

ROMAN SEER

Die steuerliche Behandlung von Verlusten aus unternehmerischen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften

I. Einführung

Während der jüngst eingetretenen fundamentalen Finanz- und Wirtschaftskrise wendet sich der Blick von Gewinnen hin auf die Verluste von Unternehmen. Protzten Unternehmensvorstände im Scheinwerferlicht von Pressekonferenzen noch vor Kurzem mit steigenden Eigenkapitalrenditen, müssen sie nun hohe Quartalsverluste und Jahresfehlbeträge einräumen. Der Jubilar hat schon vor der Krise dem *shareholder value* im Sinne eines monistischen Leitprinzips der Unternehmensführung im Aktienrecht eine Absage erteilt und eine mehrpolige Perspektive eingefordert.¹ Spannt der Staat heute sog. Rettungsschirme über marode Banken und versucht er, Großunternehmen sog. „Schlüsselindustrien“ durch Bürgschaften zu retten, können klein- und mittelständische Unternehmen kaum auf staatliche Hilfen hoffen. Es darf daher in diesem Jahr mit einem deutlichen Anstieg von Unternehmensinsolvenzen, die vor allem kleinere und mittlere Kapitalgesellschaften (insbesondere in der Rechtsform einer GmbH) treffen, gerechnet werden. Wenn in diesem Bereich also nach wie vor Individuen und nicht die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit das unternehmerische Risiko tragen, können sie dann wenigstens die angefallenen Verluste einkommensteuerlich verrechnen? Beteiligt sich der *Steuerstaat* damit nicht nur in guten Zeiten am Erfolg, sondern in schlechten Zeiten auch am Misserfolg unternehmerischen Engagements? Dies ist nicht uneingeschränkt zu bejahen. Hat doch das sog. Steuersenkungsgesetz vom 23. 10. 2000² mit dem sog. Halbeinkünfteverfahren (§ 3 Nr. 40 EStG 2000) in § 3c Abs. 2 EStG ein sog. *Halb-abzugsverbot* eingeführt. Es soll im Folgenden der Frage nachgegangen werden, ob dieses Halb- bzw. Teilabzugsverbot³ auch Verluste aus unternehmerischen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften mit der Folge erfasst, dass z. B. ein an einer mittelständischen GmbH wesentlich beteiligter Gesellschafter im Falle der Insolvenz der GmbH seinen Verlust lediglich anteilig mit positiven Einkünften verrechnen darf.

¹ Hüffer in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. II, 2007, 7. Kap. Rn. 42.

² BGBl. I 2000, S. 1433.

³ Das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14. 8. 2007, BGBl. I 2007, S. 1912, hat mit Wirkung vom Veranlagungszeitraum 2009 im Zusammenhang mit der Umstellung des Halb- auf ein Teileinkünfteverfahren den Umfang der Nichtabzugsfähigkeit von 50% auf 40% der Aufwendungen reduziert.

II. Entwicklungsgeschichte des § 17 EStG a.F.

1. Hybrides Mitunternehmerkonzept

Die einkommensteuerrechtliche Behandlung von Verlusten als negative Einkünfte hängt im Ausgangspunkt zunächst maßgeblich von der generellen Steuerbarkeit dieser Einkünfte ab. Die ursprüngliche Konzeption der Besteuerung von Einkünften aus wesentlichen Beteiligungen an Kapitalgesellschaften lässt sich auf das Reichseinkommensteuergesetz 1925 vom 10. 8. 1925⁴ zurückführen. § 30 EStG 1925 legte fest, dass Einkünfte aus der Veräußerung eines ganzen Gewerbebetriebs oder eines Teilbetriebs (§ 30 Abs. 1 Nr. 1 EStG 1925), eines Mitunternehmeranteils (§ 30 Abs. 1 Nr. 2 EStG 1925) und einer wesentlichen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (§ 30 Abs. 3 EStG 1925) als Einkünfte aus Gewerbebetrieb „zu gelten“ hätten. Die Regelung des § 30 EStG 1925 sollte klarstellen, dass auch Einkünfte aus der *Unternehmensveräußerung* als gewerbliche Einkünfte zu qualifizieren sind⁵. Als eine *wesentliche* Beteiligung definierte § 30 Abs. 3 S. 2 EStG 1925, wenn der Veräußerer oder seine Angehörigen unmittelbar oder durch Vermittlung eines Treuhänders oder einer Erwerbsgesellschaft zusammen an der Gesellschaft zu mehr als 25% bei der Veräußerung oder innerhalb der letzten 10 Jahre vor der Veräußerung beteiligt waren. Der Veräußerung stellt § 30 Abs. 4 EStG 1925 die *Aufgabe* eines Betriebes gleich. Damit behandelte der historische Gesetzgeber wesentliche Beteiligungen an Kapitalgesellschaften im Veräußerungs- oder Aufgabefalle *wie mitunternehmerische Beteiligungen an Personengesellschaften*. Diese Gleichstellung begründete er u. a. wie folgt:⁶

„Es gibt zahlreiche Gesellschaften mit beschränkter Haftung, zum Teil auch Aktiengesellschaften und andere Erwerbsgesellschaften, bei denen die gesamten Anteile oder ein großer Teil aller Anteile sich in einer Hand oder in wenigen Händen befinden. Solche Unternehmungen sind zwar juristisch als Körperschaft zu behandeln; sie selbst werden nach dem Körperschaftsteuergesetz, die aus ihnen gezogenen Gewinnanteile als Einkommen aus Kapitalvermögen besteuert. Wirtschaftlich stehen solche Unternehmungen Einzelbetrieben offenen Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften, bei denen der Gewinn als Einkommen aus Gewerbebetrieb des Unternehmers (Mitunternehmers) zu versteuern ist, sehr nahe.“

Den Mitunternehmergedanken verfolgte das EStG 1925 aber nur inkonsequent.⁷ Während § 30 Abs. 3 EStG 1925 den wesentlich Beteiligten im Veräußerungsfall zum *gewerblichen Mitunternehmer* machte, ordnete § 37 Abs. 1 Nr. 1 EStG 1925 die laufenden Gewinnausschüttungen und Dividenden den Einkünften aus Kapitalvermögen zu. Es behandelte ihn also im Unterschied zum Personengesellschafter für die Zeit seiner Beteiligung als *bloß privaten Kapitalgeber* und Nichtunternehmer, um

⁴ RGBl. I 1925, S. 189.

⁵ Lang, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, 1988, S. 502.

⁶ Amtl. Begründung zum EStG 1925, Reichstag, III. Wahlperiode, 1924/25, Drucks. Nr. 795, 23 f., 55 ff.

⁷ Ebenso Wolff-Diepenbrock, FS Klein, 1994, S. 875, 878.

ihn dann im Veräußerungsfall plötzlich zum Mitunternehmer mutieren zu lassen. An dieser hybriden, nicht folgerichtigen Konstruktion hielt das Reichseinkommensteuergesetz 1934 v. 16. 10. 1934⁸ fest. Ohne inhaltlich größere Änderungen vorzunehmen,⁹ regelte es die Veräußerung wesentlicher Beteiligungen in einer eigenständigen Vorschrift (§ 17 EStG 1934). Unter der Geltung des § 30 Abs. 3 EStG 1925 war es noch unsicher, ob auch ein Liquidationsgewinn zu erfassen war.¹⁰ Diesen Streit beendete die Reichsregierung mit § 18 Abs. 2 EStDV 1935¹¹ und stellte ergänzend fest, dass auch die bei der Auflösung einer Kapitalgesellschaft erzielten Gewinne unter § 17 EStG fielen.¹²

Diese Gesetzeslage blieb auch nach dem 2. Weltkrieg vierzig Jahre im Grundsatz unverändert. Das Steueränderungsgesetz vom 14. 5. 1965¹³ hob die Besteuerung des Liquidationsgewinns in § 17 Abs. 4 EStG 1965 von der Rechtsverordnung auf die Ebene des Parlamentsgesetzes. Außerdem beseitigte es die Zusammenrechnung von Anteilen naher Angehöriger. Von der Frage der Verlustverrechnung abgesehen (dazu nachfolgend näher 2.), betrafen die bis 1998 gemachten weiteren gesetzlichen Änderungen im Hinblick auf das hier zu behandelnde Thema eher Marginalitäten.¹⁴

Die Rechtfertigung dafür, die Veräußerung wesentlicher Beteiligungen als „Einkünfte aus Gewerbebetrieb“ zu qualifizieren, sah der Gesetzgeber typisierend in einem Vergleich des wesentlich beteiligten Kapitalgesellschafters mit einem mitunternehmerischen Gesellschafter an einer Personengesellschaft (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG).¹⁵ Dem folgte der BFH in ständiger Rechtsprechung.¹⁶ Die „Wertentscheidung zum Mitunternehmerbegriff“¹⁷ sahen sowohl die Einkommensteuerkommission 1964 als auch die Steuerreformkommission 1971 als den tragenden Grund für die Steuerbarkeit des Veräußerungs-/Liquidationsgewinns an.¹⁸ Dem folgte das BVerfG schließlich in seinem Beschluss vom 7. 10. 1969, wo es die in § 17 Abs. 1

⁸ RGBl. I 1934, S. 1005 = RStBl. 1934, S. 1261.

