerliche Verlustverrechnungsregeln für diese Konstellationen zu verwerfen sind. Die Analyse, die sich aus einem rechtsdogmatischen und einem rechtskritischen Teil zusammensetzt, zeigt, dass die betrachteten Verlustverrechnungsbeschränkungen zu einer ungleichmäßigen Besteuerung in verschiedenen Ausprägungen führen können und daher zu überarbeiten sind.

Eine ungleichmäßige Besteuerung äußert sich nach der hier vertretenen Position erstens dadurch, dass der Gesetzgeber unmittelbar im Rahmen der Formulierung der betrachteten Vorschriften bei Steuerpflichtigen mit gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit eine ungleiche steuerliche Verlustverrechnung und bei Steuerpflichtigen mit ungleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit eine gleiche steuerliche Verlustverrechnung vorsieht. Zweitens konnte eine ungleichmäßige Besteuerung identifiziert werden, die daraus resultiert, dass in den steuergesetzlichen Normen mit Bezug zur steuerlichen Verlustverrechnung Grundlagenentscheidungen des Gesetzgebers inkonsistent berücksichtigt werden. Diese Grundlagenentscheidungen beziehen sich auf die zur Konkretisierung wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit erforderlichen Kriterien, dabei insbesondere auf die Konkretisierung des Bezugsobjekts und des Bezugsobjekts wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit. Es ergab sich eine ungleichmäßige Besteuerung in Folge von Inkonsistenzen. Diese äußerte sich z. B. in Form der Rückgängigmachung einer steuerlichen Fördermaßnahme bei Vorliegen (übermäßiger) steuerlicher Verluste oder der differenzierten steuerlichen Behandlung von Einkunftsarten trotz Vorliegens eines synthetischen Einkommensverständnisses. Drittens führten Normen mit Interpretationsspielraum, wie z. B. die nicht getroffene Entscheidung hinsichtlich der Zuordnung eines steuerlichen Verlusts bei Kapitalgesellschaften, zu einer ungleichmäßigen Besteuerung.

Zurückzuführen ist die ungleichmäßige Besteuerung insbesondere auf die nicht vorhandene gesetzliche Definition eines steuerlichen Verlusts. Infolgedessen ergeben sich aus ermittlungstechnischer und inhaltlicher Perspektive diverse Ausprägungsmöglichkeiten steuerlicher Verluste. Wie in Kapitel 3.1 gezeigt, ist des Weiteren problematisch, dass die allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift des § 10d EStG

nicht nach rechtsformspezifischen Besonderheiten differenziert. Der Gesetzgeber versucht, diese, bei der allgemeinen Verlustverrechnungsregel des § 10d EStG bestehenden Defizite, im Rahmen der Formulierung von weiteren Vorschriften, insbesondere spezialgesetzlicher Verlustverrechnungsvorschriften, auszugleichen, die in den Kapiteln 3.2, 4.4, 4.5 und 4.6 beschrieben wurden. Allerdings führen die vom Gesetzgeber implementierten zusätzlichen Vorschriften wiederum auch zu einer ungleichmäßigen Besteuerung, wie in Kapitel 6 gezeigt.

Eine ungleichmäßige Besteuerung hinsichtlich der steuerlichen Verlustverrechnung betrifft, wie in Kapitel 5.3 erläutert, die steuerlichen Totalbemessungsgrundlagen. Sie sieht bei gleicher Minderung des wirtschaftlichen Einkommens eine ungleiche steuerliche Verlustverrechnung vor und bei ungleicher Minderung des wirtschaftlichen Einkommens eine gleiche steuerliche Verlustverrechnung vor. Die Möglichkeiten der steuerlichen Verlustverrechnung nehmen damit unmittelbar Einfluss auf das erwartete Einkommen nach Steuern eines Steuerpflichtigen. Im Rahmen der Analyse wurde davon ausgegangen, dass ein Steuerpflichtiger subjektiv rational agiert und insbesondere darauf abzielt, sein Einkommen nach Steuern zu maximieren. Empfindet ein Steuerpflichtiger die ihn betreffenden steuerlichen Verlustverrechnungsvorschriften als ungleichmäßig oder erkennt er Interpretationsspielraum bei der Anwendung der Vorschriften, ist nicht auszuschließen, dass der Steuerpflichtige Steuerausweichentscheidungen hinsichtlich der Anwendung der steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen tätigt.

Unter Berücksichtigung des Besteuerungsziels einer gleichmäßigen Besteuerung, die insbesondere auch eine Verringerung von Steuerausweichentscheidungen impliziert, wird auf Grundlage der vorliegenden Analyseergebnisse empfohlen, rechtsformspezifische allgemeine Verlustverrechnungsvorschriften zu implementieren. Im Rahmen dieser ist zu gewährleisten, dass Sachverhalte mit gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit einer gleichen steuerlichen Verlustverrechnung und Sachverhalte mit ungleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit einer verhältnismäßig ungleichen steuerlichen Verlustverrechnung zugeführt werden. Dazu ist es auch erforderlich, dass der Gesetzgeber Grundlagenentscheidungen trifft, wie insbesondere hinsichtlich des für die Besteuerung unterstellten Unternehmensverständnisses und diese widerspruchsfrei in die Einzelnormen einbezieht. Demnach ist es für eine gleichmäßige Besteuerung essentiell, dass der Gesetzgeber die Verlustverrechnungsregeln mit anderen Teilbereichen des Besteuerungssystems abstimmt. Dies betrifft insbesondere die Definition steuerlicher Einkünfte, die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung von Kapitalgesellschaftsanteilen und die Regelung der Liquidationsbesteuerung.

Die Analyse in Kapitel 6.1.2 hat gezeigt, dass sich eine allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift für Personengesellschaften weitgehend am bestehenden § 15a EStG orientieren kann. Dabei wird davon ausgegangen, dass das aktuell rechtsformabhängig ausgestaltete Besteuerungssystem nicht in Frage gestellt wird.

Im Rahmen der Analyse des Kapitels 6.2 wurden Überlegungen für eine allgemeine Verlustverrechnungsvorschrift für Kapitalgesellschaften abgeleitet, die sich in Abhängigkeit von dem jeweils zu Grunde gelegten Unternehmensverständnis ergaben. Bei einem individualistischen Unternehmensverständnis, das auf einen methodologischen Individualismus zurückgeht, würde eine Beschränkung der körperschaftsteuerlichen Verlustverrechnung zu einer ungleichmäßigen Besteuerung führen, sofern diese nicht eine letztmalige Verrechnungsmöglichkeit eines steuerlichen Verlustvortrags vor einer Anteilsübertragung vorsieht. Die Formulierung einer solchen letztmaligen Verrechnungsmöglichkeit scheidet jedoch, zumindest bei Kapitalgesellschaften mit vielen Anteilseignern, an einer Realisierbarkeit. Für die Annahme eines institutionalen Unternehmensverständnisses, das auf einen methodologischen Holismus zurückgeht, konnten keine Argumente gefunden werden. Eine entsprechende Empfehlung soll daher unterbleiben. Bei Annahme eines institutionalen Unternehmensverständnisses, das Ausdruck eines methodologischen Individualismus ist, wird empfohlen, die Verrechnung eines bestehenden Verlustvortrags unter Beachtung eines korporativen Elements an die Fortführung des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs zu binden. Der wirtschaftliche Geschäftsbetrieb wäre auf Grundlage quantifizierbarer Merkmale zu typisieren. Dabei sollte auf etwaige Widersprüche zum rechtsformabhängigen Besteuerungssystem bei der Typisierung entsprechender Merkmale geachtet werden.

Wie Kapitel 6.1 außerdem zeigt, stehen eine spezialgesetzliche Verlustverrechnungsvorschrift in Form des § 15b EStG (bzw. § 2b EStG a. F.) und wie Kapitel 6.2.2 erläutert, eine als spezialgesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkung ausgewiesene Vorschrift des § 8c KStG einer evolutiv gleichmäßigen Besteuerung entgegen.

Die vorliegende Arbeit soll außerdem einen neuen Anstoß für die Erforderlichkeit von detaillierten Betrachtungen des gesamten steuerlichen Verlustverrechnungssystems geben. Die bisherige steuerpolitische Entwicklung zeigte immer wieder, dass es dem Gesetzgeber bei den in den Tabellen 2, 3, 6, 8, 9 zusammengefassten Veränderungen und Reformen der hier im Fokus stehenden Verlustverrechnungsbeschränkungen regelmäßig nur um Detailanpassungen als Reaktion auf Steuerausweichentscheidungen der Steuerpflichtigen ging. Wie in Kapitel 2.1 erläutert, erfolgte eine systematische Überprüfung sämtlicher Steuerverrechnungsvorschriften dagegen bisher nicht. Die Furcht des Gesetzgebers vor neuen Steuerausweichentscheidungen der Steuerpflichtigen versperrt damit letztlich den Weg für eine Diskussion von steuerlich gerechten Vorschriften.

Die vorliegende Analyse hat gezeigt, dass es für eine systematische Betrachtung von Verlustverrechnungsregeln insbesondere erforderlich ist, sich dem gesamten Gesetzesgefüge zunächst aus einer „Vogelperspektive“ zu nähern, um so wechselseitige Abhängigkeiten und Verbindungen zwischen den Vorschriften erkennen zu können. Es ist dann möglich, Vorschriften hinsichtlich ihrer Bedeutung und Funktion in das Gesetzesgefüge einzuordnen, um davon ausgehend Ungleichmäßigkeiten zu identifizieren und Möglichkeiten für die Beseitigung der

Ungleichmäßigkeiten zu zeigen. Die Betrachtungsperspektive bisheriger Analysen zu steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen gleicht im Unterschied zu der hier vorliegenden Analyse dem Blickwinkel aus einem „Vogelkäfig“. Bei diesem bleiben außerhalb liegende Elemente bzw. die Betrachtung von anderen Normen weitgehend unberücksichtigt.

Des Weiteren unterscheidet sich die vorliegende Analyse von bisher vorgelegten Analysen darin, dass einem Besteuerungsziel, das einen möglichst hohen Realitätsgrad und weniger Widersprüche zur Realität bereithält, besondere Bedeutung zukommt. Es wird damit darauf reagiert, dass den bisherigen betriebswirtschaftlichen Analysen zur steuerlichen Verlustverrechnung ein Besteuerungsziel zu Grunde gelegt wurde, mit dem weder die Entstehung steuerlicher Verluste erklärt noch die Existenz steuerlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen konsistent begründet werden konnte.

Für die Berücksichtigung dieses höheren Realitätsgehalts und einer höheren Widerspruchsfreiheit zur Realität wird akzeptiert, dass das Ergebnis der Arbeit nicht in der Ableitung einer optimalen Norm bestehen kann, sondern Argumente für Empfehlungen von evolutorisch gleichmäßigen Verlustverrechnungsnormen gegeben werden. Die nicht vorhandene Ableitung einer optimalen Norm wird dabei nicht als Nachteil, sondern als Vorteil gesehen. Ausgehend von den erarbeiteten Argumenten werden dem Gesetzgeber verschiedene Alternativen aufgezeigt, wie er sich gleichmäßigen Verlustverrechnungsnormen nähern kann und welche Aspekte es bei der Formulierung entsprechender Normen zu berücksichtigen gilt.

Der rückwirkend zum 01.01.2016 in Kraft getretene § 8d KStG, der eine weitere Ausnahmeregelung zur bestehenden Regelung des § 8c KStG enthält, unterstreicht die Aktualität der hier vorliegenden Ausführungen. Die aktuelle Gesetzesänderung zeigt darüber hinaus einmal mehr, dass der Gesetzgeber seiner bisherigen Strategie „treu geblieben“ ist. Wieder soll eine bereits bestehende, sehr komplexe Norm nachgebessert werden, indem eine weitere, ebenfalls komplexe und erwartungsgemäß streitanfällige Ausnahmeregelung eingefügt wird. Eine systematische Aufarbeitung der Regelung im Gesetzesgefüge, verbunden mit einer Analyse der grundlegenden gesetzgeberischen Entscheidungen und Verbindungen zu anderen Normen, ist dagegen nicht erfolgt.

