



AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

Köln • Düsseldorf

Dürener Straße 295
50935 Köln

Fon 0221/47 43 440
Fax 0221/47 43 499
info@axis.de

Uerdinger Str. 12
40474 Düsseldorf

Fon 0211 / 43 83 56 0
Fax 0211 / 43 83 56 11
info@axis.de

Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe

Neue Kontrollen beseitigen Widrigkeiten bei Spekulationsgewinnen

Stand: 16.01.2006

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung.....	2
2. BFH: Besteuerung von Wertpapiergeschäften ab 1999 ist verfassungsgemäß	2
Die Auswirkungen der neuen Kontrollmöglichkeiten	3
Rückwirkende Auswirkung des Kontenabrufs auf vergangene Zeiträume	4
Weitere Schlussfolgerungen.....	4
3. BFH: Besteuerung der Kapitaleinkünfte ist ab 1994 nicht verfassungswidrig.....	5
Maßnahmen zur gleichmäßigen Besteuerung der Kapitaleinnahmen.....	5
Zinsabschlag gewährt hohe steuerliche Erfassung von Kapitaleinnahmen	5
Ergänzende Kontrollen ab 1998	6
4. Weitere Widrigkeiten bei der Besteuerung von Wertpapiergeschäften	7
5. Verrechnung von Spekulationsverlusten	9
Verluste ab 1999	9
6. Stillhaltergeschäfte nach § 22 EStG	9
7. Spekulation mit Immobilien	10



Neue Kontrollen beseitigen Widrigkeiten bei Spekulationsgewinnen

1. Einführung

Vor knapp zwei Jahren hatte das BVerfG (9.3.2004, 2 BvL 17/02, BStBl 2005 II S. 56) entschieden, dass § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b EStG für die VZ 1997 und 1998 mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar und nichtig ist, soweit er Veräußerungsgeschäfte mit Wertpapieren betrifft. Beanstandet wurden strukturelle Erhebungsdefizite der Finanzverwaltung bei der Erfassung von Spekulationsgewinnen. Im Urteil wird zum Ausdruck gebracht, dass ab 1999 andere gesetzliche Rahmenbedingungen und Veränderungen des allgemeinen Marktumfelds vorherrschten. Daraufhin haben diverse Finanzgerichte Zweifel auch für vorherige und nachfolgende Zeiträume gesehen, so dass die Finanzverwaltung die Steuerbescheide in diesem Punkt nur noch gemäß § 165 AO vorläufig festsetzt.

Die vom BVerfG angedeuteten anderen Voraussetzungen hat der BFH nun mit Urteil vom 29.11.2005 (IX R 49/04) bestätigt, indem er die Besteuerung von Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S. des § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG ab 1999 für verfassungsgemäß einstuft. Hintergrund der vom BVerfG abweichenden Entscheidung ist die Tatsache, dass der Finanzverwaltung durch Jahresbescheinigung und Kontenzugriff neue Kontrollmöglichkeiten vorliegen, mit denen auch die Ermittlung vorheriger Zeiträume möglich ist. Damit liegt nach Auffassung des BFH kein Erhebungsdefizit mehr vor – zumindest bei Börsengeschäften diesseits der Grenze.

Dieses Urteil liegt auf der Linie, die der BFH (7.9.2005, VIII R 90/04, DB 2005 S. 2725) hinsichtlich der Besteuerung von Kapitaleinnahmen nach § 20 EStG vertritt. Auch hier kommt es wegen dem 1993 eingeführten Zinsabschlag, dem ab 2000 geänderten Mitteilungsverfahren gemäß § 45d EStG, der Jahresbescheinigung ab 2005 sowie dem Kontenzugriff seit April 2005 zu Kontrollmaßnahmen, die keine verfassungswidrige Besteuerungslücke erkennen lassen.

Die nachfolgenden Kapitel stellen die BFH-Argumentation zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 20, 23 EStG dar und zeigen auf, welche Widrigkeiten nunmehr entfallen könnten und welche weiterhin bestehen.