⁹ § 17 Abs. 1 S. 1 EStG 1934 verschärfte einerseits die Regelung insoweit, als (teilweise) Veräußerungen von nur noch bis zu 1% des Stammkapitals statt bisher 2% des Stammkapitals unbesteuert blieben. Andererseits war § 17 Abs. 1 S. 2 EStG 1934 großzügiger, indem es den für das Überschreiten der 25%-Grenze maßgeblichen „Beobachtungszeitraum“ von 10 Jahren auf 5 Jahren halbierte.

¹⁰ Erstmals vom RFH v. 17. 6. 1931 – VI A 151, RStBl. 1931, 813, angenommen.

¹¹ RGBl. I 1935, S. 153, 155.

¹² Begründung zum Einkommensteuergesetz, RStBl. 1935, S. 33, 42.

¹³ BGBl. I 1965, 377 = BStBl. I 1965, S. 217.

¹⁴ Zu den bis 1998 getroffenen gesetzlichen Änderungen des § 17 EStG s. *Schneider* in: *Kirchhof/Söhn*, EStG, § 17 Rn. A 197 – 209 (Oktober 2000); *Eilers/Schmidt* in: *Herrmann/Heuer/Raupach*, EStG, § 17 Anm. 1 (Februar 2006).

¹⁵ Siehe oben Fn. 6; außerdem zum Steueränderungsgesetz 1965 s. BT-Drucks. IV/2400, S. 69.

¹⁶ BFH BStBl. III 1960, S. 409, 410; BFH BStBl. III 1964, S. 624, 625; BFH BStBl. III 1967, S. 45, 46; BFH BStBl. II 1993, S. 292, 294; BFH BStBl. II 2001, S. 809, 811 f.; BFH BStBl. II 2005, S. 861, 863; zuletzt BFH/NV 2008, 61, 62.

¹⁷ So *Lang* (Fn. 5), S. 502; zum einkommensteuerlichen Belastungsgrund des § 17 EStG a.F. ausf. *Schneider* (Fn. 14), § 17 EStG Rn. A 44 ff. (Oktober 2000).

¹⁸ Bericht der Einkommensteuerkommission, Untersuchungen zum Einkommensteuerrecht, BMF-Schriftenreihe, Bd. 7, 1964, S. 184; Gutachten der Steuerreformkommission 1971, BMF-Schriftenreihe, Bd. 17, 1971, Teil II, Rn. 111.

EStG 1934/1965 getroffene Grenze der 25%-Beteiligung als vertretbar und mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar billigte.¹⁹ Es wies auf den mit einer mehr als 25%igen Beteiligung verbundenen gesteigerten Einfluss auf die Geschäftspolitik und das Ausschüttungsverhalten der Gesellschaft im Sinne einer *Sperrminorität* hin.²⁰ Diese Rechtsprechung hat das BVerfG später in zwei Kammerbeschlüssen bestätigt.²¹

Der zu mehr als 25% am Stammkapital einer GmbH beteiligte Gesellschafter besitzt in der Tat in bestimmten grundlegenden Entscheidungen eine *Blockierposition*. Sie erstreckt sich insbesondere auf Satzungsänderungen (s. §§ 53 Abs. 2 GmbHG, 179 Abs. 2 AktG) einschließlich der Kapitalerhöhung (s. §§ 55 GmbHG, 182 Abs. 1 AktG), die Auflösung der Kapitalgesellschaft durch Gesellschafterbeschluss (§§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG), den Abschluss von Unternehmensverträgen (§ 293 Abs. 1 S. 2 AktG), den Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft einer anderen Rechtsform (§ 240 Abs. 1 UmwG) und die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft mit einer Kapitalgesellschaft einer anderen Rechtsform (§ 50 Abs. 1 UmwG).²² Der BGH verlangt darüber hinaus eine qualifizierte $\frac{3}{4}$ -Mehrheit für die Erhebung einer Ausschließungsklage.²³ Ferner bedarf es gem. § 103 Abs. 1 S. 2 AktG einer qualifizierten $\frac{3}{4}$ -Mehrheit, um Aufsichtsratsmitglieder während ihrer Amtszeit abzurufen.²⁴

Zwar übertragen die vorgenannten Rechte dem wesentlich Beteiligten keine operative Unternehmensentscheidungen. In *grundlegenden Strukturentscheidungen* sind Vorstand bzw. Geschäftsführung sowie Mehrheitsgesellschafter aber auf eine Kooperation mit dem zu mehr als 25% am Grund- oder Stammkapital beteiligten Gesellschafter angewiesen. Der mehr als 25%ige Anteil verleiht der Beteiligung dadurch eine *unternehmerische Qualität*.²⁵ Deshalb ist es zutreffend, wenn die Rechtsprechung und Verwaltungspraxis darin die Möglichkeit der Einflussnahme auf Unternehmensentscheidungen durch wesentlich Beteiligte erkennen.²⁶ Unverständlich bleibt jedoch, warum sich die dadurch begründete mitunternehmerähnliche Stellung *erst im Veräußerungs- oder Liquidationsfalle* zeigen soll. Das vorgenannte Einflusspotenzial besitzt der wesentlich Beteiligte doch gerade schon während der Dauer der wesentlichen Beteiligung. Warum er in dieser Zeit – anders als ein Kommanditist – keine gewerblichen Einkünfte, sondern Einkünfte aus Kapitalvermögen (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) im Sinne einer privaten Kapitalanlage beziehen

¹⁹ BVerfGE 27, 111, 128 ff.

²⁰ BVerfG (Fn. 19), S. 129, unter Bezugnahme auf BVerfGE 21, 6, 11, für eine erweiterte Haftung nach § 115 RAO.

²¹ BVerfG GmbHHR 1985, 308 = NJW 1986, 421; BVerfG HFR 2005, 780.

²² Siehe K. Schmidt in: Scholz, GmbHG, Bd. II, 10. Aufl., 2007, § 47 Rn. 4.

²³ BGHZ 9, 157, 177; BGHZ 153, 285, 288 ff.

²⁴ Siehe Hüffer, AktG, 8. Aufl., 2008, § 103 Rn. 4.

²⁵ Kröner, Ausweitung der Besteuerung privater Veräußerungsgewinne bei Beteiligungen an Kapitalgesellschaften, StbJb. 1997/98, S. 193, 201 f.

²⁶ Wie hier Friauf, Die Wesentlichkeitsschwelle in § 17 EStG als steuerpolitische Manövriermasse?, DB-Beilage 8/1995, 1; Kröner (Fn. 25). Im Zusammenhang mit der Bewertung von Anteilen an Kapitalgesellschaften stellt auch Abschnitt 101 Abs. 1 S. 4 ErbStR 2003 in Anknüpfung an die VStR 1995 fest: „Bei einem Anteilsbesitz von mehr als 25% des Nennkapitals ist stets ein Einfluss auf die Geschäftsführung anzunehmen.“

soll, hat die Rechtsprechung – soweit ersichtlich – niemals problematisiert. Besonders in den Fällen, in denen der Gesellschafter sogar eine Mehrheitsbeteiligung besitzt und zugleich als Organ die Geschäfte der Kapitalgesellschaft führt (z. B. als 100%iger Gesellschafter/Geschäftsführer), wird dieser Wertungswiderspruch evident und bleibt unaufgelöst.