Dieses bisherige Versäumnis seitens des Gesetzgebers dürfte durch den unmittelbar vor Einreichung dieser Arbeit veröffentlichten Beschluss zur verfassungsrechtlichen Unvereinbarkeit von § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG (in der bis zum 31.12.2015 geltenden Fassung) zu einem akuten Handlungsbedarf für den Gesetzgeber führen. Der Gesetzgeber ist nunmehr vom Bundesverfassungsgericht dazu aufgefordert, bis zum 31.12.2018, rückwirkend für die Zeit von 2008 bis 2015, eine den § 8c Abs. 1 Satz 1 KStG ersetzende Neuregelung zu erarbeiten, die eine gleichmäßige körperschaftsteuerliche Verlustverrechnung gewährleistet. In seinem Beschluss berücksichtigt das Bundesverfassungsgericht ähnliche Aspekte wie die vorliegende Analyse und

Zusammenfassung und Ausblick

bekräftigt mit seiner Einschätzung das hier vorliegende Analyseergebnis. Die auf Grundlage des vorliegenden Analyseergebnisses ausgearbeiteten Gestaltungsempfehlungen können daher auch als Hinweise für die geforderte Neuregelung gesehen werden. Die Aktualität und Relevanz der dieser Arbeit zu Grunde liegenden Forschungsfrage wird dadurch bestätigt. Es bleibt nun abzuwarten, in welcher Form sich der Gesetzgeber einer grundlegenden und systematischen Analyse der steuerlichen Verlustverrechnungsbeschränkungen stellt, um insbesondere für Kapitalgesellschaften eine gleichmäßige steuerliche Neuregelung zu finden.

Literaturverzeichnis

- Albert, Hans (Hrsg.), Hans-Albert-Lesebuch, Ausgewählte Texte, Tübingen 2001
- Albert, Hans (1991), Traktat über kritische Vernunft, 5. Aufl., Tübingen 1991
- Albert, Hans (2000), Kritischer Rationalismus, Vier Kapitel zur Kritik illusionären Denkens, Tübingen 2000
- Albert, Hans (2001), Rationalität und Wirtschaftsordnung: Grundlagenprobleme einer rationalen Ordnungspolitik, in: Albert, Hans (Hrsg.), Hans-Albert-Lesebuch, Ausgewählte Texte, Tübingen 2001, S. 264-302
- Altendorf, Klaus (2009), Aktuelle Hinweise zur GmbH & Co. KG, in: GmbH-Steuerberater 2009, S. 11-17
- Altrichter-Herzberg, Torsten (2008), Untergang der steuerlichen Verlustvorträge nach § 8c KStG, Auch unter Berücksichtigung des BMF-Schreibens zur Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften (§ 8c KStG) vom 04.07.2008, in: GmbH-Rundschau 2008, S. 857-861
- Aristoteles (2001), Die Nikomachische Ethik, ins Deutsche übersetzt von Olof Gigon (2001), Düsseldorf 2001
- Bambynek, Lucia (2007), Entscheidungsneutralität, Europarecht, Leistungsfähigkeitsprinzip, Die Gemeinsamkeiten am Beispiel grenzüberschreitender Verlustnutzung, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium 2007, S. 430-435
- Bareis, Peter (2011), Änderung der Verfügungsrechte bei Mitunternehmenschaften ohne oder mit Gewinnrealisierung? Zur Diskussion zwischen I. und IV. Senat des BFH, in: Finanz-Rundschau, 2011, S. 153-165
- Bareis, Peter (2007), Das Postulat der Werturteilsfreiheit in der Diskussion um die Steuerreform 2008, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis 2007, S. 421-442
- Bartholl, Heino (1985), Kritische Stellungnahme zum Begriff "Gewinn" in der Definition des Bundesfinanzhofs und der Finanzverwaltung, in: Betriebs-Berater 1985, S. 1521-1522
- Baumgarten, Eduard (Hrsg.), Max Weber, Werk und Person, Tübingen 1913/1964
- Beck, Hans-Joachim (2006), Verlustausgleichsverbot bei Steuerstundungsmodellen: Der neue § 15b EStG, in: Deutsches Steuerrecht 2006, S. 61-67.
- Becker, Jan/Loitz, Rüdiger/Stein, Volker (2009), Steueroptimale Verlustnutzung, Wiesbaden 2009
- Bender, Timo (2002), Verlustverrechnungsbeschränkung im EStG, Ein systematischer Verbesserungsvorschlag, 1. Aufl., Frankfurt am Main 2002, zugl. Bamberg, Univ., Diss., 2002
- Bergmann, Malte/Süß, Christian (2016), Neues zum Verlustuntergang: Erste Überlegungen zum Entwurf eines § 8d KStG, in: Deutsches Steuerrecht 2016, S. 2185-2190

Literaturverzeichnis

- Bielefeld, Thomas; Marlow, Sven (Hrsg.), Ein Leben mit der Versicherungswirtschaft, Festschrift für Helmut Schirmer, Karlsruhe 2005
- Bien, Roland; Wagner, Thomas (2010), Die Konzernklausel bei § 8c KStG, in: Betriebs-Berater 2010, S. 923-934
- Birk, Dieter (1988), Die Verteilungsgerechte Einkommensteuer - Ideal oder Utopie? in: Juristenzeitung 1988, S. 820-824
- Birk, Dieter (1989), Gleichheit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung, Zum Stellenwert zweier Grundprinzipien in der Steuerreform 1990, in: Steuer und Wirtschaft 1989, S. 212-218
- Birk, Dieter (2000), Das Leistungsfähigkeitsprinzip in der Unternehmenssteuerreform, in: Steuer und Wirtschaft 2000, S. 328-336
- Birk, Dieter (2009), Steuerrecht, 12. Aufl., Heidelberg 2009
- Birk, Dieter (2014), Steuerrecht, 17. Aufl., Heidelberg 2014
- Birk, Dieter/Kulosa, Egmont (1999), Verfassungsrechtliche Aspekte des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, in: Finanzrundschau 1999, S. 433-442
- Bitz, Michael; Domsch, Michael, Ewert, Ralf; Wagner, Franz W. (Hrsg.), Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre, Band 2, 5. Aufl., München 2005
- Brandis, Peter/Heuermann, Bernd (2014), Einkommensteuer Körperschaftsteuer Gewerbesteuer, Kommentar, Begründet von Walter Blümich, München 2014
- Böhmer, Julian (2012), Das Trennungsprinzip im Körperschaftsrecht - Grundsatz ohne Zukunft, in: Steuer und Wirtschaft 2012, S. 33-42
- Bollweg, Achim (Hrsg.), Gewerbesteuerrecht, Kommentar, Begründet von Achim Bollweg, Herne 2009
- Bös, Sylvia (2009), Handelsbilanzielle und steuerrechtliche Behandlung von Sachdividenden, Berlin 2009, zugl. Ilmenau, Univ. Diss., 2008
- Brandenburg, Hermann Bernwart (2004), Aktuelle Entwicklungen zu § 15a EStG: Mindestbesteuerung, Wechsel im Gesellschafterstatus, vorgezogene Einlagen, in: Der Betrieb 2004, S. 1632-1637.
- Brandis, Peter (2012), § 8c KStG, Stand November 2012, in: Brandis, Peter/Heuermann, Bernd (Hrsg.), Einkommensteuer Körperschaftsteuer Gewerbesteuer, Kommentar, München 2014
- Brauer, Michael/Sonnenschein, Dirk (2009), § 10a GewStG, in: Bollweg, Achim, Gewerbesteuerrecht, Kommentar, Herne 2009
- Braunagel, Ralf U. (2010), Bedeutung, Entstehung und Wirkung steuerlicher Verluste, S. 22-58, in: Lüdicke, Jürgen/Kempf, Andreas/Brink, Thomas (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Baden-Baden 2010
- Breithecker, Volker (2007): § 3 EStG, Steuerfreie Einnahmen, in: Volker Breithecker/Guido Förster/Ursula Förster/Ralf Klapdor (Hrsg.), UntStRefG, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, Kommentar, Berlin 2007

- Breithecker, Volker/Förster, Guido/Förster, Ursula/Klapdor, Ralf (Hrsg.), UntStRefG, Unternehmensteuerreformgesetz 2008, Kommentar, Berlin 2007
- Breithecker, Volker/Schmiel, Ute (2003), Steuerbilanz und Vermögensaufstellung in der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre, Bielefeld 2003
- Breuninger, Gottfried E. (2014), Quo Vadis §8c KStG? Zum Entwurf des BMF-Schreibens zu § 8c KStG, in: GmbH-Rundschau, S. R161-R162
- Breuninger, Gottfried E./Ernst, Markus (2011), § 8c KStG im "Zangengriff" von Europa- und Verfassungsrecht, Sanierungsklausel und Beihilferecht nach der Negativentscheidung der EU-Kommission, in: GmbH-Rundschau 2011, S. 673-684
- Brink, Thomas (2012), § 14 KStG, in: Schnittger, Arne/Fehrenbacher, Oliver (Hrsg.), Kommentar Körperschaftsteuer KStG, Wiesbaden 2012
- Brinkmann, Lars (2011), Die Stille Reserven-Klausel des § 8c KStG - bisherige gesetzliche Regelung und Änderungen durch das Jahressteuergesetz 2010, in: Die Unternehmensbesteuerung, S. 94-101
- Brinkmeier, Thomas (2016), Konzeption des „fortführungsgebundenen Verlustvortrages“, in: GmbH-Steuerberater 2016, S. 378-379
- Brinkmeier, Thomas (2016), Neues zum Verlustuntergang: Erste Überlegungen zum Entwurf eines § 8d KStG, in: GmbH-Steuerberater 2016, S. 342-343
- Buchheister, Hans-Otto (1997), Ist die steuerliche Berücksichtigung von Verlusten ein notwendiger Bestandteil des Einkommensteuerrechtes? in: Deutsche Steuer-Zeitung 1997, S. 556-558
- Bühr, Oliver M. (1993), Verlustverrechnungsbeschränkungen im Einkommensteuerrecht, Aachen 1993, zugl. Passau, Univ., Diss., 1993
- Crazzolaro, Arno (2012), Die Verluste im Sinne des italienischen Steuerrechts - ein Überblick, in: Internationales Steuerrecht 2012, S. 140-143
- Crezelius, Georg (2002), Zum Grundverständnis des Mantelkaufs - Zur geplanten Änderung des § 8 Abs. 4 KStG -, in: Der Betrieb 2002, S. 2613-2616
- Danert, Bodo (1935), Der Mantelkauf, Düsseldorf 1935, zugl. Halle Wittenberg, Univ. Diss., 1935
- Danzer, Jürgen (1981), Die Steuerumgehung, Köln 1981
- Desens, Marc (2004), Das Halbeinkünfteverfahren, Eine theoretische, historische, systematische und verfassungsrechtliche Würdigung, Köln 2004
- Desens, Marc (2011), Der Verlust von Verlustvorträgen nach der Mindestbesteuerung, in: Finanzrundschau 2011, S. 745-751
- Deutsches Anwaltsinstitut e. V. (Hrsg.), Aktuelle steuerrechtliche Beiträge, Referate und Diskussionen der 35. Steuerrechtlichen Jahresarbeitsstagung, Wiesbaden vom 14. bis 16. Mai 1984, Herne, Berlin 1984/85

- Diller, Markus (2005), Betriebswirtschaftliche Auswirkungen der veränderten Verlustvortragsregelung gemäß § 10d EStG, 10a GewStG, in: Wirtschaftswissenschaftliches Studium 2005, S. 668-672
- Diller, Markus/Grottke Markus (2010), Grenzen und Erweiterungsmöglichkeiten der investitionsneutralen Besteuerung nach dem ökonomischen Gewinn, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 2010, S. 123-146
- Dorenkamp, Christian (2010), Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung - Haushaltsverträglicher Ausstieg aus der Mindestbesteuerung, Bonn 2010
- Dorenkamp, Christian (2011), Für einen haushaltsverträglichen Einstieg in den Ausstieg aus der Mindestbesteuerung und gegen die "Verfristung" von Verlustvorträgen, in: Finanzrundschau 2011, S. 733-740
- Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra/Möhlenbrock, Rolf (Hrsg.), Die Körperschaftsteuer, Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz und zu den einkommensteuerrechtlichen Vorschriften des Anrechnungsverfahrens, Begründet von Ewald Dötsch, Stuttgart 2014
- Dötsch, Ewald (1999), Körperschaftsteuerlicher Verlustabzug - Anwendung von § 8 Abs. 4 KStG und § 12 Abs. 3 Satz 2 UmwStG, in: Der Betrieb 1999, Beilage Nr. 8/99 zu Heft Nr. 22, S. 1-23.
- Drukarczyk, Jochen (1993), Theorie und Politik der Finanzierung, 2. Aufl., München 1993
- Drüen, Klaus-Dieter (2008), Unternehmerfreiheit und Steuerumgehung, in: Steuer und Wirtschaft 2008, S. 154-166
- Drüen, Klaus-Dieter (2011), Die Sanierungsklausel des § 8c KStG als europarechtswidrige Beihilfe, in: Deutsches Steuerrecht 2011, S. 289-294
- Drüen, Klaus-Dieter (2013), Verfassungsrechtliche Positionen zur Mindestbesteuerung, in: Finanzrundschau 2013, S. 393-402
- Eckert, Stefan/Trautnitz, Georg (Hrsg.), Internationales Management und die Grundlagen des globalisierten Kapitalismus, Wiesbaden 2016
- Eckhoff, Rolf (2005), Verluste im Einkommensteuerrecht, in: Von Groll, Rüdiger (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, 29. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e. V., Mainz, 27. und 28. September 2004, Köln 2005, S. 11-39
- Egner, Thomas/Henselmann, Klaus/Schmidt, Lutz (Hrsg.), Steuern und Rechnungslegung, Festschrift zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Jochen Sigloch, Aachen 2009
- Eisgruber, Thomas (2007), Aktuelle Fragen der Verlustnutzung im Unternehmensbereich, in: Deutsche Steuer-Zeitung 2007, S. 630-635
- Elschen, Rainer/Hüchtebrock, Michael (1983), Steuerneutralität in Finanzwissenschaft und Betriebswirtschaftslehre - Diskrepanzen und Konsequenzen, in: Finanzarchiv 1983, S. 253-280