2. BFH: Besteuerung von Wertpapiergeschäften ab 1999 ist verfassungsgemäß

Der Urteilstenor (BFH 29.11.2005, IX R 49/04):

§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Ein – hier allein in Betracht kommender – Verstoß gegen Art. 3 Abs.1 GG wegen struktureller Vollzugshindernisse liegt nicht vor.

Art.3 Abs.1 GG verlangt für das Steuerrecht, dass Steuerpflichtige gleich belastet werden. Wird dies durch die rechtliche Gestaltung des Erhebungsverfahrens prinzipiell verfehlt, kann dies die Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlage nach sich ziehen. Zur Gleichheitswidrigkeit führt nicht ohne weiteres die empirische Ineffizienz von Rechtsnormen, wohl aber das normative Defizit des widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts. Ein derartiges



vom BVerfG gefordertes normatives Defizit bei den Erhebungsregeln besteht jedenfalls nach der Einführung des Kontenabrufverfahrens nicht mehr.

Die Auswirkungen der neuen Kontrollmöglichkeiten

Nach § 93 Abs. 7 AO kann das Finanzamt bei den Kreditinstituten über das Bundeszentralamt für Steuern in Bonn (vormals BfF) seit April 2005 einzelne Daten aus den nach § 93b Abs. 1 AO zu führenden Dateien abrufen, wenn

- dies zur Festsetzung oder Erhebung von Steuern erforderlich ist und
- ein Auskunftersuchen an den Steuerpflichtigen nicht zum Ziele geführt hat oder keinen Erfolg verspricht.

Die nach § 24c KWG abrufbaren Daten sind

- Nummern von Konten und Depots
- Tag der Errichtung und Auflösung
- Name von Kontoinhaber und Verfügungsberechtigten
- Geburtsdatum bei natürlichen Personen

Finanzbehörden können nun diese Daten seit dem 1.4.2005 unter den Voraussetzungen des geänderten AEAO (BMF 10.3.2005, IV A 4 - S 0062 - 1/05, BStBl I 2005, 422) bei inländischen Kreditinstituten abrufen. Das verschafft zunächst einmal nur die Kenntnis über das Bestehen von Konten oder Depots, ermöglicht aber weitere Ermittlungen, um steuerrelevante Tatsachen aufzufinden. Denn nur wenn das Finanzamt erfahren hat, bei welcher Bank Konten und Depots unterhalten werden, kann es anschließend Auskunft über Bewegungsdaten verlangen. Somit führt die Kontenabfrage zur Effektivierung bestehender Ermittlungsmöglichkeiten, was das (BVerfG (22.3.2005, 1 BvR 2357/04, 1 BvQ 2/05, DB 2005 S. 754) zur vorläufigen Zulassung der Kontenabfrage bewegt hatte.

Das neue Verfahren führt zu einer umfassenden Verifizierung von privaten Veräußerungsgeschäften, so dass von einem strukturellen Vollzugsdefizit nicht mehr auszugehen ist. Zwar können Finanzbehörden Konten und Depots nicht routinemäßig oder stichprobenhaft, sondern nur einzelfallbezogen abrufen. Dabei ist jedoch kein begründeter Verdacht steuerrechtlicher Unregelmäßigkeiten notwendig, so dass Ermittlungsmaßnahmen schon eingeleitet werden können, wenn auf Grund konkreter Anhaltspunkte oder allgemeiner Erfahrungen die Möglichkeit einer Steuerverkürzung in Betracht kommt. Ein solcher hinreichender Anlass ist beispielsweise die ungeklärte Herkunft von Eigenmitteln oder das jahrelange Halten eines Depots, ohne dass private Veräußerungsgeschäfte deklariert wurden.

Zwar bestehen weiterhin Ermittlungsprobleme bei Kontendaten über die Grenze, hier kann kein Abruf erfolgen. Doch auch hier hat die Finanzverwaltung im Rahmen von Steuerfahndungsmaßnahmen erhebliche Anstrengungen unternommen, etwa durch die Anwendung der EU-Zinsrichtlinie seit Juli 2005. Ein noch verbleibendes Erhebungsdefizit ist dem deutschen Gesetzgeber nicht zurechenbar.