2. Verlustausgleich und Verlustabzug

a) Verlustausgleichsverbot nach § 17 Abs. 5 EStG 1934

Das Reichseinkommensteuergesetz 1925 schwieg sich über die Behandlung von Veräußerungs- und Liquidationsverlusten aus. Dem entsprechend war es unklar, ob derartige Verluste mit anderen positiven Einkünften verrechenbar waren. Der Reichsfinanzhof verneinte dies.²⁷ Er war sich zunächst über den Charakter des § 30 EStG 1925 als eine Art von Wertzuwachssteuer unklar. Schließlich folgte er aus der Existenz eines Freibetrages in Höhe von 10.000 RM, dass negative Einkünfte unberücksichtigt bleiben sollten. Auch wenn dies bereits nach den damaligen Erkenntnissen der einkommensteuerrechtlichen Dogmatik inkonsequent erschien,²⁸ übernahm das Einkommensteuergesetz 1934 die Judikatur in das Gesetz. § 17 Abs. 5 EStG 1934 lautete:

„Verluste, die bei der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft entstanden sind, dürfen bei der Ermittlung des Einkommens nicht ausgeglichen (§ 2 Abs. 2) werden.“

Ausgeschlossen war danach nicht nur der Ausgleich mit anderen positiven Einkünften anderer Einkunftsarten (sog. *vertikaler* Verlustausgleich), sondern auch der Ausgleich mit Gewinnen aus anderen Veräußerungsgeschäften im Sinne des § 17 EStG 1934 (sog. *horizontaler* Verlustausgleich).²⁹ Dieses Verlustausgleichsverbot durchbrach die Grundregel des § 2 Abs. 2 EStG 1934, wonach der Gesamtbetrag der Einkünfte aus den in § 2 Abs. 3 EStG 1934 bezeichneten Einkunftsarten mit den Verlusten aus den einzelnen Einkunftsarten auszugleichen war.

b) Unbeschränkter vertikaler Verlustausgleich nach dem Steueränderungsgesetz 1965

Die folgerichtige Umsetzung des in § 2 Abs. 2, 3 EStG 1934 verankerten sog. synthetischen Einkommensbegriffs forderte aber, dass grundsätzlich zwischen allen Einkunftsarten auch ein vertikaler Verlustausgleich stattfinden musste.³⁰ Dies erkannte der Gesetzgeber nach umfangreichen Vorarbeiten durch die Einkommen-

²⁷ RFH RStBl. 1929, S. 85; RFH RStBl. 1933, S. 225.

²⁸ Siehe *Strutz* Einkommensteuergesetz 1925, § 30 Anm. 49.

²⁹ Siehe *Vangerow*, EStG 1934, 1936, § 17 Anm. 7; so bereits zuvor RFH (Fn. 27).

³⁰ Siehe zum heutigen Recht: *Lang* (Fn. 5), S. 61; *ders.* in: *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 19. Aufl., 2008, § 9 Rn. 60, 67; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. II, 2003, S. 780; *Lehner* in: *ders.* (Hrsg.), *Verluste im nationalen und internationalen Steuerrecht*, 2004, S. 2; *Seer*, Referat, Verhandlungen 66. DJT, Bd. II/1, Sitzungsberichte, 2006, Q 136 f. (zurückhaltend dagegen *Mellinghoff*, Referat, ebenda, Q 107).

steuerkommission 1964.³¹ Mit dem Steueränderungsgesetz 1965 v. 14. 5. 1965³² schaffte er das Verlustausgleichverbot des § 17 Abs. 5 EStG 1934 als *Fremdkörper im System einer synthetischen Einkommensteuer* ersatzlos ab. Zwar wollte der Regierungsentwurf in Anlehnung an die Rechtslage bei den sog. Spekulationsgewinnen im Sinne des § 23 EStG 1965 den Ausgleich auf einen lediglich horizontalen Verlustausgleich mit Gewinnen im Sinne des § 17 EStG 1965 begrenzen.³³ Hierfür ließ sich anführen, dass die Veräußerung von wesentlichen Beteiligungen zu den außerordentlichen Einkünften zählten, die nur einem ermäßigten Steuertarif unterfielen. Wegen dieser schedularen Sonderbesteuerung dieser Einkünfte ließ es sich vertreten, Verluste nur mit Gewinnen aus derselben Einkunftsart (sog. horizontaler Verlustausgleich) zu verrechnen.

Jedoch stellt die Erfassung als außerordentliche Einkünfte in § 34 Abs. 2 EStG keine Steuervergünstigung im eigentlichen Sinne dar, sondern trägt lediglich der im Veräußerungsfalle *durch Zusammenballung von Einkünften erhöhten Progressivbelastung* typisierend Rechnung.³⁴ Es handelte sich daher im Grundsatz nicht um eine Lenkungs- oder Sozialzwecknorm, sondern um eine *Fiskalzweckermäßigung* zur Vermeidung einer Überbesteuerung.³⁵ Dem *Gleichstellungsgedanken* entsprach es, dass nicht nur die Veräußerung von Mitunternehmeranteilen an Personengesellschaften im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 2 EStG 1965, sondern auch die Veräußerung wesentlicher Beteiligungen an Kapitalgesellschaften im Sinne des § 17 EStG 1965 als „außerordentliche Einkünfte“ in den Genuss der Steuertarifiermäßigung gelangten. Im Einklang mit dieser Gleichstellungsthese ließ der Finanzausschuss den Verlustausgleich – wie bei der Veräußerung eines Mitunternehmeranteils an einer Personengesellschaft – im Sinne eines *vertikalen Verlustausgleichs* unbeschränkt zu.³⁶ Damit minderten Verluste aus der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft (ebenso wie Liquidationsverluste) als negative Einkünfte im Sinne des § 17 EStG im Veranlagungszeitraum der Verlustrealisation in vollem Umfang die positiven Einkünfte derselben oder anderer Einkunftsarten. Soweit der Verlustausgleich mangels hinreichender positiver Einkünfte unmöglich war, stand der verbleibende Verlust für einen überperiodischen Verlustabzug (§ 10d EStG 1954) in den folgenden fünf Veranlagungszeiträumen zur Verfügung (sog. Verlustabzug).

c) *Punktueller Einschränkung des Verlustausgleichs zur Missbrauchsabwehr durch das Jahressteuergesetz 1996*

An dem im System synthetischer Einkommensbesteuerung konsequent angelegten Verlustausgleich und Verlustabzug hielt der Gesetzgeber im Folgenden fest. Allerdings nahm er im Jahressteuergesetz 1996 v. 11. 10. 1995³⁷ durch Einfügung eines

³¹ Siehe Fn. 18, S. 183 ff.

³² BGBl. I 377 = BStBl. I 1965, S. 217.

³³ Siehe Begr. zum Regierungsentwurf des Steueränderungsgesetzes 1964, BT-Drucks. IV/2400, 70.

³⁴ Ständige Rspr., s. nur BFH BStBl. II 2000, S. 123, 126 f.

³⁵ Lang (Fn. 30), § 9 Rn. 814.

³⁶ Siehe Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. IV/3189, S. 8.

³⁷ BGBl. I 1995, S. 1250 = BStBl. I 1995, S. 438.

Satzes 4 in § 17 Abs. 2 EStG punktuelle Verlustausgleichsbeschränkungen zur Missbrauchsabwehr vor. Die Regelung sollte es zum einen erschweren, dass bisher nicht wesentlich beteiligte Gesellschafter durch kurzfristigen Zukauf weniger Anteile an sich im Privatvermögen (während des Haltens von Streubesitz) entstandene Wertminderungen – entgegen der grundsätzlichen Entscheidungen des Gesetzgebers zugunsten der Nichtsteuerbarkeit von privaten Streubesitzveräußerungen – in den steuerlichen Verlustausgleich einbeziehen.³⁸ Zum anderen sollte es besondere Gestaltungen im Zusammenhang von ausschüttungsbedingten Gewinnminderungen unterbinden. Bei diesen Maßnahmen handelte es sich aber nicht um eine generelle Abkehr vom Verlustausgleichsprinzip, sondern um fokussierte Instrumente zur Abwehr bestimmter Gestaltungspraktiken.