- Elschen, Rainer (1991), Entscheidungsneutralität, Allokationseffizienz und Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit - oder: Gibt es ein gemeinsames Fundament der Steuerwissenschaften?, in: *Steuer und Wirtschaft*, (1991), S. 99-115
- Elschen, Rainer (1994), Institutionale oder personale Besteuerung von Unternehmensgewinnen, 2. Aufl., Hamburg, 1994, zugl. Bochum, Univ., Habil., 1987
- Engel, Dieter (1974), Die Risiken einer Beteiligung an Verlustzuweisungskommanditgesellschaften, in: *Die Wirtschaftsprüfung 1974*, S. 101-111.
- Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.), *Körperschaftsteuergesetz*, 3. Aufl., Heidelberg 2010
- Ernst, Markus (2011), Neuordnung der Verlustnutzung nach Anteilseignerwechsel - Reformbedarf und haushaltspolitische Bedeutung des § 8c KStG, *IFSt-Schrift* 470, Bonn 2011
- Ernst & Young (Hrsg.), *Körperschaftsteuergesetz Kommentar*, Bonn 2016
- Ernst & Young (Hrsg.), *Körperschaftsteuergesetz Kommentar*, Bonn 2017
- Escher, Jens (2005), Steuerliche Liebhaberei und Subjektbezug der Einkünfterzielungsabsicht, Aachen 2005, zugl. Münster, Univ., Diss., 2005
- Eucken, Walter/Böhm, Franz (Begründer)/Lenel, Hans Otto et al. (Hrsg.), *ORDO – Jahrbuch für Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Band 64, Stuttgart 2013
- Falkner, Melanie (2009), Die Einkünfterzielungsabsicht als subjektives Besteuerungsmerkmal, Eine Analyse subjektiver Tatbestandsmerkmale im Steuerrecht, zugleich ein Beitrag zur Liebhaberei im Steuerrecht, Frankfurt am Main 2009
- Feddersen, Dieter (1987), Die Nutzung des Verlustvortrages beim Mantelkauf, in: *Betriebs-Berater* 1987, S. 1782-1788
- Fehrenbacher, Oliver/Tavakoli, Anusch (2007), *Besteuerung der GmbH & Co. KG*, Wiesbaden 2007
- Fellinger, Antje/Schmidt-Fehrenbacher, Volker (2012), Finale EU-Auslandsverluste: Drohpotential für das Steueraufkommen? in: *Die Unternehmensbesteuerung 2012*, S. 217-222
- Feltes, Christine (2012), *Steuerliche Verlustkompensation und Anteilsübertragung bei Kapitalgesellschaften*, München 2012
- Flick, Hans (1994), Missbrauchsgesetzgebung contra Steuerumgehung, in: Kirchhof, Paul/Offerhaus, Klaus/ Schöberle, Horst (Hrsg.), *Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik*, Festschrift für Franz Klein, Köln 1994, S. 329-346
- Förster, Guido/von Cölln, Tobias D. (2017), Die Neuregelung des § 8d KStG beim schädlichen Beteiligungserwerb, in: *Deutsches Steuerrecht 2017*, S. 8-18
- Frey, Johannes/Thürmer, Philip (2016), Erste Anmerkungen und Vorschläge zur Konzeption des „fortführungsgebundenen Verlustvortrags“, in: *GmbH-Rundschau* 2016, S. 1083-1088

- Friedberg, Martin (2015), Nachträgliche und vorgezogene Einlagen im System der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 15a EStG, Frankfurt am Main 2015, zugl. Osnabrück, Univ., Diss., 2015
- Friele, Klaus/Jarosch, Klaus-Reiner/Pietsch, Reinhart (1985), Verluste im Ertragssteuerrecht, Aktuelle Fragen aus der Praxis, Stuttgart u. a. 1985
- Frotscher, Gerrit (2009), § 8c KStG, in: Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz Kommentar, Freiburg 2009
- Frotscher, Gerrit (2013), § 11 KStG, in: Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz Kommentar, Freiburg 2013
- Frotscher, Gerrit (2014), § 8c KStG, in: Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz Kommentar, Freiburg 2014
- Frotscher, Gerrit (2014), § 12 UmwStG, in: Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz Kommentar, Freiburg 2014
- Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz Kommentar, Freiburg 2016
- Gabel, Monika (2011), Spezielle Missbrauchsnormen und der allgemeine Gleichheitssatz, in: Steuer und Wirtschaft 2011, S. 3-17
- Gadenne, Volker (2002), Hat der kritische Rationalismus noch etwas zu lehren? in: Böhm, Jan M./Holweg, Heiko/Hoock, Claudia (Hrsg.), Karl Poppers kritischer Rationalismus heute, S. 58-80
- Glanegger, Peter/Güroff, Georg, Gewerbesteuergesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2014
- Gosch, Dietmar (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2015
- Graf von Armansperg, Wolfgang (1983), Die Abschreibungsgesellschaft, Entstehung, Ausgestaltung, Einschränkungen: eine rechtsvergleichende Darstellung der steuerrechtlichen Probleme in den USA und der Bundesrepublik Deutschland, München 1983
- Graffe, Ingo (2012), § 11 KStG, Stand Dezember 2012, in: Dötsch, Ewald/Pung, Alexandra/Möhlenbrock, Rolf (Hrsg.), Die Körperschaftsteuer. Kommentar zum Körperschaftsteuergesetz und zu den einkommensteuerrechtlichen Vorschriften des Anrechnungsverfahrens, Stuttgart 2014
- Greve, Jens /Schnabel, Anette/Schützeichel, Rainer (Hrsg.), Das Mikro-Makro-Modell der soziologischen Erklärung, Wiesbaden 2008
- Groh, Manfred (1976), Künftige Verluste in der Handels- und Steuerbilanz, zugleich ein Beitrag zur Teilwertdiskussion, in: Steuer und Wirtschaft 1976, S. 32-42

- Groh, Manfred (1990), § 15a EStG und die Kunst der Gesetzesanwendung, in: Der Betrieb 1990, S. 13-17
- Grottel, Bernd; Schmidt, Stefan; Schubert, Wolfgang J.; Winkeljohann, Norbert (Hrsg.), Beck'scher Bilanzkommentar, 10. Aufl., München 2016
- Güroff, Georg (2014), § 10a GewStG, in: Glanegger, Peter/Güroff, Georg, Gewerbesteuer-gesetz, Kommentar, 8. Aufl., München 2014
- Haarmann, Wilhelm (2001), Die Einschränkung der Berücksichtigung von Verlusten im Einkommensteuerrecht, in: Die Steuerberatung 2001, S. 145-153.
- Hackmann, Johannes (2006), Verfassungswidrigkeit der neuen Mindestbesteuerung? Anmerkungen zur Abhandlung von J. Lang und J. Englisch, in: Steuer und Wirtschaft 2006, S. 124-133
- Hallerbach, Dorothee (2012), § 10d EStG, Anm. 1-131, in: Hey, Johanna/Wendt, Michael (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Stand Januar 2012, Köln 2012
- Hans, Adrian (2007), Unternehmensteuerreform 2008: Kritik der Neuregelung über die Nutzung körperschaftsteuerlicher Verluste (§ 8c KStG), in: Finanzrundschau 2007, S. 775-781
- Hax, Herbert/Kern, Werner/Schröder, Hans-Horst (Hrsg.), Zeitaspekte in betriebswirtschaftlicher Theorie und Praxis, 50. Wissenschaftliche Jahrestagung des Verbandes der Hochschullehrer für Betriebswirtschaft e. V. Köln, 24.-28. Mai 1988, Stuttgart 1989
- Hayek, Friedrich A. (1976), Wahrer und falscher Individualismus, in: Hayek, Friedrich A. (Hrsg.), Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. Aufl., Salzburg 1976, S. 9-48.
- Hayek, Friedrich A. (Hrsg.), Individualismus und wirtschaftliche Ordnung, 2. Aufl. Salzburg, 1976.
- Hecker, Christian (1982), Abschreibungsgesellschaften in Berlin (West), Untersuchung über wirtschaftliche und rechtliche Wirkungen von Personengesellschaften in der Rechtsform der GmbH & Co. KG und der AG & Co. KG, Köln 1982
- Heintzen, Markus (2005), Gute Verluste, schlechte Verluste und der deutsche Steuer-gesetzgeber, S. 165-178, in: Bielefeld, Thomas/Marlow, Sven (Hrsg.), Ein Leben mit der Versicherungswirtschaft, Festschrift für Helmut Schirmer, Karlsruhe 2005
- Heinicke, Wolfgang (2016), § 1 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Ein-kommensteuergesetz, 35. Auflage, München 2016
- Heinicke, Wolfgang (2016), § 2a EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Ein-kommensteuergesetz, 35. Auflage, München 2016
- Heinicke, Wolfgang (2016), § 10d EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Ein-kommensteuergesetz, 35. Auflage, München 2016
- Hellwig, Peter (1984), Der Verlust im Steuerrecht (I), in: Deutsches Steuerrecht 1984, S. 287-291

Hennrichs, Joachim (2015), § 9 Steuerrechtliche Gewinnermittlung (Bilanzsteuerrecht), in: Tipke, Klaus/Lang, Joachim (Hrsg.), Steuerrecht, 22. Aufl., Köln 2015, S. 485-617

Hergarten, Lothar (2001), Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit - ein ausgehöhltes Prinzip? Anmerkungen zum BFH-Beschluss vom 09.05.2001, XI B 151/00, zur sogenannten Mindestbesteuerung nach § 2 Abs. 3 EStG, in: Deutsches Steuerrecht 2001, S. 1876-1880

Herzig, Norbert/Wagner, Thomas (2004), Mindestbesteuerung durch die Begrenzung der Verrechnung von Verlustvorträgen, in: Die Wirtschaftsprüfung 2004, S. 53-64

Heuermann, Bernd (2012), § 15a EStG, Stand: April 2012, in: Peter Brandis/Bernd Heuermann (Hrsg.), Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, Kommentar, München 2014

Heuermann, Bernd (2012), § 15b EStG, Stand November 2012, in: Brandis, Peter/Heuermann, Bernd (Hrsg.), Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer, Kommentar, München 2014

Hey, Johanna/Wendt, Michael (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz. Kommentar, Begründet von Carl Herrmann, Gerhard Heuer und Arndt Raupach, Köln 2014

Hey, Johanna (1998a), Abbau von Direktsubventionen und Steuervergünstigungen - verfassungsrechtliche terra incognita, in: Steuer und Wirtschaft 1998, S. 298-316

Hey, Johanna (2009), Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht nach Neufassung des § 42 AO und dem dazu ergangenen BMF-Erlass, in: Betriebs-Berater 2009, S. 1044-1048

Hey, Johanna (2010a), Spezialgesetzgebung und Typologie zum Gestaltungsmissbrauch, in: Hüttemann, Rainer (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht, 34. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. Nürnberg, 14. und 15. September 2009, Köln 2010, S. 139-176

Hey, Johanna (2010b), Besteuerung von Unternehmen und Individualsteuerprinzip, S. 1-29, in: Schön, Wolfgang/Osterloh-Konrad, Christine (Hrsg.), Kernfragen des Unternehmenssteuerrechts, Berlin, Heidelberg 2010

Hey, Johanna (2015), § 3 Steuersystem und Steuerverfassungsrecht, in: Tipke, Klaus/Lang, Joachim (Hrsg.), Steuerrecht, 22. Aufl., Köln 2015, S. 63-129

Hey, Johanna (2015), § 8 Einkommensteuer, in: Tipke, Klaus/Lang, Joachim (Hrsg.), Steuerrecht. 22. Aufl., Köln 2015, S. 283-484

Hey, Johanna (2015) § 11 Körperschaftsteuer, in: Tipke, Klaus/Lang, Joachim (Hrsg.), Steuerrecht. 22. Aufl., Köln 2015

Höck, Edith (2006), § 15a EStG oder die Verfehlung eines hohen Ziels, in: Die Steuerberatung 2006, S. 261-265.