Rückwirkende Auswirkung des Kontenabrufs auf vergangene Zeiträume

§ 24c KWG gilt seit dem 1.4.2003, erst ab diesem Zeitpunkt müssen Banken die Dateien anlegen. Die Inhalte betreffen aber auch Sachverhalte der Vergangenheit und somit auch Tatsachen aus 1999. So kann in die Datei des Kreditinstituts die Nummer eines Depots aufgenommen werden, das bereits im Jahr 1999 oder vorher errichtet worden ist.

Das Kontenabrufverfahren ist erst mit Wirkung ab dem 1.4.2005 eingeführt worden. Der Vollzug muss im Einzelfall zwar regelmäßig noch innerhalb des Laufs einer vierjährigen Festsetzungsfrist gelingen. Da die bei hinterzogenen Steuern zehn Jahre beträgt, können die Finanzbehörden für den VZ 1999 noch ermitteln. Denn die Steuer auf nicht erklärte Veräußerungsgeschäfte ist regelmäßig objektiv hinterzogen. Sie können direkt Daten 1999 abrufen, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass Anleger Veräußerungsgeschäfte nicht deklariert haben. Auslöser hierfür können auch spätere Veranlagungsarbeiten sein.

Schützenhilfe erhalten die Finanzbehörden hierbei aus den für 2004 erstmals auszustellenden Jahresbescheinigung nach § 24c EStG. Sie erhalten diese Bescheinigung zwar nur dann, wenn Steuerpflichtige sie vorgelegen. Unterlassen sie das, bleibt dem Finanzamt der Weg über den Kontenabruf, die gesuchten Daten selbst herausfinden.

Fazit: Die Vollzugsmöglichkeiten sind auch für 1999 durch die Möglichkeit des Kontenabrufs effektiv ausgestaltet, so dass nicht mehr von einem normativen Defizit ausgegangen werden kann. Verfassungsrechtliche Zweifel bestehen gegen die § 93 Abs. 7 AO nicht, da der eingeräumte Ermessensspielraum im geänderten AEAO ausreicht. Offen kann bleiben, ob § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG vor Einführung des Kontenabrufs verfassungsrechtlich problematisch war. Denn insoweit handelt es sich allenfalls um eine bloß temporäre Unvereinbarkeit, die mit Wegfall der Vollzugsmängel nicht mehr besteht.

Weitere Schlussfolgerungen

Das neue Kontenabrufverfahren wird flankiert von einer Vielzahl von Maßnahmen, die seit 1999 unternommen wurden, um die Vollziehbarkeit der Einkünfte aus Kapitalvermögen wirksamer zu gestalten und die sich auch auf die Besteuerung von Veräußerungsgewinnen auswirken.

Hinweis: Aus der Stellungnahme des BMF, das dem Verfahren beigetreten war, ergibt sich, dass die Finanzverwaltung das seit 2000 verfeinerte Kontrollverfahren gemäß § 45d EStG nicht nur dazu nutzt, die freigestellten Kapitalerträge zu ermitteln. Vielmehr werden die gemeldeten Daten auch dazu verwendet, Einkünfte aus Wertpapierveräußerungsgeschäften zu ermitteln.

Aber erst das Abrufverfahren berechtigt die Finanzämter, gezielt auf Kontendaten zuzugreifen. Denn das Kontrollverfahren des § 45d EStG funktioniert nur, wenn Sparer einen Freistellungsauftrag erteilen. Der Kontenabruf hingegen ist nicht vom Erklärungsverhalten abhängig.

Zwar bestehen seit April 2005 praktische und technische Probleme beim Umsetzen des Kontenabrufs. Hierbei ist aber der Verwaltung wie auch dem Gesetzgeber eine Anlaufphase zuzubilligen, in der die Voraussetzungen für ein rasches Funktionieren geschaffen werden. Derzeit bestehen keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei den derzeitigen technisch bedingten Unzulänglichkeiten nicht nur um insoweit unschädliche Umsetzungsprobleme in der Anlaufphase handelt.