III. Absenkung der Beteiligungsschwelle des § 17 Abs. 1 EStG

1. Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002

Das sog. Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 v. 24. 3. 1999³⁹ senkte die untere Grenze für die Annahme einer „wesentlichen“ Beteiligung von „mehr als“ 25% auf *mindestens 10%* mit Wirkung vom Veranlagungszeitraum 1999 ab. Der Gesetzgeber begründet die Absenkung ganz allgemein mit einer „Verbreiterung der Bemessungsgrundlage“ und dem Bedürfnis nach einer mit §§ 9 Nr. 2a GewStG, 26 Abs. 2 KStG abgestimmten Beteiligungsgrenze.⁴⁰ Überlegungen zur Vergleichbarkeit mit mitunternehmerischen Beteiligungen an Personengesellschaften (siehe oben II.1.) enthält die fiskalisch motivierte Gesetzesbegründung nicht. Immerhin ist die 10%ige Beteiligungsschwelle im Gesellschaftsrecht eine Mindestgrenze, von der ab Minderheitsrechte eingefordert werden können.⁴¹ Derartige *Minderheitsrechte*, die von einem 10%igen Quorum abhängen, sind: Recht auf Einberufung der Gesellschafter-/Mitgliederversammlung und Einflussnahme auf die Tagesordnung (§§ 50 GmbHG, 122 AktG: Schwelle aber nur 5%), Recht zur Auflösungsklage bei der GmbH (§ 61 Abs. 2 S. 2 GmbHG), Recht zur Erhaltung von Ersatzansprüchen der AG gegen Organe und andere (§§ 50, 93 Abs. 4 S. 3, 147 Abs. 2 S. 2, 309 Abs. 3 AktG), Recht auf die gerichtliche Bestellung und Abberufung von Liquidatoren (§ 66 Abs. 2 GmbHG, 265 Abs. 3 AktG: Schwelle nur 5%). Angesichts dieser gesellschaftsrechtlichen Schwelle mag es vertretbar sein, einen zu mindestens 10% am Grund- oder Stammkapital beteiligten Kapitalgesellschafter einem mitunternehmerischen Personengesellschafter gleichzustellen.⁴² Allerdings stellt

³⁸ Siehe Regierungsbegründung zum Entwurf eines Jahressteuergesetzes 1996, BT-Drucks. 13/901, S. 133.

³⁹ BGBl. I 1999, S. 402 = BStBl. I 1999, S. 304.

⁴⁰ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen v. 9. 11. 1998, BT-Drucks. 14/23, S. 126 f., 178.

⁴¹ Siehe K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, § 16 III 2 c).

⁴² So bereits das Gutachten der Steuerreformkommission (Fn. 18), Rn. 113; Enneking, Einkünfte aus Gewerbebetrieb und aus der Veräußerung von Privatvermögen, 1990, S. 90; Schneider (Fn. 14), § 17 EStG Rn. A 521–531.

sich auch hier die Frage, warum dies erst im Zeitpunkt der Veräußerung oder Liquidation und nicht bereits früher gelten soll (siehe bereits oben II.1.).

2. Paradigmenwechsel durch das Steuersenkungsgesetz 2000

a) Absenkung der Beteiligungsschwelle auf 1% des § 17 Abs. 1 EStG mit Einführung eines sog. Halb-/Teileinkünfteverfahrens

Den Zusammenhang mit einer mitunternehmerischen gewerblichen Beteiligung hat der Gesetzgeber kurze Zeit später jedenfalls mit der Einführung des sog. Steuersenkungsgesetzes 2000 vom 23.10.2000⁴³ aufgegeben. Dort strich er den Begriff „wesentlich“ und senkte die Beteiligungsschwelle von 10% auf 1%. Diese Maßnahme besitzt ihren Hintergrund in dem grundlegenden Wechsel vom Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahren zum sog. Halbeinkünfteverfahren. Das Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahren hatte den Gewinn auf der Ebene der Kapitalgesellschaft zunächst voll mit Körperschaftsteuer (zuletzt 40%) belastet, um erst im Zeitpunkt der Ausschüttung an den Gesellschafter nach einer Reduzierung der Körperschaftsteuerausschüttungsbelastung (auf zuletzt 30%) zu einer Vollanrechnung der Körperschaftsteuer auf die inländische Einkommensteuer des Gesellschafters zu gelangen. Da dieses in sich geschlossene, rein nationale System zur Diskriminierung grenzüberschreitender Beteiligungen führte und die EU-Kommission der Bundesrepublik Deutschland die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens angedroht hatte,⁴⁴ wurde es durch das sog. Halbeinkünfteverfahren ersetzt. Dem internationalen Steuerwettbewerb folgend senkte der Gesetzgeber den Körperschaftsteuersatz auf 25% und belastete die Hälfte des ausgeschütteten Gewinns (s. § 3 Nr. 40 EStG) auf der Ebene des Gesellschafters nach.⁴⁵ Die Absenkung der Schwelle auf 1% soll in diesem System der Gefahr begegnen, dass es unterhalb der bisherigen höheren Wesentlichkeitsschwelle durch Veräußerung der Beteiligung möglich wird, die Halbeinkünftebesteuerung auf der Ebene des Gesellschafters zu vermeiden.⁴⁶ § 17 EStG n.F. besitzt danach also nicht mehr – wie bisher – die Funktion, die Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft der Veräußerung einer mitunternehmerischen Beteiligung an einer Personengesellschaft gleichzustellen.⁴⁷ Vielmehr erschöpft sich die Funktion in der *Ausweitung der Anwendung des sog. Halbeinkünfteverfahrens* auf Veräußerungen von Anteilen an Kapitalgesellschaften.⁴⁸ Dementsprechend hat das Steuersenkungsge-

⁴³ BGBl. I 2000, S. 1433 = BStBl. I 2000, S. 1428.

⁴⁴ Die Europauntauglichkeit des Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahrens ist später aber aufgrund eines Vorabentscheidungsersuchens des FG Köln vom EuGH v. 6.3. 2007 – Rs. C-292/04, Meilicke, Slg. 2007 I-1835 = NJW 2007, 1440, festgestellt worden.

⁴⁵ Siehe näher Seer, Die Entwicklung der GmbH-Besteuerung, 2005, S. 103 ff.; Hey in Tipke/Lang (Fn. 30), § 11 Rn. 11 ff.

⁴⁶ Schneider (Fn. 14), § 17 EStG Rn. A 579f. (Oktober 2000); Heinemann, Die Besteuerung von Gewinnen aus der Veräußerung privater Beteiligungen an Kapitalgesellschaften nach § 17 EStG in der Fassung des Steuersenkungsgesetzes, 2002, S. 130.

⁴⁷ Desens, Das Halbeinkünfteverfahren, 2004, S. 151.

⁴⁸ Siehe Heinemann (Fn. 46), S. 131 ff.

setz 2000 die Veräußerungsgewinne im Sinne des § 17 EStG auch aus dem Katalog des § 34 Abs. 2 Nr. 1 EStG der ermäßigt besteuerten außerordentlichen Einkünfte gestrichen.

Wenn es seit der Neufassung des § 17 EStG nur noch um die Gleichbehandlung des Veräußerungs- mit dem Ausschüttungsfalle geht, fragt es sich allerdings, welchen Sinn die 1%-Schwelle noch haben soll. Gesellschaftsrechtlich ist sie unbedeutend.⁴⁹ Einen besonderen Einfluss auf die Geschäftsführung vermag eine 1%-Beteiligung sicher nicht zu vermitteln. § 17 EStG ist nunmehr zu einem „Massentatbestand“ geworden, der auch Streubesitz erfasst. Es besteht kein überzeugender Grund, diesen Bereich den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzuordnen.⁵⁰ Spätestens seitdem die Einkünfte aus Kapitalvermögen mit der Einführung der sog. Abgeltungsteuer generell die Veräußerung im Streubesitz befindlicher Anteile an Kapitalgesellschaften umfassen (§ 20 Abs. 2 Nr. 1 EStG⁵¹), ist § 17 EStG insoweit systematisch deplaziert.

b) Anwendung des sog. Halb-/Teileinkünfteverfahrens auf Veräußerungsgewinne im Sinne des § 17 EStG

Die teilweise Steuerbefreiung des § 3 Nr. 40 EStG beschränkt sich nicht auf Ausschüttungen, sondern erfasst auch Veräußerungsgewinne im Sinne des § 17 EStG (s. § 3 Nr. 40 lit. c) EStG). Sie ist keine echte Steuerbefreiung, sondern eine sog. *Fiskalzweckbefreiung*, weil sie lediglich dazu dienen soll, die Vorbelastung des ausgeschütteten Gewinns, der um die Körperschaftsteuer bereits gemindert ist, beim Gesellschafter typisierend zu berücksichtigen.⁵² Die Einbeziehung von Veräußerungsgewinnen in das Halbeinkünfteverfahren rechtfertigte der Gesetzgeber damit, dass der Gewinn aus der Anteilsveräußerung mit einer *Totalgewinnausschüttung* gleichzusetzen sei.⁵³ Es soll steuerlich keinen Unterschied ausmachen, ob der Anteilseigner seine Beteiligung an der Kapitalgesellschaft veräußert oder diese zuvor ihre offenen Rücklagen und ihre stillen Reserven (nach Realisierung) an den Anteilseigner ausschüttet. Da der Anteilswert durch die Gewinnausschüttung im letztgenannten Fall entsprechend sinken würde, träte kein zusätzlicher Veräußerungsgewinn mehr ein. Es macht daher Sinn, der Ausschüttung die Anteilsveräußerung wirtschaftlich gleichzustellen. In beiden Fällen kumuliert die auf der Ebene der Kapitalgesellschaft entstandene bzw. noch entstehende Körperschaftsteuer mit der Einkommensteuer des Anteilseigners.