- Holland, Magdalena (2008), § 11 KStG, in: Ernst & Young (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Bonn 2016
- Hörger, Helmut/Endres, Norbert (1998), Verlustnutzung beim Mantelkauf, in: Der Betrieb 1998, S.335-339
- Hoffmann, Wolf-Dieter (1991), Sonderabschreibungen und Gewinnerzielungsabsicht, Anmerkung zum BFH-Urteil vom 21.08.1990 - VIII R 25/86, in: Betriebsberater 1991, S. 1533-1534
- Hoffmann, Wolf-Dieter (2000), Drohverlustrückstellungen und Leistungsfähigkeitsprinzip, in: Steuern und Bilanzen 2000, S. 248-251
- Homburg, Stefan (2015), Allgemeine Steuerlehre, 7. Aufl., München 2015.
- Hummel, Lars (2015), § 1 KStG, in: Gosch, Dietmar (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2015
- Hundsdoerfer, Jochen/Kiesewetter, Dirk/Sureth, Caren (2008), Forschungsergebnisse in der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre - eine Bestandsaufnahme, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 2008, S. 61-139
- Hüttemann, Rainer (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsmissbrauch im Steuerrecht, 34. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V. Nürnberg, 14. und 15. September 2009, Köln 2010
- IFSt-Arbeitsgruppe (2011), Einführung einer modernen Gruppenbesteuerung – Ein Reformvorschlag, in: IFSt-Schrift 471, Berlin 2011
- Jacob, Martin/Pasedag, Andreas (2010), Verlustnutzung trotz § 8c KStG? - Die Wirkung steuerlicher Verlustvorträge auf den Unternehmenskauf, in: Die Wirtschaftsprüfung 2010, S. 92-100
- Jakob, Wolfgang (1988), § 15a EStG - Zu seiner Verfassungsmäßigkeit, insbesondere zur Anwendbarkeit auf Kommanditisten von "Nicht-Verlustzuweisungsgesellschaften", in: Betriebs-Berater 1988, S. 887-896
- Jakob, Wolfgang/Wittmann, Rolf (1988), Von Zweck und Wesen steuerlicher AfA, in: Finanzrundschau 1988, S. 540-553
- Jansen, Harald (2006), Erbschaftsteuerliche Wirkungen bei Vermögensübertragungen. Entscheidungswirkungen und Gleichmäßigkeit der Besteuerung, Berlin 2006
- Jehke, Christian (2012), Umstrukturierungen und steuerlicher Gestaltungsmissbrauch, in: Deutsches Steuerrecht 2012, S. 677-682
- Jochum, Heike (2011), Systemfragen zu Mantelkauf und Sanierungsklausel, in: Finanzrundschau 2011, S. 497-506
- Kaeser, Christian (2005), Der „Mantelkauf“- ein Fall für die Altkleidersammlung, in: Deutsches Steuerrecht 2005, S. 349-353

- Kaeser, Christian (2009), § 15b EStG, in: Kirchhof, Paul/Söhn, Hartmut/Mellinghoff, Rudolf (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, Kommentar, Stand: August 2009, München 2009
- Kahle, Holger (2010), Das Kapitalkonto im Sinne des § 15a EStG, in: Finanzrundschau 2010, S. 773-781
- Kaligin, Thomas (2006), Zweifelsfragen bei der Anwendung des § 15b EStG, in: Die Wirtschaftsprüfung 2006, S. 375-382
- Kaligin, Thomas (2013), § 15a EStG, Stand Juli 2013, in: Lademann, Fritz (Hrsg.), Kommentar zum Einkommensteuergesetz, Stuttgart 2014
- Karrenbrock, Holger (2004), Wider die Aushöhlung des Leistungsfähigkeitsprinzips durch die Mindestbesteuerung. Stellungnahme zu den BFH-Beschlüssen vom 06.03.2003 und zur Neuregelung der Mindestbesteuerung durch das ProtErklG, in: Der Betrieb 2004, S. 559-564
- Kessler, Wolfgang (2011), Grundsatz der Einmalbesteuerung und Einmalberücksichtigung von Verlusten bei Kapitalgesellschaften - Widerlegung der Symmetriethese, in: Finanzrundschau 2011, S. 754-756
- Kessler, Wolfgang/Förster, Guido/Watrin, Christoph (Hrsg.), Unternehmensbesteuerung. Festschrift für Norbert Herzig zum 65. Geburtstag. München 2010
- Kiesel, Karl-Peter (1987), Der Verlustabzug bei Kapitalgesellschaften, München 1987
- Kirchhof, Paul/Offerhaus, Klaus/Schöberle Horst (Hrsg.), Steuerrecht, Verfassungsrecht, Finanzpolitik, Festschrift für Franz Klein, Köln 1994
- Kirchhof, Paul (1985), Der verfassungsrechtliche Auftrag zur Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit, in: Steuer und Wirtschaft 1985, S. 319-329
- Kirchhof, Paul (2005), Verluste im Steuerrecht - Eröffnung der Jahrestagung und Rechtfertigung des Themas, in: von Groll, Rüdiger (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht. 29. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e. V., Mainz, 27. und 28. September 2004, Köln 2005, S. 1-9
- Kirchhof, Paul/Söhn, Hartmut/Mellinghoff, Rudolf (Hrsg.), Einkommensteuergesetz. Kommentar, München 2014
- Kirchhof, Paul (Hrsg.), EStG Kommentar, 15. Aufl. Köln 2016
- Klein, Franz (1966), Gleichheitssatz und Steuerrecht, Köln 1966
- Klein, Dennis (2005), Verluste und Besteuerungsgleichheit - Unter besonderer Berücksichtigung gemeinnütziger Körperschaften -, Hamburg 2005, zugl. Hamburg, Univ., Diss., 2004
- Kleinewefers, Henner (2008), Einführung in die Wohlfahrtsökonomie. Theorie, Anwendung, Kritik, Stuttgart 2008

- Knepper, Karl Heinz (1994), Rechtliche und wirtschaftliche Identität als Voraussetzung für den körperschaftsteuerlichen Verlustabzug, in: Deutsches Steuerrecht 1994, S. 1796-1799
- Knobbe-Keuk, Brigitte (1981), Der neue § 15a EStG - ein Beispiel für den Gesetzgebungsstil unserer Zeit, in: Steuer und Wirtschaft 1981, S. 97-105
- Knobbe-Keuk, Brigitte/Klein, Franz/Moxter, Adolf (Hrsg.), Handelsrecht und Steuerrecht, Festschrift für Georg Döllerer, Düsseldorf 1988
- Kober, Bernd W. (1995), Sonderformen des Beteiligungskaufes: Der Mantelkauf, Eine gesellschafts- und registerrechtliche Analyse, Frankfurt am Main 1995, zugl. Bayreuth, Univ., Diss., 1995
- Kohl, Michael (2012), Ertragsteuerrecht der Publikumspersonengesellschaften, Herne 2012, zugl. Bamberg, Univ.; Diss., 2012
- Kohlhaas, Karl-Friedrich (1998), Die typische Verlustzuweisungsgesellschaft - ein Rechtsgebilde der 70er Jahre?, in: Betriebs-Berater 1998, S. 399-405
- Kohlhaas, Karl-Friedrich (1999), Verlustzuweisungsgesellschaften im Sinne der bisherigen BFH-Rechtsprechung, Tatbestandsmerkmal des neuen § 2b EStG? in: Finanzrundschau 1999, S. 504-512
- Kohlhaas, Karl-Friedrich (2002), Echte und unechte Verluste - Anmerkungen zur unterschiedlichen Qualität von Verlusten, in: Betriebs-Berater 2002, S. 2527-2532
- Kohlhaas, Karl-Friedrich (2003), Die Personengesellschaft ohne Gewinnerzielungsabsicht - ein Mythos?!, in: Finanzrundschau 2003, S. 598-605
- Könemann, Ragnar W. (2001), Der Grundsatz der Individualbesteuerung im Einkommensteuerrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Übertragung von Abschreibungen bei Wirtschaftsgütern des Privatvermögens, Frankfurt am Main 2001
- König, Rolf (1997), Ungelöste Probleme einer investitionsneutralen Besteuerung - Gemeinsame Wurzel unterschiedlicher neutraler Steuersysteme und die Berücksichtigung unsicherer Erwartungen, in: Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 1997, S. 42-63
- König, Rolf/Wosnitza, Michael (2004), Betriebswirtschaftliche Steuerplanungs- und Steuerwirkungslehre, Heidelberg 2004
- Korezkij, Leonid (2006), Nochmals: Zur Verfassungsmäßigkeit der Mindestbesteuerung nach § 2 Abs. 3 EStG a. F. - Neue Entwicklung in der Rechtsprechung, in: Deutsches Steuerrecht 2006, S. 1778-1783
- Korn, Christian (2016), Bundesregierung beschließt Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften, in: Steuerrecht kurzgefasst 2016, S. 399-401
- Kraft, Gerhard/Staccioli, Guido (2016), Verlustverwertungsbeschränkungen bei Körperschaften im deutschen und im italienischen Recht, in: Recht der internationalen Wirtschaft 2016, S. 777-783

- Kratzsch, Alexander (2009), JStG 2009: Verrechnungsvolumen bei "nachträglichen Einlagen" eingeschränkt, in: *Gestaltende Steuerberatung: Steuerplanung, Steueroptimierung, Gestaltungsmodelle 2009*, S. 199-202
- Kriele, Martin (1963), *Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus*, Berlin 1963, zugl. Münster, Univ., Diss., 1963
- Kröner, Michael (1986), *Verrechnungsbeschränkte Verluste im Ertragsteuerrecht. Materiellrechtliche Grundlagen und systematische Gestaltungssuche*, Wiesbaden 1986
- Kroneberg, Clemens (2008), *Methodologie statt Ontologie. Das Makro-Mikro-Makro-Modell als einheitlicher Bezugsrahmen der akteurstheoretischen Soziologie*, in: Greve, Jens et al. (Hrsg.), *Das Mikro-Makro-Modell der soziologischen Erklärung*, Wiesbaden 2008, S. 222-247
- Kruse, Heinrich Wilhelm (1980), *Grundfragen der Liebhaberei*, in: *Steuer und Wirtschaft 1980*, S. 226-234
- Kruse, Heinrich Wilhelm (1990), *Über die Gleichmäßigkeit der Besteuerung*, in: *Steuer und Wirtschaft 1990*, S. 322-330
- Kudert, Stephan/Saakel, Katrin (1988), *Der Mantelkauf im Steuerrecht*, in: *BetriebsBerater 1988*, S. 1229-1234
- Kulosa, Egmont (2016), § 6 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), *Einkommensteuergesetz, 35. Auflage*, München 2016
- Kulosa, Egmont (2012), § 7 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), *Einkommensteuergesetz, 31. Auflage*, München 2012
- Kulosa, Egmont (2014): § 7 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), *Einkommensteuergesetz, 33. Auflage*, München 2014
- Kulosa, Egmont (2016): § 7 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), *Einkommensteuergesetz, 35. Auflage*, München 2016
- Kulosa, Egmont (2016): § 7a EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), *Einkommensteuergesetz, 35. Auflage*, München 2016
- Küting, Karlheinz/Kessler, Harald (2000), *Einige Bemerkungen zum Verhältnis vom Imparitätsprinzip und Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit*, in: *Steuern und Bilanzen 2000*, S. 21-29
- Lademann, Fritz (Hrsg.), *Kommentar zum Einkommensteuergesetz*, Stuttgart 2014
- Lang, Bianca (2017), § 8d KStG, in: Ernst & Young (Hrsg.), *Körperschaftsteuergesetz Kommentar*, Bonn 2017
- Lang, Bianca (2010), § 8c KStG, in: Ernst & Young (Hrsg.), *Körperschaftsteuergesetz Kommentar*, Bonn 2017

- Lang, Joachim (1988), Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, Rechtssystematische Grundlagen steuerlicher Leistungsfähigkeit im deutschen Einkommensteuerrecht, Köln 1988, zugl. Köln, Univ., Habil., 1981
- Lang, Joachim (2006), Die gleichheitsrechtliche Verwirklichung der Steuerrechtsordnung, in: Steuer und Wirtschaft 2006, S. 22-33
- Lang, Joachim (2009), Steuergerechtigkeit und Globalisierung, in: Spindler, Wolfgang/Tipke, Klaus/Rödter, Thomas (Hrsg.), Steuerzentrierte Rechtsberatung. Festschrift für Harald Schaumburg zum 65. Geburtstag, Köln 2009, S. 45-64
- Lang, Joachim/Englisch, Joachim (2005), Zur Verfassungswidrigkeit der neuen Mindestbesteuerung, in: Steuer und Wirtschaft 2005, S. 3-24
- Larenz, Karl (1991), Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg 1991
- Lengerke, Thomas (1986), Prospekthaftung bei Verlustzuweisungsgesellschaften, Osnabrück 1986, zugl. Diss. Universität Osnabrück 1986
- Lenz, Martin (2010a), Alternativen zu § 8c KStG - internationaler Vergleich, in: Kessler, Wolfgang/Förster, Guido/Watrin, Christoph (Hrsg.), Unternehmensbesteuerung, Festschrift für Norbert Herzig zum 65. Geburtstag, München 2010, S. 131-146
- Lenz, Martin (2010b), § 11 KStG, in: Erle, Bernd/Sauter, Thomas (Hrsg.), 3. Aufl., Heidelberg 2010
- Lenz, Martin; Ribbrock, Martin (2010), Die Berücksichtigung EU-ausländischer Betriebsstättenverluste beim deutschen Stammhaus, in: Der Betrieb 2010, S. 1963-1968
- Levedag, Christian (2016), § 3 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 35. Auflage, München 2016
- Lindner, Franz (2010), Kurznachricht zu "Anmerkung zum Beschluss des BFH vom 26.08.2010, Az.: I B 49/10", (Sog. Mindestbesteuerung bei endgültigem Ausschluss der Verlustverrechnung ernstlich zweifelhaft), in: Betriebs-Berater 2010, S. 3133-3135
- Littmann, Eberhard (1981), § 10d EStG, in Littmann, Eberhard/Grube, Georg/Hellwig, Peter/George, Heinz, Einkommensteuerrechtlicher Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 13. Aufl., Stuttgart 1981
- Littmann, Eberhard/Grube, Georg/Hellwig, Peter/George, Heinz (1981), Einkommensteuerrechtlicher Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 13. Aufl., Stuttgart 1981
- Loritz, Karl-Georg (1997): Verlustzuweisungsgesellschaften und Gewinnerzielungsabsicht, "Ein Lehrstück ohne Lehre", in: Betriebs-Berater 1997, S. 1281-1285
- Lüdemann, Peter (1998), Verluste bei beschränkter Haftung, Eine steuer- und verfassungsrechtliche Studie am Beispiel des § 15a EStG, Berlin 1998, zugl. Augsburg, Univ., Diss., 1997

- Lüdemann, Peter (2011), § 15a EStG, in: Hey, Johanna/Wendt, Michael (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz. Kommentar, Stand: Dezember 2011, Köln 2014
- Lüdicke, Jürgen/Braunagel, Ralf U. (2010), Versuch einer Systematisierung der Verlustverrechnungsbeschränkungen, in: Lüdicke, Jürgen/Kempf, Andreas/Brink, Thomas (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Baden-Baden 2010, S. 291-306
- Lüdicke, Jürgen/Kempf, Andreas/Brink, Thomas (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Baden-Baden 2010
- Lüdicke, Jürgen/Naujok, Jan-Pieter (2006), Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, in: Der Betrieb 2006, S. 744-748
- Maiterth, Ralf/Müller, Heiko (2003), Abbau von Steuervergünstigungen durch Einschränkungen bei der Fortführung eines körperschaftsteuerlichen Verlustvortrags?, in: Steuern und Bilanzen 2003, S. 254-261
- Massbaum, Michael/Meyer-Scharenberg, Dirk/Perlet, Helmut (Hrsg.), Die deutsche Unternehmensbesteuerung im europäischen Binnenmarkt: Besteuerungsgrundlagen und grenzüberschreitende Steuerplanung in Deutschland, Neuwied 1994
- Meßmer, Kurt (1981), "Steuergerechtigkeit" durch Normenflut, offene und verdeckte Subventionen und Entlastung der Finanzgerichtsbarkeit, in: Betriebs-Berater, Beilage 1/1981 zu Heft 4/1981, S. 1-19
- Meyer-Scharenberg, Dirk (1994), Der Mantelkauf, in: Massbaum, Michael/Meyer-Scharenberg, Dirk/Perlet, Helmut (Hrsg.), Die deutsche Unternehmensbesteuerung im europäischen Binnenmarkt: Besteuerungsgrundlagen und grenzüberschreitende Steuerplanung in Deutschland, Neuwied 1994, S. 821-851,
- Micker, Lars (2010), § 11 KStG, in: Hey, Johanna/Wendt, Michael (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Köln 2014
- Mittelbach, Rolf (1981), Abschreibungsgesellschaften - die neuen Chancen und Risiken einer umstrittenen Kapitalanlageform nach der Neuregelung des negativen Kapitalkontos. Der Leitfaden für Kapitalanleger und Steuerberater, Kissing 1981
- Mönikes, Cordula (2006), Die Verlustverrechnungsbeschränkungen des Einkommensteuergesetzes im Lichte der Verfassung, Aachen 2006, zugl. Münster (Westfalen), Univ., Diss., 2006
- Montag, Heinrich (2015), § 12 Gewerbesteuer, in: Tipke, Klaus/Lang, Joachim (Hrsg.), Steuerrecht, 22. Aufl., Köln 2015, S. 717-737
- Mössner, Manfred (2010), Verlustverrechnung in Deutschland sowie in weiteren ausgewählten Ländern, Negative Einkünfte mit Bezug zu Drittstaaten (§ 2a EStG), in: Lüdicke, Jürgen/Kempf, Andreas/Brink, Thomas (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Baden-Baden 2010, S. 62-71
- Moxter, Adolf (1988), Periodengerechte Gewinnermittlung und Bilanz im Rechtssinne, in: Knobbe-Keuk, Brigitte/Klein, Franz/Moxter, Adolf (Hrsg.),

- Handelsrecht und Steuerrecht, Festschrift für Georg Döllner, Düsseldorf 1988, S. 447-458
- Moxter, Adolf (1998), Künftige Verluste in der Handels- und Steuerbilanz., in: Deutsches Steuerrecht 1998, S. 509-515
- Müller, Katja (2001), Verwirklichung von Gerechtigkeit und Entscheidungsneutralität in den Einkommen- und Körperschaftsteuersystemen der EU-Mitgliedstaaten, Lohmar 2001, zugl. Mannheim, Univ., Diss., 2001
- Müller, Thomas (2014), Die Organschaft, Teil A und Teil B, in: Müller, Thomas/Stöcker, Ernst E./Lieber, Bettina (Hrsg.), Herne 2014
- Müller, Thomas/Stöcker, Ernst E./Lieber, Bettina (Hrsg.), Die Organschaft, Herne 2014
- Musil, Andreas (2011), Was sind finale Verluste?, in: Der Betrieb 2011, S. 2451-2455
- Nebe, Johannes R. (1999), Steuerliche Verlustberücksichtigung. Rechtliche und wirtschaftliche Analyse, Kassel 1999, zugl. Kassel, Univ., Diss., 1999
- Nestler, Melanie (2006), Das Verhältnis zwischen steuerrechtlichem Verlustausgleich im Rahmen des § 15a EStG und zivilrechtlicher Haftung am Beispiel des Eigenkapitalersatzrechts. Maßstab der Verlustverrechnung - Haftung im Außenverhältnis oder Verlusttragung im Innenverhältnis?, Aachen 2006, zugl. Düsseldorf, Univ., Diss., 2006
- Neumark, Fritz (1970), Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, Tübingen 1970
- Neyer, Wolfgang (2010a), Die Konzernklausel für den Verlustabzug. - Problem-bereiche der Verschonungsregel des § 8c Abs. 1 S. 5 KStG -, in: GmbH-Rundschau 2010, S. 1132-1139
- Neyer, Wolfgang (2010b), Verlustnutzung nach Anteilsübertragung: Anwendung der neuen Verschonungsregeln auf Konzernsachverhalte, in: Betriebs-Berater 2010, S. 1055-1063
- Neyer, Wolfgang (2017), Der neue § 8d KStG: Verlustretter mit Schwachstellen, in: Betriebs-Berater 2017, S. 415-421
- Niehus, Ulrich/Wilke, Helmuth (2008), Die Besteuerung der Personengesellschaften, 4. Aufl., Stuttgart 2008
- Niemann, Rainer (2004), Investitionswirkungen steuerlicher Verlustvorträge - Wie schädlich ist die Mindestbesteuerung?, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 2004, S. 359-383
- Noël, Paul (2017), Der fortführungsgebundene Verlustvortrag gemäß § 8d KStG - Ein Überblick und Problemfelder in der Praxis, in: GmbH-Steuerberater 2017, S. 86-92
- Olbing, Klaus (2014), § 8c KStG, in: Streck, Michael (Hrsg.), Körperschaftsteuer-gesetz Kommentar, Stand: 2014, 8. Aufl., München 2014

- Ordelleide, Dieter/Rudolph, Bernd/Büselmann, Elke (Hrsg.), Betriebswirtschaftslehre und ökonomische Theorie, Stuttgart 1991
- Ortmann-Babel, Martina/Bolik, Andreas (2016), Verlustrettung durch fortführungsgelassenen Verlustvortrag nach § 8d KStG, in: Der Betrieb 2016, S. 2984-2988
- Palm, Ulrich (2002), Verfassungsmäßigkeit einer quellenbezogenen Mindestbesteuerung im Ertragssteuerrecht, in: Deutsches Steuerrecht 2002, S. 152-160
- Pferdmenges, Günter (1990), Einkünfteerzielungsabsicht, Eine steuerrechtliche Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Besteuerung der Personengesellschaften, Düsseldorf 1990
- Pfaffmann, Volker (2016), § 10d EStG, in: Kirchhof, Paul (Hrsg.), EStG Kommentar, 15. Aufl., Köln 2016
- Popper, Karl R. (1992), Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, Band II, 7. Aufl., Tübingen 1992
- Popper, Karl R. (2005), Logik der Forschung, 11. Aufl., Tübingen 2005
- Prinz, Ulrich (2011), Rückstellungen in der Steuerbilanz: Ein Gebot sachgerechter Leistungsfähigkeitsbesteuerung, in: Der Betrieb 2011, S. 492-497
- Rennings, Peter (2011), Einschränkungen der Verlustverrechnung, in: Finanzrundschau 2011, S. 741-745
- Richter, Lutz (2010), Zum Diskussionsstand der Berücksichtigung ausländischer Betriebsstättenverluste in Deutschland, in: Internationales Steuerrecht 2010, S. 1-13
- Röder, Thomas/von Freeden, Arne (2010), Stille Reserven für Zwecke des § 8c KStG bei unmittelbarem und zugleich mittelbarem (mehrstufigem) Beteiligungserwerb, in: Die Unternehmensbesteuerung 2010, S. 551-555
- Röder, Erik (2010), Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht. Verfassungsrechtliche Vorgaben und Ausgestaltung de lege ferenda, Köln 2010, zugl. Köln, Univ. Diss. 2010
- Röder, Erik (2012), Zur Verfassungswidrigkeit der Mindestbesteuerung (§ 10d Abs. 2 EStG) und der Beschränkung des Verlustabzugs nach § 8c KStG, in: Steuer und Wirtschaft 2012, S. 18-32
- Rogall, Matthias (2004), Die Funktionsweise des § 15a EStG - zur Notwendigkeit, Anzahl und Fortentwicklung von Korrektur- und Merkpunkten, in: Betriebs-Berater 2004, S. 1819-1823
- Rose, Gerd (1985), Überlegungen zur Steuergerechtigkeit aus betriebswirtschaftlicher Sicht, in: Steuer und Wirtschaft 1985, S. 330-344
- Rublack, Carolin (2011), Berücksichtigung finaler Auslandsverluste. Ein Vorschlag zur Umsetzung der unionsrechtlichen Anforderungen im deutschen Steuerrecht, IFSt-Schrift 472, Berlin 2011
- Salzberger, Wolfgang (2000), Wechselwirkungen zwischen Corporate Governance und Besteuerung, in: Die Betriebswirtschaft 2000, S. 210-221