Es lässt sich allerdings darüber streiten, ob die These von der Totalausschüttung zu überzeugen vermag. Der bei einem Anteilsverkauf erzielte Veräußerungsgewinn

⁴⁹ Schulte, DB 2000, 1043, 1046; Heinemann (Fn. 46), S. 135.

⁵⁰ Desens (Fn. 47), S. 155 ff.; Gosch in Kirchhof (Hrsg.), EStG, 8. Aufl., 2008, § 17 Rn. 5; a. A. wohl Wäckerlin, Betriebsausgabenabzug und Halbeinkünfteverfahren, 2006, S. 145 f.

⁵¹ Eingeführt mit Wirkung vom 1. 1. 2009 durch das sog. Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14. 8. 2007, BGBl. I S. 1912.

⁵² Schön, StuW 2000, 151, 154; Sigloch, StuW 2000, 160, 166; Pezzer, Die Besteuerung des Anteilseigners, DStJG Bd. 25, 2002, S. 37, 54f.

⁵³ Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Steuersenkungsgesetzes, BT-Drucks. 14/2683, 96.

kann *drei Elemente* umfassen: offene Rücklagen, stille Reserven und den in der Zukunft erwarteten Geschäftswert.⁵⁴ Eine wirtschaftliche Doppelbelastung des Gewinns mit Körperschaft- und Einkommensteuer tritt gesichert nur insoweit ein, als der Veräußerungsgewinn den Wert offener Rücklagen abgilt. Im Übrigen ist es unsicher, ob es auf der Ebene der Kapitalgesellschaft überhaupt zu einer Besteuerung des Gewinns kommt. Zudem tritt sie erst in einem Zeitpunkt ein, in dem der Veräußerer sich seiner Anteile bereits entledigt hat. Die Entscheidung für die These von der Totalausschüttung ist daher eine *Risikoentscheidung*: Sie kann in vielen Fällen richtig, aber auch falsch sein und dann zu Besteuerungslücken führen.⁵⁵ Im Ergebnis ist die Entscheidung des Gesetzgebers wohl vertretbar und von seinem Gestaltungsspielraum noch gedeckt. Eine Trennung des Veräußerungsgewinns in verschiedene Elemente wäre unpraktikabel und ebenfalls mit Unsicherheiten verbunden. Will der Gesetzgeber der Gefahr einer wirtschaftlichen Doppelbelastung begegnen, bleibt ihm auf praktikable Weise nur die Gleichstellung von Veräußerung und Ausschüttung.⁵⁶

IV. Verlustausgleich im Halb-/Teileinkünfteverfahren

1. Systemwidrige Komplementär-Regelung des § 3c Abs. 2 EStG

Die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 40 EStG knüpft an *Bruttogrößen* (z. B. „Einnahmen“, „Bezüge“, „Veräußerungspreis“) an. Bei dem sog. Halb-/Teileinkünfteverfahren handelt es sich daher um ein Halb-/Teileinnahmenverfahren. In *formaler Konsequenz* der teilweisen Steuerbefreiung der Einnahmen (§ 3 Nr. 40 EStG) statuiert § 3c Abs. 2 EStG korrespondierend ein *partielles Abzugsverbot* der mit den Einnahmen zusammenhängenden Ausgaben. Die Komplementärregel des § 3c Abs. 2 EStG ist aber nur auf den ersten Blick plausibel. § 3 Nr. 40 EStG ist lediglich eine unechte Steuerbefreiung, eine sog. *Fiskalzweckbefreiung* (siehe oben III.2.b). Nach der Grundidee des an die Stelle des Körperschaftsteuer-Anrechnungsverfahrens getretenen Halb-/Teileinkünfteverfahrens sollte die definitive körperschaftsteuerliche Vorwegbelastung der Gesellschaft zusammen mit der Halb-/Teilbesteuerung auf der Ebene des Gesellschafters insgesamt typisierend zu einer *Einmalbesteuerung* wie auch bei anderen Einkunftsarten führen.⁵⁷ Daher werden Gewinnausschüttungen durch § 3 Nr. 40 EStG in Wirklichkeit nicht partiell steuerbefreit, sondern in der Zusammenschau von Körperschaft- und Einkommensteuer *typisierend einmal erfasst*. Dieser Konzeption ist das Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14. 8. 2007⁵⁸ unverändert gefolgt, indem es die Absenkung des Körperschaftsteuersatzes von

⁵⁴ *Desens* (Fn. 47), S. 139.

⁵⁵ *Desens* (Fn. 47), S. 144.

⁵⁶ *Desens* (Fn. 47), S. 147, sichert das Ergebnis noch durch eine Betrachtung auf Seiten des Erwerbers ab, der seine Anschaffungskosten auf die Beteiligung nicht steuerwirksam abschreiben kann und daher in der Regel nur einen niedrigeren Kaufpreis vereinbaren wird.

⁵⁷ BT-Drucks. 14/2683, S. 96.

⁵⁸ BGBl. I 2007, S. 1912.

25% auf 15% (§ 23 Abs. 1 KStG) mit der Absenkung der quotalen Steuerbefreiung in § 3 Nr. 40 EStG von 50% auf 40% verbunden hat, um in der Summe zur typisierenden Einmalbesteuerung zu gelangen.⁵⁹ Da es materiell keine Steuerbefreiung gibt, gebietet es das *objektive Nettoprinzip*,⁶⁰ die mit der Erzielung dieser Einkünfte wirtschaftlich zusammenhängenden Erwerbsaufwendungen unbeschränkt als Betriebsausgaben (§ 4 Abs. 4 EStG) oder Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 EStG) abzuziehen. Indem § 3c Abs. 2 EStG in formaler Konsequenz mit der Erzielung der Kapitaleinkünfte zusammenhängende Erwerbsaufwendungen (z. B. Finanzierungskosten) anteilig für nicht abzugsfähig erklärt, *verletzt* er das objektive Nettoprinzip, das Ausdruck einer am Maßstab wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit folgerichtigen Ausgestaltung des Einkommensteuertatbestandes ist.⁶¹

Die Verletzung des objektiven Nettoprinzips und fehlende innere Folgerichtigkeit der Regelung des § 3c Abs. 2 EStG hat der 8. Senat des Bundesfinanzhofs mit bemerkenswerter Deutlichkeit erkannt:⁶²

„Während der Gesetzgeber für die steuerliche Belastung der Einnahmen des Anteilseigners die Körperschaft und den Anteilseigner wirtschaftlich als Einheit betrachtet und eine Mehrfachbelastung mit Körperschaftsteuer und Einkommensteuer durch das Halbeinkünfteverfahren verhindern will, wird beim Abzug der damit zusammenhängenden Ausgaben des Anteilseigners die wirtschaftliche Einheitsbetrachtung aufgegeben und stattdessen rein rechtstechnisch darauf abgestellt, dass Körperschaft und Anteilseigner verschiedene Steuersubjekte sind;⁶³ bei dieser Sichtweise wird die körperschaftsteuerliche Vorbelastung unberücksichtigt gelassen und dementsprechend die Vorschrift des § 3 Nr. 40 EStG als Steuervergünstigung verstanden, die das Halbabzugsverbot des § 3c Abs. 2 EStG nach sich zieht.“

Gleichwohl meint der 8. Senat des Bundesfinanzhofs, diese nicht folgerichtige „Zick-Zack“-Regelung lasse sich durch die Typisierungsbefugnis des Gesetzgebers verfassungsrechtlich rechtfertigen.⁶⁴ Er beruft sich dabei auf eine Entscheidung des 9. Senats des Bundesfinanzhofs vom 27. 10. 2005⁶⁵. Dort hatte der 9. Senat darauf hingewiesen, dass im Veräußerungsfall der hälftige Ansatz der Anschaffungskosten in § 3c Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. EStG systemkonsequent und folgerichtig sei, um den Gesetzesplan der Einmalbesteuerung im Veräußerungsfall zu realisieren. Beim Abzug im vollen Umfang könnten realisierte Wertsteigerungen entgegen dem Normzweck nicht vollständig, sondern nur noch erfasst werden, soweit sie die Anschaf-

⁵⁹ Siehe Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD eines Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 v. 27. 3. 2007, BT-Drucks. 16/4841, S. 46 ff.