- Schallmoser, Ulrich, § 8 KStG, in: Hey, Johanna/Wendt, Michael (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Stand November 2012, Köln 2014
- Scheffler, Wolfram (2014), Besteuerung von Unternehmen II, Steuerbilanz, 8. Aufl., Heidelberg 2014
- Schloßmacher (2004), § 8 Abs. 4 KStG a. F, in: Hey, Johanna/Wendt, Michael (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Stand: Oktober 2004, Köln 2014
- Schlutius, Walter (1962), Der Mantelkauf mit Verlustabzug, Düsseldorf 1962
- Schmidt, Reinhard H./Terberger, Eva (1997), Grundzüge der Investitions- und Finanzierungstheorie, 4. Aufl., Wiesbaden 1997
- Schmiel, Ute (2002), Zur Bedeutung des Gesellschaftsrechts für die Unternehmensbesteuerung aus der Perspektive betriebswirtschaftlicher Rechtskritik, in: Die Betriebswirtschaft 2012, S. 474-487
- Schmiel, Ute (2005), Rechtskritik als Aufgabe der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre. Berlin 2005, zugl. Duisburg, Univ., Habil., 2005
- Schmiel, Ute (2009), Forschungsziele der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre in der Kritik, in: Zeitschrift für Betriebswirtschaft 2009, S. 1193-1214
- Schmiel, Ute (2010), § 8c KStG in der Kritik: Ungleichmäßigkeit der Besteuerung durch Verlustverrechnungsbeschränkung beim Mantelkauf und anderen Anteilsübertragungen, in: Betriebs-Berater 2008, S. 151-157
- Schmiel, Ute (2012a), Institutionales oder individualistisches Unternehmensverständnis im Ertragssteuerrecht aus Sicht der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre, unveröffentlichtes Paper, Essen 2012
- Schmiel, Ute (2012b), Entspricht eine steuerliche Gewinnermittlung nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Bilanzierung dem Leistungsfähigkeitsprinzip?, in: Schröder, Hendrik /Clausen, Volker/Behr, Andreas (Hrsg.), Essener Beiträge zur empirischen Wirtschaftsforschung: Festschrift für Prof. Dr. Walter Assenmacher, Heidelberg 2012, S. 217-236
- Schmiel, Ute (2012c), Methodologischer Individualismus oder methodologischer Holismus als Fundament für die Betriebswirtschaftslehre? Workshop der Kommission Wissenschaftstheorie und Ethik in der Wirtschaftswissenschaft in Kooperation mit der Kommission Hochschulmanagement 16.02.2012, Berlin 2012
- Schmiel, Ute (2013), Gleichmäßigkeit der Ertragsbesteuerung – ein ökonomisch fundiertes Besteuerungsziel?, in: Walter Eucken/Franz Böhm/Hans Otto Lenel et al. (Hrsg.), ORDO – Jahrbuch für Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft; (Band 64), 2013, S. 137-162
- Schmiel, Ute (2014a), Betriebswirtschaftliche Steuerrechtskritik auf der Grundlage eines evolutarischen Forschungsprogramms?, Unveröffentlichtes Manuskript, Essen 2014

Schmiel, Ute (2014b), Wege zu mehr Glaubwürdigkeit und Sichtbarkeit von Unternehmensverantwortung: Wer übernimmt Verantwortung für was gegenüber wem und warum?, in: Schrader, Ulf/Muster, Viola (Hrsg.), Gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen: Wege zu mehr Glaubwürdigkeit und Sichtbarkeit. Wirtschaftswissenschaftliche Nachhaltigkeitsforschung, Band 15, Marburg 2014, S. 35-59

Schmiel, Ute/Wagenknecht, Michael (2016), Evolutorische Gleichmäßigkeit der Besteuerung und Ertragsbesteuerung der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter zwischen Schwesterpersonengesellschaften, in: Eckert, Stefan/Trautnitz, Georg (Hrsg.), Internationales Management und die Grundlagen des globalisierten Kapitalismus, Wiesbaden 2016

Schmiel, Ute (2016), Steuerliche Leistungsfähigkeit von Publikumsgesellschaften: Sind Publikumsgesellschaften Netzwerke von Verträgen oder korporative Akteure?, in: ORDO - Jahrbuch für Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 2016, (Band 67), 2016, S. 75-100

Schmitt, Joachim (2013), § 12 UmwStG, in: Schmitt, Joachim/Hörtnagel, Robert/Stratz, Rolf-Christian (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 6. Aufl., München 2013

Schmitt, Joachim/Hörtnagel, Robert/Stratz, Rolf-Christian (Hrsg.), Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 6. Aufl., München 2013

Schneider, Dieter (1970), Sofortiger Verlustausgleich statt Teilwertabschreibung - ein Problem der Steuerreform -, in: Die Wirtschaftsprüfung 1970, S. 68-72

Schneider, Dieter (1971), Gewinnermittlung und steuerliche Gerechtigkeit, in: Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 1979, S. 352-394

Schneider, Dieter (1984), Leistungsfähigkeitsprinzip und Abzug von der Bemessungsgrundlage, in: Steuer und Wirtschaft 1984, S. 356-367

Schneider, Dieter (1992), Investition, Finanzierung und Besteuerung, 7. Aufl., München 1992.

Schneider, Dieter (1999), Abbau von Steuervergünstigungen durch Skalpierung der Maßgeblichkeit und Verlustverrechnung als "Stärkung der Investitionskraft"?, in: Der Betrieb 1999, S. 105-110

Schneider, Dieter (1999), Ist die Einkommensteuer überholt? Kritik und Reformvorschläge, in: Smekal, Christian/Sendlhofer, Rupert/Winner, Hannes (Hrsg.), Einkommen versus Konsum, Heidelberg 1999, S. 1-14

Schneider, Dieter (2001), Betriebswirtschaftslehre, Band 4: Geschichte und Methoden der Wirtschaftswissenschaft, München 2001

Schneider, Dieter (2002), Steuerlast und Steuerwirkung. Einführung in die steuerliche Betriebswirtschaftslehre, München 2002

Schneider, Dieter (2004), Steuervereinfachung durch Rechtsformneutralität?, in: Der Betrieb 2004, S. 1517-1521

- Schnitter, Georg (2015), § 10a GewStG, in: Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz Kommentar, Freiburg 2015
- Schnitter, Georg (2012), § 4 UmwStG, in: Frotscher, Gerrit/Maas, Ernst (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Gewerbesteuergesetz, Umwandlungssteuergesetz Kommentar, Freiburg 2012
- Schön, Wolfgang/Osterloh-Konrad, Christine (Hrsg.), Kernfragen des Unternehmenssteuerrechts, Berlin, Heidelberg 2010
- Schreiber, Ulrich (2009), Prinzipien der Unternehmensbesteuerung und die Begrenzung des Zinsabzugs, in: Egner, Thomas/Henselmann, Klaus/Schmidt, Lutz (Hrsg.), Steuern und Rechnungslegung. Festschrift zum 65. Geburtstag von Professor Dr. Jochen Sigloch, Aachen 2009, S. 421-443
- Schreiber, Ulrich (2011), Kommentar zum Beitrag von Ralf Ewert und Rainer Niemann, in: Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 2011, S. 132-135
- Schröder, Hendrik/Clausen, Volker/Behr, Andreas (Hrsg.), Essener Beiträge zur empirischen Wirtschaftsforschung: Festschrift für Prof. Dr. Walter Assenmacher, Heidelberg 2012
- Schubert, Wolfgang J. (2016), § 249 Rückstellungen, in: Grottel, Bernd; Schmidt, Stefan; Schubert, Wolfgang J.; Winkeljohann, Norbert (Hrsg.), Beck'scher Bilanzkommentar, 10. Aufl., München 2016
- Schubert, Wolfgang J./Roscher, Klaus (2016), § 253 Zugangs- und Folgebewertung, in: Grottel, Bernd; Schmidt, Stefan; Schubert, Wolfgang J.; Winkeljohann, Norbert (Hrsg.), Beck'scher Bilanzkommentar, 10. Aufl., München 2016
- Schulze-Osterloh, Joachim (1985a), Gemeinschaftliche Einkunftserzielung oder Liebhaberei, in: Finanzrundschau 1985, S. 197-204
- Schulze-Osterloh, Joachim (1985b), Teil I: Gute Verluste - Böse Verluste Ausschluß und Beschränkung des Verlustausgleichs und -abzugs, in: Deutsches Anwaltsinstitut e. V. (Hrsg.), Aktuelle steuerrechtliche Beiträge, Referate und Diskussionen der 35. Steuerrechtlichen Jahresarbeitsstagung, Wiesbaden vom 14. bis 16. Mai 1984, Herne, Berlin 1984/1985, S. 267-307
- Schwedhelm, Rolf (2003), § 8 KStG, in: Streck, Michael (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, 6. Aufl., München 2003
- Seeger, Siegbert F. (2016), § 15b EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 35. Aufl., München 2016
- Seidl, Christian (1988), Die Renaissance des Opfergleichprinzips der Besteuerung, in: Steuer und Wirtschaft 1988, S. 93-99
- Senger, Günter (1986), Steuergerechtigkeit - Idee und Wirklichkeit, in: Die Steuerberatung 1986, S. 311-315
- Siegel, Theodor (1999), Rückstellungen, Teilwertabschreibungen und Maßgeblichkeitsprinzip, in: Steuern und Bilanzen 1999, S. 195-201

- Siegel, Theodor et al. (2000), Verteidigt das Anrechnungsverfahren gegen unbedachte Reformen!, in: Betriebs-Berater 2000, S. 1269-1270.
- Siegel, Theodor (2000a), Die Beziehung zwischen steuerlich abzulehnenden Drohverlustrückstellungen und gebotenen Teilwertabschreibungen. Zum Abschied von einer lieb gewonnenen Steuerpause, in: Steuern und Bilanzen 2000, S. 564-569
- Siegel, Theodor (2000b), Rückstellungen in der Steuerbilanz und Leistungsfähigkeitsprinzip, in: Steuern und Bilanzen 2000, S. 29-33
- Siegel, Theodor (2007a), Steuern, Ethik und Ökonomie, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis 2007, S. 625-642
- Siegel, Theodor (2007b), Rechtsformneutralität - ein klares und begründetes Ziel, in: Winkeljohann, Norbert/Bareis, Peter/Hinz, Michael/Volk, Gerrit (Hrsg.), Rechnungslegung, Eigenkapital und Besteuerung. Entwicklungstendenzen. Festschrift für Dieter Schneeloch zum 65. Geburtstag, München 2007, S. 271-290
- Siegel, Theodor (2011), Zuordnungsänderung in Personengesellschaften – Zur Klärung der steuerlichen Gewinnrealisierung mit dem Konzept der Individualbilanz, in: Finanz-Rundschau, 2011, S. 45-61
- Sistermann, Christian/Brinkmann, Jan (2011), Mindestbesteuerung nach § 10d Abs. 2 EStG - Anmerkungen zum Schreiben vom 19.10.2011, in: Deutsches Steuerrecht 2011, S. 2230-2232
- Smekal, Christian/Sendlhofer, Rupert/Winner, Hannes (Hrsg.), Einkommen versus Konsum, Heidelberg 1999
- Smith, Adam (1990), Der Wohlstand der Nationen: Eine Untersuchung seiner Natur und seiner Ursachen, Übersetzung von Horst-Claus Recktenwald, München 1990
- Söffing, Günter (1987), Soll § 15a EStG aufgehoben werden?, in: Die Steuerberatung 1987, S. 282-284
- Söhn, Hartmut (1991), Anschaffungskosten/Herstellungskosten und Betriebsausgabenbegriff, in: Steuer und Wirtschaft 1991, S. 270-277
- Spindler, Wolfgang/Tipke, Klaus/Rödter, Thomas (Hrsg.), Steuerzentrierte Rechtsberatung, Festschrift für Harald Schaumburg zum 65. Geburtstag, Köln 2009
- Stein, Heinz-Gerd (1983), Steuerlicher Verlustausgleich und Strukturwandel der Unternehmen, in: Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung 1983, S. 29-40
- Stenz, Oliver (2010), §15b EStG - Verlustverrechnungsbeschränkungen bei Steuerstundungsmodellen, Aachen 2010, zugl. Berlin, Univ., Diss., 2010
- Stockmann, Frank (2000), Verluste ausländischer Tochtergesellschaften im deutschen internationalen Steuerrecht. Zur Gewinn -und Verlustbesteuerung bei Mutter-Tochter-Verhältnissen. Historische Grundlagen und europäische Perspektiven, Hamburg 2000, zugl. Berlin, Univ., Diss., 1998
- Streck, Michael (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, 6. Aufl., München 2003

- Streck, Michael (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz mit Nebengesetzen, 8. Aufl. München 2014
- Suchanek, Markus/Herbst, Christian (2007), Unternehmensteuerreform 2008: fatale Wirkungen des neuen § 8c KStG zur Verlustnutzung bei Körperschaften und der Auslaufvorschrift zu § 8 Abs. 4 KStG, in: Finanzrundschau 2007, S. 863-873
- Suchanek, Markus/Jansen, Arne (2011), Änderungen bei der Stille-Reserven Klausel des § 8c KStG durch das Jahressteuergesetz 2010, in: GmbH-Rundschau 2011, S. 174-178
- Suchanek, Markus/Rüsch, Gary (2016), Update zu § 8d KStG: Die Änderungen im verabschiedeten Gesetz, in: Die Unternehmensbesteuerung 2017, S. 7-14
- Sureth, Caren/Kopplin, Anja (2010), Wichtigste Einflussfaktoren auf die steuerliche Verlustnutzung bei Personengesellschaften, Die praktische Relevanz des § 15a EStG, in: Steuer und Studium 2010, S. 497-502
- Theisen, Manuel (1988), Gewinnerzielungsabsicht als Besteuerungsmerkmal unternehmerischen Handelns 1988, S. 39-45
- Theisen, Manuel (1999), Die Liebhaberei - Ein Problem des Steuerrechts und der Betriebswirtschaftlichen Steuerlehre 1999, S. 255-263
- Thiel, Jochen (1990), Mantelkauf und Sanierung – Zur Auslegung des § 8 Abs. 4 KStG, in: GmbH-Rundschau 1990, S. 223-229
- Thiel, Rudolf (1964), Der Verlust des Kommanditisten, in: Der Betrieb 1964, S. 1166-1169
- Tipke, Klaus (2000), Die Steuerrechtsordnung, Band I, Wissenschaftstheoretische, systematische und grundrechtlich-rechtsstaatliche Grundlagen, 2. Aufl., Köln 2000
- Tipke, Klaus (2003), Die Steuerrechtsordnung, Band II, Steuerrechtfertigungstheorie, Anwendung auf alle Steuerarten, sachgerechtes Steuersystem, 2. Aufl., Köln 2003
- Tipke, Klaus (1993), Die Steuerrechtsordnung, Band II, Steuerrechtfertigungstheorie, Anwendung auf alle Steuerarten, sachgerechtes Steuersystem, 1. Aufl., Köln 1993
- Tipke, Klaus/Lang, Joachim (Hrsg.), Steuerrecht, 22. Aufl., Köln 2015
- Treich, Corinna (2000), Entscheidungsneutralität der Besteuerung. Ökonomische Anforderungen an ein "gutes" Steuersystem, in: Steuer und Studium 2000, S. 368-374
- Uhlenbruck, Wilhelm (1974), Abschreibungsgesellschaften. Anlegerprobleme bei Sanierung, Konkurs, Vergleich, Düsseldorf 1974
- Vanberg, Viktor (1983), Der individualistische Ansatz zu einer Theorie der Entstehung und Entwicklung von Institutionen, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 1983, S. 50-69
- Vanberg, Viktor (1998), Rationale Wahlhandlung, Regelorientierung und Institutionen. Eine evolutorische Perspektive, in: Wegner, Gerhard/Wieland, Josef (Hrsg.), Formelle und informelle Institution - Genese, Interaktion und Wandel. Institutionelle und Evolutorische Ökonomie, Marburg 1998, S. 379-422

- Vanberg, Viktor (2003), Evolutorische Ökonomik: Homo Oeconomicus, Markt und Institutionen, in: Evolution in den Natur-, Sozial- und Geisteswissenschaften: Referate einer Vorlesungsreihe des Collegium Generale der Universität Berlin im Sommersemester 2000, S. 117-137
- Verführt, Frank (2002), Verlustausgleichsverbote im Einkommensteuerrecht, 2002, zugl. Diss. Uni. Köln 2002
- Vom Stein, Harry (1985), Verlustzuweisungsgesellschaften - rechtfertigender Grund einer Steuerrechtsänderung? Darstellung und Analyse der Verlustzuweisungskonzeptionen im Hinblick auf vergangenes, gegenwärtiges und zukünftiges Recht, Frankfurt am Main 1985
- Von Beckerath, Hans-Jochem, § 15a EStG, Stand: Juni 2009, in: Kirchhof, Paul/Söhn, Hartmut/Mellinghoff, Rudolf (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, Kommentar, München 2014
- Von Gehlen, Dirk (1989), Die Abgrenzung von Liebhaberei und einkommensteuerlich relevanter Betätigung aus betriebswirtschaftlicher Sicht, Bergisch Gladbach 1989
- Von Groll, Rüdiger (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht. 29. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e. V., Mainz, 27. und 28. September 2004, Veröffentlichungen der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e. V., Band 28, Köln 2005
- Von Wilcken, Christoph (2016), Rettung der Sanierungsklausel durch einen neuen § 8d KStG?, in: Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht 2016, S. 996-998
- Voß, Andreas (1989), Auswirkungen steuerlicher Verlustbehandlung auf betriebswirtschaftliche Entscheidungen, 1989, zugl. Duisburg, Gesamthochschule, Diss., 1990
- Voßkuhl, Stefan (2009), § 7 GewStG, in: Bollweg, Achim, Gewerbesteuergesetz, Kommentar, Herne 2009
- Wacker, Roland (2016), § 15 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 35. Aufl., München 2016
- Wacker, Roland (2016), § 15a EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich: Einkommensteuergesetz, 35. Aufl., München 2016
- Wagner, Franz W. (1989), Die zeitliche Erfassung steuerlicher Leistungsfähigkeit, in: Hax, Herbert/Kern, Werner/Schröder, Hans-Horst (Hrsg.), Zeitaspekte in betriebswirtschaftlicher Theorie und Praxis, 50. Wissenschaftliche Jahrestagung des Verbandes der Hochschullehrer für Betriebswirtschaft e. V. Köln, 24.-28. Mai 1988, Stuttgart 1989, S. 261-277
- Wagner, Franz W. (1991), Steuersystem und Unternehmenstheorie, in: Ordelleide, Dieter/Rudolph, Bernd/Büßelmann, Elke (Hrsg.), Betriebswirtschaftslehre und ökonomische Theorie, Stuttgart 1991, S. 75-96

- Wagner, Franz W. (1992), Neutralität und Gleichmäßigkeit als ökonomische und rechtliche Kriterien steuerlicher Normkritik, in: Steuer und Wirtschaft 1992, S. 2-13
- Wagner, Franz W. (1999), Eine Einkommensteuer muß eine konsumorientierte Steuer sein, in: Smekal, Christian/Sendlhofer, Rupert/Winner, Hannes (Hrsg.), Einkommen versus Konsum, Heidelberg 1999, S. 15-35
- Wagner, Franz W. (2000), Unternehmenssteuerreform und Corporate Governance, in: Steuer und Wirtschaft, 2000, S. 109-120.
- Wagner, Franz W. (2004), Gegenstand und Methoden betriebswirtschaftlicher Steuerforschung, in: Steuer und Wirtschaft 2004, S. 237-250
- Wagner, Franz W. (2005), F.1. Besteuerung, in: Bitz, Michael; Domsch, Michael, Ewert, Ralf; Wagner, Franz W. (Hrsg.), Vahlens Kompendium der Betriebswirtschaftslehre, Band 2, 5. Aufl., München 2005
- Wagner, Thomas (2010), § 8c KStG: Verschonungsregelung bei stillen Reserven - Neuerungen und Zweifelsfragen -, in: Der Betrieb 2010, S. 2751-2757.
- Walter, Wolfgang (2016), § 14 KStG in: Andersen (Hrsg.), Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Stand: Februar 2016, Köln 2016
- Wassermeyer, Franz (1985), § 15a EStG, Eine Herausforderung für den steuerlichen Berater - Gestaltungshinweise für das Nutzbarmachen steuerlicher Verluste, in: Der Betrieb 1985, S. 2634-2640
- Wassermeyer, Franz (2011), Einschränkungen der Verlustverrechnung, in: Finanzrundschau 2011, S. 752-754
- Weber, Max (1913/1964), Gutachten zur Werturteilsdiskussion im Ausschuss des Vereins für Socialpolitik, in: Eduard Baumgarten (Hrsg.), Weber, Max, Werk und Person, Tübingen 1913/1964, S. 102-139
- Weber-Grellet, Heinrich (2001), Steuern im modernen Verfassungsstaat. Funktionen, Prinzipien und Strukturen des Steuerstaats und des Steuerrechts, Köln 2001, (zugl. Münster (Westfalen), Univ., Habil., 2001
- Weber-Grellet, Heinrich (2002), Realisationsprinzip und Belastungsprinzip – Zum zeitlichen Ausweis von Ertrag und Aufwand, in: Der Betrieb 2002, S. 2180-2183
- Weber-Grellet, Heinrich (2004), Mindestbesteuerung/Verlustverrechnung, in: Die Steuerberatung 2004, S. 31-39
- Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 31. Auflage, Begründet von Ludwig Schmidt, München 2012
- Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 33. Auflage, Begründet von Ludwig Schmidt, München 2014
- Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 35. Auflage, Begründet von Ludwig Schmidt, München 2016
- Weber-Grellet, Heinrich (2016), § 2 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 35. Aufl., München 2016

- Weber-Grellet, Heinrich (2016), § 5 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 35. Aufl., München 2016
- Weber-Grellet, Heinrich (2016), § 22 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 35. Aufl., München 2016
- Weber-Grellet, Heinrich (2016), § 23 EStG, in: Weber-Grellet, Heinrich (Hrsg.), Einkommensteuergesetz, 35. Aufl., München 2016
- Wegner, Gerhard/Wieland, Josef (Hrsg.), Formelle und informelle Institution - Genese, Interaktion und Wandel. Institutionelle und Evolutorische Ökonomik, Marburg 1998
- Wehrheim, Michael/Haussmann, Katrin (2008), Die gewerbbesteuerliche Verlustnutzung von Personenunternehmen und Körperschaften: Eine vergleichende Analyse, in: Steuer und Wirtschaft 2008, S. 317-324
- Weingarten, Joe (2013), Finanzverwaltung und Gesetzesvollzug: Anforderungen, Probleme und Vorgehen der Steuerverwaltung bei der Anwendung steuerrechtlicher Normen, München 2013, zugl. Konstanz, Univ., Diss., 2013
- Wendt, Michael, § 15a EStG, Jahreskommentierung 2009, S. JK 09 E 1 - JK 09 E16, in: Johanna Hey/Michael Wendt (Hrsg.), Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz. Kommentar, Stand: Mai 2009, Köln 2009
- Wenger, Ekkehard (1999), Warum die Finanzwissenschaft bei der Suche nach einer theoretischen Basis für die Einkommensteuer erfolglos bleiben muss, in: Smekal, Christian/Sendlhofer, Rupert/Winner, Hannes (Hrsg.), Einkommen versus Konsum, Heidelberg 1999, S. 37-63
- Wernsmann, Rainer (2005), Verhaltenslenkung in einem rationalen Steuersystem, Tübingen 2005
- Werz, Ralf Stefan (2003), Verlustverrechnungsbeschränkungen im Lichte der Verfassung - unter besonderer Berücksichtigung der Verlustregeln des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000, Aachen 2003, zugl. München, Univ., Diss., 2002
- Winkeljohann, Norbert/Bareis, Peter/Hinz, Michael/Volk, Gerrit (Hrsg.), Rechnungslegung, Eigenkapital und Besteuerung. Entwicklungstendenzen, Festschrift für Dieter Schneeloch zum 65. Geburtstag, München 2007
- Wöhe, Günter/Mock, Sebastian (2010), Die Handels- und Steuerbilanz, 6. Auflage, München 2010
- Wollseiffen, Guido Franz (1998), Steuerplanung bei Verlusten. Verlustausgleich und Verlustabzug im Rahmen der betrieblichen Steuerpolitik, Köln 1998, zugl. Hagen, Fernuniv., Diss., 1998
- Wosnitza, Michael (2000), Die Beschränkung der ertragsteuerlichen Verlustverrechnung. Ein Beitrag zu Steuervereinfachung, Steuergerechtigkeit und Förderung von Wachstum und Beschäftigung, in: Steuern und Bilanzen 2000, S. 763-772

Literaturverzeichnis

Zisowski, Ute (2001), Grundsätze ordnungsgemäßer Überschuldungsrechnung, Bielefeld 2001, zugl. Duisburg, Univ., Diss., 2001

Zitzmann, Gerhard (1994), Sonderabschreibungen nach dem Fördergebietsgesetz bei Baumaßnahmen, in: Der Betrieb 1994, S. 1005-1011

Rechtsprechungsverzeichnis

Bundesfinanzhof

BFH-Urteil vom 15.02.1966, I 112/63, BStBl. III 1966, S. 289

BFH-Urteil vom 17. 05.1966, I 141/63, BStBl. III 1966, S. 513

BFH-Urteil vom 19.12.1973, I R 137/71, BStBl. II 1974, S. 181

BFH-Beschluss vom 17.01.1972, GrS 10/70, BStBl. II 1972, S. 700 ff.