⁶⁰ Zum objektiven Nettoprinzip grundlegend Lang, StuW 2007, 3 ff.

⁶¹ So die nahezu einhellige Auffassung der Literatur (s. bereits Fn. 52), außerdem aus jüngster Zeit: Intemann, DB 2007, 2797, 2799; B. Hamdan/M. Hamdan, DStZ 2007, 730, 731 ff.; Hey in Tipke/Lang (Fn. 30), § 11 Rn. 15 m.w.N.; monographisch: Beck, Die Besteuerung von Beteiligungen an körperschaftsteuerlichen Steuersubjekten im Einkommen- u. Körperschaftsteuerrecht, 2004, S. 74 f., 137 ff.; Wäckerlin (Fn. 50), S. 201 ff., der seine Kritik aber auf den personalistisch beteiligten Gesellschafter beschränkt.

⁶² BFH BStBl. II 2008, S. 551, 552 f.; dagegen ist Verfassungsbeschwerde erhoben worden (Az.: 2 BvR 2221/07; außerdem Parallelverfahren 2 BvR 2659/07).

⁶³ Mit Hinweis auf den Bericht des Bundesministeriums der Finanzen zur Fortentwicklung des Unternehmensteuerrechts, FR 2001, Beilage zu Heft 11, S. 22.

⁶⁴ BFH (Fn. 62), S. 553 f.

⁶⁵ BFH BStBl. II 2006, S. 171, 172.

fungskosten übersteigen. In einem Begleitaufsatz hat das Senatsmitglied *Bernd Heuermann* dazu das folgende Beispiel gebildet:⁶⁶

„Ein Steuerpflichtiger kauft Anteile an einer Kapitalgesellschaft für 100 und verkauft sie innerhalb eines Jahres (§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG) für 150. Da der Veräußerungspreis von 150 nach § 3 Nr. 40j EStG zur Hälfte steuerfrei ist und damit nur in Höhe von 75 steuerlich erfasst wird, können nach § 3c Abs. 2 S. 1 EStG die Anschaffungskosten lediglich in Höhe von 50 abgezogen werden, so dass der Steuerpflichtige einen Gewinn von 25 zu versteuern hat. Dieses Ergebnis entspricht dem Zweck des Halbeinkünfteverfahrens einer hälftigen Besteuerung des Gewinns aus der Veräußerung von Anteilen. Zieht man jedoch die Anschaffungskosten in vollem Umfang von dem halben Veräußerungspreis ab, ergäbe sich sogar ein Verlust von 25. Die effektive Wertsteigerung der Anteile könnte nicht erfasst werden.“ Heuermann, aaO, fährt wie folgt fort: „Man sieht sofort: Erst bei einem Veräußerungspreis von mehr als 200 wäre eine Wertsteigerung steuerpflichtig. Das wäre ein absurdes Ergebnis.“

Wer wollte *Heuermann* (und damit dem BFH v. 27. 10. 2005) hier widersprechen? Um einen Veräußerungsgewinn hälftig freizustellen, müssen die ansetzbaren Anschaffungskosten auf die Hälfte beschränkt sein, wenn nur der hälftige Veräußerungserlös nach § 3 Nr. 40 EStG erfasst wird. Insoweit ist dem BFH zu folgen.

Jedoch beschränkt sich diese Arithmetik auf *positive* Veräußerungsgewinne; sie versagt im Falle von Veräußerungsverlusten. Insoweit schießt eine Auslegung des § 3c Abs. 2 S. 1 EStG, die auch Veräußerungsverluste erfasst, über den durch die Norm verfolgten Zweck deutlich hinaus. Der Gesetzgeber hatte offenkundig nur die Besteuerung von Dividenden und Veräußerungsgewinnen vor Augen. Bei Veräußerungsverlusten entsteht a priori keine wirtschaftliche Doppelbelastung von Körperschaft- und Einkommensteuer, die durch ein sog. Halbeinkünfteverfahren auf Einkommensteuerebene abzumildern wäre. Die Vorschrift des § 3 Nr. 40 EStG ist dort schlicht funktionslos. Wendet man § 3 Nr. 40 i.V. mit § 3c Abs. 2 S. 1 EStG in vermeintlich „formaler Konsequenz“ gleichwohl auch auf Veräußerungsverluste an, wandelt sich *das zum Schutz des Anteilseigners vor wirtschaftlicher Doppelbelastung eingeführte* Halb-/Teileinkünfteverfahren dysfunktional zu seinen Lasten. Es erhält plötzlich den Charakter eines hälftigen Verlustabzugsverbots, das weder mit den speziellen Verlustausgleichsbeschränkungsnormen abgestimmt ist, noch sich ansonsten in das Einkommensteuersystem einfügt.⁶⁷ Dies widerspricht der mit dem sog. Halb-/Teileinkünfteverfahren verfolgten Intention des Gesetzgebers. Die Haltlosigkeit des Ergebnisses wird deutlich, wenn man sich hypothetisch vorstellt, der deutsche Steuergesetzgeber hätte – wie zunächst geplant – den Milderungseffekt zur Vermeidung der Doppelbesteuerung nicht durch ein Halb-/Teileinkünfteverfahren, sondern durch eine Tarifiermäßigung hergestellt. Da die einkommensteuerliche Entlastung dann nicht auf der Ebene der Bemessungsgrundlage, sondern auf der Ebene des Steuertarifs einträte, bliebe der Veräußerungsverlust in vollem Umfang ausgleichsfähig. Dementsprechend gingen auch die *Brühler Empfehlungen zur Reform der Unternehmensbesteuerung*, auf deren Vorarbeiten die heutige Regelung beruht, ohne weiteres davon aus, dass sich das Halbeinkünfteverfahren auf die *posi-*

⁶⁶ *Heuermann*, DB 2005, 2708, 2709.

⁶⁷ Siehe auch *Beck* (Fn. 61), S. 75 f.

tiven Einkünfte beschränken und die Verlustfälle ausgenommen bleiben sollten.⁶⁸ Einen Grund für die dem widersprechende Einbeziehung der Verlustfälle in den Anwendungsbereich des § 3c Abs. 2 EStG nennen die Gesetzesmaterialien nicht und schweigen zu diesem Problem.⁶⁹

2. Teleologisch-verfassungskonforme Reduktion des Halb-/Teilabzugsverbots des § 3c Abs. 2 EStG in Verlustfällen

a) Wortlaut der Norm

Nach § 3c Abs. 2 S. 1, 1. Halbsatz EStG dürfen alle Veräußerungs- und Werbungskosten, die mit den dem § 3 Nr. 40 EStG zugrunde liegenden „Betriebsvermögensmehrungen“ oder „Einnahmen“ in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, nur teilweise abgezogen werden. In den vielen Insolvenzfällen werden die Kapitalgesellschaften weder aus einer Veräußerung noch aus der Liquidation irgendwelche Einnahmen erzielen. § 3c Abs. 2 S. 1, 2. Halbsatz EStG erweitert das Halb-/Teilabzugsverbot zwar um die zu berücksichtigenden Anschaffungskosten, setzt aber ebenfalls voraus („Entsprechendes gilt,“), dass überhaupt Einnahmen angefallen sind. Nach seinem Wortlaut findet auf den Veräußerungsverlust – in Übereinstimmung mit dem Normzweck – also das Halbabzugsverbot des § 3 Nr. 40 lit. c) EStG in Verbindung mit § 3c Abs. 2 S. 1 EStG keine Anwendung.⁷⁰ Denn die Einordnung eines Veräußerungsverlustes unter § 17 EStG setzt nicht automatisch die Rechtsfolge des § 3 Nr. 40 lit. c) i.V. mit § 3c Abs. 2 S. 1 EStG in Gang. Das Halb-/Teileinnahmen- und Halb-/Teilabzugsverfahren befindet sich mit eigenen Tatbestandsmerkmalen erst auf einer zweiten Stufe des Steuertatbestands. Sie kommen zu § 17 EStG hinzu und sind einer eigenen Auslegung zugänglich, ja sogar bedürftig. Soweit ein *Totalverlust* der Beteiligung ohne jegliche Einnahmen aus der Veräußerung oder Liquidation eintritt, ist bereits der Wortlaut des § 3c Abs. 2 EStG nicht einschlägig.

b) Teleologisch-verfassungskonforme Reduktion der Norm

Der Plan des Gesetzes deckt die Anwendung des Halb-/Teilabzugsverbots aber auch nicht in den Fällen, in denen der Veräußerer zwar eine Einnahme aus der Veräußerung des Gesellschaftsanteils erzielt, wegen höherer Anschaffungskosten aber gleichwohl im Ergebnis ein Veräußerungsverlust entsteht. Insoweit erfasst zwar der Wortlaut des § 3c Abs. 2 EStG die Anwendung der Norm, der Gesetzesplan bleibt aber hinter dem Wortlaut zurück. Eine solche *verdeckte Regelungslücke* ist durch eine *teleologische Reduktion* der Norm aufzufüllen.⁷¹ Dies gilt insbesondere dann, wenn die Wortlautauslegung gegen den Gleichheitssatz verstoßen würde.

⁶⁸ Brühler Empfehlungen zur Reform der Unternehmensbesteuerung BMF-Schriftenreihe, Heft 66, 1999, S. 52.

⁶⁹ Siehe nur Regierungsbegründung (Fn. 57), S. 113.

⁷⁰ Siehe Erle/Sauter, Reform der Unternehmensbesteuerung, 2000, S. 66; Crezelius, DB 2001, 221, 227.

⁷¹ Siehe Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S. 391 ff.

Aufgrund der planwidrig überschießenden Tendenz des § 3c Abs. 2 EStG hat das FG Düsseldorf in seinem Urteil vom 10. 5. 2007 dessen Tatbestand im Wege einer verfassungskonformen Auslegung dahingehend reduziert, dass er *Veräußerungs- und Liquidationsverluste* nicht erfasst.⁷² Dem ist der Bundesfinanzhof im Ergebnis für den Fall gefolgt, dass der Steuerpflichtige weder einen Veräußerungspreis noch einen Liquidationserlös erzielt hat.⁷³ Dagegen meinte das FG Rheinland-Pfalz als Vorinstanz unter Hinweis auf das bereits zitierte BFH-Urteil des 8. Senats vom 19. 6. 2007⁷⁴ noch, dass die Anwendung des Halbabzugsverbots durch die typisierende Gleichstellung von Veräußerungsgewinn und Gewinnausschüttung gerechtfertigt sei.

Das BFH-Urteil vom 19. 6. 2007 ist in der Literatur aber auf berechnete Kritik gestoßen⁷⁵ und vermag nicht zu überzeugen. Im Bereich des Einkommensteuerrechts besteht der Vergleichsmaßstab (*tertium comparationis*) für die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG bei der Ausrichtung der Steuerlast im Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit, anhand dessen der Steuertatbestand folgerichtig auszugestalten ist.⁷⁶ Eine Konkretisierung des Prinzips der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit stellt das *objektive Nettoprinzip* dar.⁷⁷ Es bedeutet, dass der Gesetzgeber sämtliche Einkunftsarten nach dem Nettoprinzip, das die durch die Erwerbstätigkeit bedingten Aufwendungen zum Abzug zulässt, erfasst, weil diese das disponible, für die Einkommensbesteuerung verfügbare Einkommen mindern. Dies gilt gerade auch für die Verrechnung von erwerbswirtschaftlich tatsächlich eingetretenen Verlusten mit positiven Einkünften.⁷⁸ Am Maßstab einer folgerichtigen, systemkonsequenten Umsetzung des gesetzgeberischen Plans lassen sich für die Beurteilung des § 3c Abs. 2 EStG (Halbabzugsverbot) bei grober Unterteilung *drei Fallgruppen* unterscheiden:

Dividenden/Ausschüttungen	Erwerbsaufwendungen	Halb-/Teilabzugsverbot systemwidrig
Veräußerungs-/Liquidationsgewinn	Anschaffungskosten	Halb-/Teilabzugsverbot folgerichtig
Veräußerungs-/Liquidationsverlust	Anschaffungskosten/ Erwerbsaufwendung	Halb-/Teilabzugsverbot systemwidrig

Bei Veräußerungs- und Liquidationsverlusten im Sinne des § 17 EStG wirkt sich der Verlust auf der Gesellschaftsebene nicht aus; ihn trägt wirtschaftlich allein der Gesellschafter. Das Halb-/Teilabzugsverbot bewirkt mithin unter Verstoß gegen das

⁷² FG Düsseldorf EFG 2007, 1239, 1240f., dort mit zust. Anm. v. *Herlinghaus*. Die Revisionsentscheidung des BFH v. 20. 1. 2009 – IX R 98/07, BFH/NV 2009, 1248, hat zu der Frage des § 3c Abs. 2 EStG in der Sache leider nicht Stellung genommen.

⁷³ BFH v. 25. 6. 2009 – IX R 42/08, DStR 2009, 1843, unter Aufhebung der Vorinstanz des FG Rheinland-Pfalz EFG 2008, 1602, 1605f.

⁷⁴ Siehe bei Fn. 62.

⁷⁵ *Intemann*, DB 2007, 2797, 2799f.; *B.Hamdan/M.Hamdan*, DStZ 2007, 730, 731 ff.; *Paus*, DStZ 2008, 145; *Englisch*, FR 2008, 230 ff.; *Otto*, DStR 2008, 228 ff.

⁷⁶ BVerfGE 107, 27, 46f.; BVerfGE 110, 412, 433f.; BVerfGE 116, 164, 180 f.

⁷⁷ BVerfGE 99, 88, 96ff.; BVerfGE 99, 280, 290; BVerfGE 101, 297, 310; BVerfGE 107, 27, 46, 48 f.; ausf. *Lang*, StuW 2007, 4 f.

⁷⁸ BVerfGE 99, 88, 96; ausf. *Lang/Englisch*, StuW 2005, 3 ff.

objektive Nettoprinzip, dass in Höhe des dem Abzugsverbot unterfallenden Verlusts Einkommen als „disponibel“ besteuert wird, das in Wirklichkeit gar nicht vorhanden ist und damit zur Steuerzahlung nicht zur Verfügung steht.⁷⁹ Für die von dieser übermäßigen Besteuerung betroffenen Steuerpflichtigen ist die Gleichstellung von Veräußerung und Ausschüttung keine „begünstigende“,⁸⁰ sondern eine *belastende Typisierung*. Eine solche hat der Gesetzgeber aber weder gewollt noch wird ein materiell-sachlicher Grund für diesen zusätzlichen Steuereingriff erkennbar. Ging es bei der Einführung des sog. Halb-/Teileinkünfteverfahrens allein um eine typisierende Berücksichtigung der Körperschaftsteuerlichen Vorbelastung im Rahmen der Einkommensbesteuerung des Anteilseigners, dann darf der echte Veräußerungsverlust im Sinne des § 17 EStG nicht anders als vor der Einführung des Steuersenkungsgesetzes 2000 behandelt werden: Er muss im Einklang mit dem objektiven Nettoprinzip in vollem Umfang abzugsfähig sein.

Zwar ist der Gesetzgeber bei der Ordnung von Massenerscheinungen berechtigt, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen zu treffen, ohne wegen der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu verstoßen. Dabei darf er für die gesetzliche Typisierung jedoch keinen atypischen Fall als Leitbild wählen, sondern muss realitätsgerecht den typischen Fall als Maßstab zugrunde legen.⁸¹ Es besteht weder zur Ordnung der Massenerscheinung noch aus Vereinfachungsgründen ein Bedürfnis, den Abzug von echten Veräußerungsverlusten im Sinne des § 17 EStG unfolgerichtig zur Hälfte zu versagen. Ein typischer Regelfall, an dem sich eine solche Regelung orientieren könnte, existiert nicht. Auch handelt es sich nicht um atypische Einzelfälle, die einer generell-abstrakten Erfassung unzugänglich wären. Denn das Halbabzugsverbot verletzt nicht nur vereinzelt, sondern bei allen Veräußerungs- und Aufgabeverlusten das Gebot der Besteuerung nach der finanziellen/wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

Dieser Verstoß lässt sich auch *nicht* auf der Grundlage eines – dem gesetzgeberischen Plan widersprechenden – *formalen Trennungsprinzips* rechtfertigen.⁸² Soll die Gesellschaftsebene für die Besteuerung des Gesellschafters keine Rolle spielen, ist nicht der Verlustabzug, sondern die hälftige Freistellung von positiven Veräußerungsgewinnen und Dividenden rechtfertigungsbedürftig. Da eine Körperschaftsteuerliche Vorbelastung einkommensteuerlich irrelevant wäre, müsste folgerichtig die hälftige Freistellung entfallen. Dagegen entspricht der volle Abzug des Veräußerungsverlustes dem Prinzip der Besteuerung nach der individuellen finanziellen/wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und setzt diesen Belastungsgrund gerade unter dem Trennungsprinzip nicht minder folgerichtig um.