BFH-Urteil vom 10.11.1977, BStBl. 1978, S. 15

BFH-Beschluss vom 25.06.1984, GrS 4/82, BStBl. II 1984, S. 751 ff.

BFH-Urteil vom 29.10.1986, I R 202/82, BStBl. II 1987, S. 308-313

BFH-Urteil vom 29.10.1986, I R 318-319/83, BStBl. II 1987, S. 312

BFH-Urteil vom 29.10.1986, I R 271/83, BFH/NV 1987, S. 266

BFH-Urteil vom 26.08.2010, I B 49/10, Institut für Wirtschaftspublizistik (2010), S. 1-22/ BStBl. II 2011, S. 826 ff.

BFH-Beschluss vom 09.05.2011, XI B 151/00, BStBl. II 2001, S. 552 ff.

BFH-Urteil vom 22.8.2012, I R 9/11, DStR 2012, 2435 ff.

BFH-Urteil vom 20.09.2012, IV R 36/10, BStBl. II 2013, S. 498 ff.

BFH-Urteil vom 06.02.2014, IV R 59/10, <http://juris.bundesfinanzhof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bfh&Art=pm&Datum=2016&nr=29580&inked=urt> (2016-02-26)

BFH-Urteil vom 17.01.2017, VIII 7/13, <https://juris.bundesfinanzhof.de/cgi-bin/rechtsprechung/druckvorschau.py?Gericht=bfh&Art=en&nr=34588> (2017-05-26)

Bundesverfassungsgericht

BVerfG, Beschluss vom 29.05.1990, BVerfGE 82, 60, BStBl. II 1990, S. 653-663

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 09.03.2004, 2 BvL 17/02 - Rn. 1-134, BVerfGE 110, S. 94 – 141

BVerfG, Beschluss vom 14.07.2006, 2 BvR 375/00, http://www.bverfg.de/e/rk20060714_2bvr037500.html (2016-02-26)

BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 09.12.2008 - 2 BvL 1/07 - Rn. 1-91, BVerfGE 122, S. 210 - 248

BVerfG, Urteil vom 29.11.2012, I R 9/11, BStBl. II 2013, S. 512-516

BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 17.12.2014 - 1 BvL 21/12 - Rn. 1-7, http://www.bverfg.de/e/ls20141217_1bvl002112.html (2016-02-26)

Rechtsprechungsverzeichnis

BVerfG, Beschluss des zweiten Senats vom 29.03.2017, 2 BvL 6/11,
http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2017/03/lb20170329_2bvl000611.html (2017-05-15)

Reichsfinanzhof

RFH vom 14.03.1929, VI A 1473/28, RStBl. 1929, S. 329

Finanzgerichte

FG Hamburg vom 04.04.2011 2 K 33/10,
<http://justiz.hamburg.de/contentblob/2914354/data/2-k-033-10.pdf> (2016-02-27)

Europäischer Gerichtshof

EUGH vom 15.05.2008 – C-414/06, Slg. 2008, I-3601

EUGH vom 13.12.2005 – C-446/03, Slg. 2005, I-10837

Quellenverzeichnis

AIFM-StAnpG vom 18.12.2013, BGBl. I 2013, S. 4318

Bericht der Arbeitsgruppe „Weiterentwicklung der Regelungen zur Verlustverrechnung nach Anteilseignerwechsel (§ 8c KStG)“; Finanzrundschau 2017, S. 113-126

BDI/KPMG-Studie 2011, Verlustnutzung nach Anteilseignerwechsel - Ein Vergleich des § 8c KStG mit entsprechenden Regelungen in ausgewählten Industrie- und Schwellenländern, http://bdi.eu/media/presse/publikationen/marketing/BDI-KPMG-Studie_2011.pdf (2017-27-05)

BMF-Schreiben vom 31.01.2014, IV A 3 - S 0062/14/10002, BStBl. I S. 290, zuletzt geändert am 03.11.2014, BStBl. I, S. 1393

BMF-Bericht der Facharbeitsgruppe „Verlustverrechnung und Gruppenbesteuerung“ vom 15.09.2011, http://www.beck.de/rsw/upload/FDDStR/Arbeitsgruppe_Verlustverrechnung_Gruppenbesteuerung_2011_Bericht.pdf (2017-27-05)

BMF-Schreiben vom 30.04.2010 - IV C 2 -. S 2745-a/08/10005:002[2010/0332067], Der Betrieb (2010), Heft 19, S. 1037-1038.

BMF-Schreiben vom 17.07.2007, IV B 2 – S 2241-b/07/0001, BStBl. 2007 I S. 542ff.

BVerfG, Pressemitteilung Nr. 34/2017 vom 12.05.2017, <http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/bvg17-034.html> (2017-15-05)

Deutscher Steuerberaterverband (2016), Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften, Schreiben vom 11.11.2016, <https://www.dstv.de/interessenvertretung/steuern/stellungnahmen-steuern/2016-s12-weiterentwicklung-stl-verlustverrechnung> (2017-23-04)

Einkommensteueränderungsgesetz 1976, BStBl. I 1976, S. 282

Einkommensteuerreformgesetz vom 05.08.1974, BGBl. I, S. 1769

Entwurf eines BMF-Schreibens vom 15.04.2014, IV C 2 – S 2745-a/09/10002:004, http://www.gmbhr.de/media/BMF_140415_Entwurf_8c_KStG.pdf (2016-11-05)

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze, BT-Drs. 8/3648 vom 08.02.1980, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/08/036/0803648.pdf> (2015-26-06)

Entwurf eines Gesetzes zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen, BT-Drs. 16/107 vom 29.11.2005, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/001/1600107.pdf>. (2015-11-01)

Entwurf eines Steuerreformgesetzes 1990, BT-Drs. 11/2157 vom 19.04.1988, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/11/021/1102157.pdf> (2015-16-07)

Quellenverzeichnis

- Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drs. 14/443 vom 03.03.1999, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/004/1400443.pdf> (2015-11-01)
- Entwurf eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008, BT-Drs. 220/07 vom 30.03.2007, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2007/0220-07.pdf> (2015-17-07)
- EStG 1920, RGBI. I 1920, S. 359
- EStG 1934 vom 16.10.1934, RStBl. I 1934, S. 1261
- EU-Kommission, Beschluss vom 26.01.2011, Rs. C-7/10, http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/235253/235253_1207490_86_2.pdf (2015-11-01)
- Ewert, Ralf/Niemann, Rainer (2010), Haftungsbeschränkungen, asymmetrische Besteuerung und die Bereitschaft zur Risikoübernahme - Weshalb eine rechtsformneutrale Besteuerung allokativ schädlich ist, Arqus-Working Paper Nr. 103, http://www.arqus.info/mobile/paper/arqus_103.pdf (2015-29-01)
- Gesetzentwurf zum UntStRefG 2008, BT-Drs. 16/4841 vom 27.03.2007, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/048/1604841.pdf> (2015-11-01)
- Gesetz zur Änderung der Einkommensteuer vom 01.02.1938, RStBl. 1938, S. 101
- Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes und des Körperschaftsteuergesetzes von 1929 vom 29.06.1929, RGBI. I 1929, S. 123
- Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes und anderer Gesetze vom 20.08.1980, BGBl. I 1980, S. 1525
- Gesetz zur Änderung des Gewerbesteuerrechts vom 27.12.1951, BStBl. I 1952, S. 2
- Gesetz zur Änderung des Gewerbesteuergesetzes und anderer Gesetze vom 23.12.2003, BStBl. 2004 I, S. 20
- Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 20.02.2013, BGBl. I 2013, S. 285
- Gesetz zur Beschleunigung des Wachstums vom 22.12.2009, BGBl. I 2009, S. 3950
- Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen vom 22.12.2005, BGBl. I 2005, S. 3683
- Gesetz zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform (UnternehmensStRefG) vom 29.10.1997, BGBl. I 1997, S. 2590
- Gesetz zur Modernisierung der Rahmenbedingungen für Kapitalbeteiligungen (MoRaKG) vom 12.08.2008, BGBl. I 2008, S. 1672
- Gesetz zur Neuordnung der Steuern gem. Art. 2 Abs. 9 NeuOrdng vom 16.12.1954, BStBl. I 1954, S. 575
- Gesetz zur Umsetzung der Protokolländerung der Bundesregierung zur Vermittlungsempfehlung zum Steuervergünstigungsabbaugesetz vom 22.12.2003, BStBl. I 2004, S. 14

Quellenverzeichnis

- Gesetz zur Umwandlung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz - FMStG) vom 17.10.2008, BGBl. 2008, S. 1982
- Gesetz zur verbesserten steuerlichen Berücksichtigung von Vorsorgeaufwendungen (Bürgerentlastungsgesetz Krankenversicherung) vom 16.07.2009, BGBl. I 2009, S. 1968
- Gesetz zur vorläufigen Neuordnung von Steuern vom 20.04.1949, WiGBl. 1949, S. 69
- Gesetz zur Weiterentwicklung der steuerlichen Verlustverrechnung bei Körperschaften vom 20.12.2016, BGBl. I 2016, S. 2998
- Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949, BGBl. S. 1
- Haushaltsstrukturgesetz vom 22.12.1981, BStBl. I 1982, S. 235
- JStG 1997 vom 20.12.1996, BGBl. I 1996, S. 2049
- JStG 2007 vom 13.12.2006, BStBl. I 2007, S. 28
- JStG 2008 vom 20.12.2007, BStBl. I 2008, S. 218
- JStG 2009 vom 19.12.2008, BGBl. I 2008, S. 2794
- JStG 2010 vom 08.12.2010, BGBl. I 2010, S. 1768
- Preußisches EStG von 1891, Preußische Gesetzessammlung 1981, S. 174/175, http://digital.staatsbibliothek-berlin.de/werkansicht/?PPN=PPN646877941&PHYSID=PHYS_0174 (2015-24-01)
- Rose, Gerd (2003), Berliner Steuergespräche am 24.11.2003, Thesen zum angeblichen verfassungsrechtlichen Gebot einer rechtsformneutralen Besteuerung, S. 1-4, http://www.berlinersteuergespraech.de/Thesenpapier_Rose.pdf (2015-29-01)
- Siegel, Theodor (2003), Berliner Steuergespräche am 24.11.2003, Antithesen gegenüber Professor Dr. Dr. h. c. Gerd Rose, Für eine rechtsformneutrale Besteuerung, S. 1-4, http://www.berlinersteuergespraech.de/Statement_Prof._Dr._Theodor_Siegel.pdf (2015-29-01)
- StBerG 1985 vom 14.12.1984, BGBl. I 1984, S. 1493
- StBerG 1986 vom 19.12.1985, BGBl. I 1985, S. 2436
- Steueränderungsgesetz vom 13.07.1961, BStBl. I 1961, S. 444
- Steuerbereinigungsgesetz vom 21.12.1974, BStBl. I 1975, S. 2
- Steuerentlastungsgesetz 1984 vom 22.12.1983, BGBl. I 1983, S. 1586 ff., BStBl. I 1984, S. 14
- Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.03.1999, BGBl. I 1999, S. 402
- Steuer-Euroglättungsgesetz vom 19.12.2000, BStBl. I 2001, S. 3
- Steuersenkungsgesetz vom 23.10.2000, BStBl. I 2000, S. 1428

Quellenverzeichnis

Steuerneuerungsgesetz vom 16.12.1954, BStBl. I 1954, S. 575

Steuerreformgesetz 1990 vom 25.07.1988, BStBl. I 1988, S. 224

Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.08.2007, BStBl. I 2007, S. 630

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 09.05.2008,
<http://www.aeuv.de/> (2016-23-04)