Das BVerfG hat jüngst noch einmal klargestellt, dass das *objektive Nettoprinzip* zu den Grundentscheidungen des EStG gehört und seine Bedeutung vor allem bei der Frage der folgerichtigen Ausgestaltung der grundlegenden Belastungsentschei-

⁷⁹ FG Düsseldorf (Fn. 72).

⁸⁰ So aber unrichtig BFH (Fn. 62), S. 554.

⁸¹ BVerfGE 116, 164, 182f.; BVerfGE 117, 1, 31.

⁸² Zu Unrecht angenommen durch den BFH (Fn. 62), S. 554.

dung im Sinne der Belastungsgleichheit (Art. 3 Abs. 1 GG) erhält.⁸³ Ausnahmen von einer solchen folgerichtigen Umsetzung des objektiven Nettoprinzips bedürfen eines besonderen, sachlich rechtfertigenden Grundes. Ein rein fiskalischer Einnahmeerhöhungszweck reicht nicht aus, um die Durchbrechung des objektiven Nettoprinzips zu rechtfertigen.⁸⁴ Zwar ist der Gesetzgeber nicht gehindert, sich mit einer „Typengerechtigkeit“ zu begnügen, weil Steuergesetze eben Massenvorgänge des Wirtschaftslebens erfassen und deshalb praktikabel sein müssen. Das Halb-/Teilabzugsverbot ist durch diese Typisierungsbefugnis in den Veräußerungs-/Aufgabeverlustfällen indessen nicht gedeckt. Die Verletzung des objektiven Nettoprinzips durch das Halbabzugsverbot rechtfertigt sich nicht schon aus dem Gedanken einer „formalen Konsequenz“. Gleichheitsrechtlich relevant, weil Lasten austeilend, ist nicht das äußere, sondern das *innere System der Einkommensteuer*. Dies wird durch das Halb-/Teilabzugsverbot bei Veräußerungsverlusten verletzt. Auf der *Einnahmenseite* behandelt der Gesetzgeber Kapitalgesellschaft und Anteilseigner als *Einheit*; auf der *Abzugsseite* trennt er dann aber beide Ebenen. Dieses „Hü-Hott-Recht“ ist willkürlich⁸⁵ und hat mit Typisierung nichts zu tun. Typisierung bedeutet zudem, bestimmte, *in wesentlichen Elementen gleich geartete Lebenssachverhalte* normativ zusammenzufassen.⁸⁶ Das Gesetz tut dies hier für Veräußerungsgewinne und Veräußerungsverluste aus Anteilsverkäufen. Damit überdehnt der Gesetzgeber seine Typisierungsbefugnis: Die Wesentlichkeit ist nach *Inhalt und Zweck der Regelung* zu treffen, d. h. die quotale Freistellung des Veräußerungsgewinns wird wegen einer körperschaftsteuerlichen Vor-/Zusatzbelastung gewährt. Die beiden Gruppen von Lebenssachverhalten sind in ihren wesentlichen Elementen ungleich, da der *Vorbelastung des Veräußerungsgewinns keine Vorbegünstigung des Veräußerungs-/Aufgabeverlusts entspricht*.

Demgegenüber meint das FG Rheinland-Pfalz, dass die sehr weitgehende begünstigende Typisierung auf der Einnahmenseite „zugunsten des Steuerpflichtigen“ es zugleich rechtfertige, auch die Aufwendungen entsprechend gleich zu behandeln.⁸⁷ Diese Begründung für eine Verletzung des objektiven Nettoprinzips ist aus der Sicht des vom hälftigen Verlustabzugsverbot Betroffenen zynisch: Warum soll er durch die quotale Versagung des Verlustausgleichs diskriminiert werden, weil andere durch die hälftige Steuerfreistellung von nicht vorbelasteten Veräußerungsgewinnen privilegiert werden? Wenn die generelle Einbeziehung von Veräußerungsgewinnen in das sog. Halb-/Teileinkünfteverfahren in einer nicht geringen Anzahl von Fällen mangels körperschaftsteuerlicher Vorbelastung sachlich nicht gerechtfertigt sein sollte, dann ist der Anwendungsbereich des sog. Halb-/Teileinkünfteverfahrens insoweit einzuschränken, nicht aber sein überschießender Anwendungsbereich durch Statuierung eines Halb-/Teilabzugsverbots als *Folgefehler* auch noch weiter auszudehnen.

⁸³ BVerfG DStR 2008, 2460, 2462.

⁸⁴ BVerfG (Fn. 83), S. 2463.

⁸⁵ Ebenso vermisst *Intemann*, DB 2007, 2797, 2800 die Sachgesetzlichkeit.

⁸⁶ BVerfG (Fn. 83), S. 2462.

⁸⁷ Fn. 73.

Die gesetzliche Typisierung muss sich schließlich auf eine möglichst breite, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließende Beobachtung stützen. Dies ist nicht geschehen: Der Gesetzgeber hätte wenigstens die drei Gruppen der Dividendenausschüttungen, Veräußerungsgewinne und Veräußerungsverluste unterscheiden müssen. Die Typisierung, Veräußerungsverluste einfach nach den Regeln für Veräußerungsgewinne zu behandeln, benachteiligt eine *nicht geringe Anzahl von Steuerpflichtigen* und führt zu einem *intensiven Verstoß gegen eine gleichmäßige Besteuerung*. Die dadurch eingetretene Verletzung des Gleichheitsgrundrechts war für den Gesetzgeber *leicht vermeidbar*. Er hätte in § 3 Nr. 40 lit. c) EStG nach den Vorarbeiten der sog. Brähler Kommission ohne weiteres auf den *Veräußerungsgewinn i.S. eines positiven Ergebnisses*⁸⁸ anstelle auf den Veräußerungspreis abstellen können. Dann wären sowohl der Zweck der Norm als auch der Belastungsgrund folgerichtig umgesetzt worden. Die Anwendung des Halb-/Teilabzugsverbots des § 3c Abs. 2 EStG auf Veräußerungs- und Aufgabeverluste verstößt also gegen Art. 3 Abs. 1 GG und ist verfassungswidrig. Deshalb ist mit dem FG Düsseldorf die Norm des § 3c Abs. 2 EStG teleologisch-verfassungskonform zu reduzieren und der Veräußerungs- bzw. Aufgabeverlust in vollem Umfang als negative Einkünfte im Sinne des § 17 EStG zu berücksichtigen.⁸⁹

V. Ausblick

§ 3c Abs. 2 EStG ist systemwidrig und für Veräußerungs- und Aufgabeverluste teleologisch-verfassungskonform zu reduzieren. Es ist im Übrigen zu hoffen, dass das Bundesverfassungsgericht die Vorschrift als verfassungswidrig verwirft.⁹⁰ Davon unabhängig ist der parlamentarische Gesetzgeber in der Verantwortung, die Einkommensteuer systemkonsequent und folgerichtig ohne Verletzungen von Grundprinzipien wie das Nettoprinzip fortzuentwickeln. Leider entfernt sich die aktuelle Steuerpolitik, die zu sehr die Handschrift des Bundesfinanzministeriums trägt, zunehmend von diesem Ziel und verfolgt rein fiskalische Interessen. Dies ist nicht nur unverantwortlich, sondern auch unverständlich. Wo weit reichende finanzielle Rettungsschirme gespannt und üppige Konjunkturpakete geschnürt werden, sollte es selbstverständlich sein, dass diejenigen Steuerpflichtigen, die tatsächlich eigenes unternehmerisches Risiko eingehen, nicht auch noch Einkommensteuer auf ihren wirtschaftlichen Schaden zu zahlen haben!

⁸⁸ Siehe oben bei Fn. 68.

⁸⁹ FG Düsseldorf (Fn. 72).

⁹⁰ Der 9. Senat des BFH (Fn. 72, 73) ist einer klaren Entscheidung in der Sache leider mit äußerst dürftigen Argumenten ausgewichen.