3. BFH: Besteuerung der Kapitaleinkünfte ist ab 1994 nicht verfassungswidrig

Die Besteuerung der Zinseinkünfte i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG ist in den Veranlagungszeiträumen ab 1994 nicht wegen eines strukturellen Vollzugsdefizits verfassungswidrig (BFH 7.9.2005, VIII R 90/04, DB 2005 S. 2725). Eine gesetzliche Besteuerungsgrundlage kann verfassungswidrig sein, wenn die Gleichheit im Belastungserfolg durch die rechtliche Gestaltung des Erhebungsverfahrens prinzipiell verfehlt wird. Ein solches strukturelles Vollzugsdefizit wurde bislang festgestellt:

- BVerfG 27.6.1991, 2 BvR 1493/89, BStBl II 1991, 654 zur Zinsbesteuerung vor 1993
- BVerfG 9.3.2004, 2 BvL 17/02, BStBl II 2005, 56 zur Besteuerung von Veräußerungsgeschäften bei Wertpapieren in 1997/98
- Beschluss FG Köln 22.9.05, 10 K 1880/05 zu den Kapitaleinkünften 2000- 2002 (beim BVerfG unter 2 BvL 14/05 anhängig)

Maßnahmen zur gleichmäßigen Besteuerung der Kapitaleinnahmen

Durch das ab 1993 geltende Zinsabschlaggesetz hat der Gesetzgeber auf vorherige Erhebungsdefizite reagiert und konnte in seinem Einschätzungs- und Prognosespielraum davon ausgehen, dass die eingeführten Erhebungsmöglichkeiten geeignet sein würden, die tatsächliche Gleichheit im Belastungserfolg bei von inländischen Zahlstellen bezogenen Zinsen zukünftig in ausreichendem Maße zu gewährleisten (BFH 18.2.1997, VIII R 33/95, BStBl II 1997, 499; 24.6.1997, VIII R 25/97 sowie 15.12.1998, VIII R 6/98, BStBl II 1999, 138). Denn durch die Einführung des Zinsabschlags sowie die Verzehnfachung des Sparer- Freibetrags auf von inländischen Zahlstellen bezogene Zinseinkünfte könne von einem nennenswerten Erhebungsdefizit nur noch bei Auslandseinkünften sowie bei einer über dem Zinsabschlag liegenden Progression die Rede sein.

Hinsichtlich der im Ausland bezogenen Kapitalerträge verneint der BFH die Verantwortlichkeit des Gesetzgebers für die Nichtüberprüfbarkeit des Erklärungsverhaltens wegen des Territorialitätsprinzips (Urteil vom 18.2.1997, VIII R 33/95, BStBl II 1997, 499). Der Gesetzgeber sei aus berechtigten gesamtwirtschaftlichen Gründen auch nicht verpflichtet gewesen, den Finanzbehörden den Zugriff auf Bankdaten über die Kapitalverlagerung ins Ausland zu verschaffen, um so die Schätzung von im Ausland bezogenen Kapitalerträgen zu ermöglichen. An dieser Ansicht hält der BFH auch für die Folgejahre uneingeschränkt fest.

Bei inländischen Kapitaleinnahmen stehen den Finanzbehörden für die vollständige Erfassung ausreichende Ermittlungsmöglichkeiten zur Verfügung. Dieser Beurteilung steht auch § 30a AO nicht entgegen. Zumindest für VZ bis 1997 war der Gesetzgeber berechtigt, die tatsächliche Wirkung des durch das Zinsabschlaggesetz geänderten Erhebungsverfahrens und dessen Umsetzung abzuwarten und die weitere Entwicklung zu beobachten. Denn hierbei war eine Neuregelung zu beobachten, deren Geeignetheit zur Beseitigung des Vollzugsdefizits einen angemessenen Beobachtungszeitraum vertretbar macht.

Zinsabschlag gewährt hohe steuerliche Erfassung von Kapitaleinnahmen

Bezogen auf den gesamten Besteuerungsanspruch aus im Inland bezogenen Zinseinkünften ist der durch den Zinsabschlag gewährleistete Erhebungsanteil wesentlich höher als 50 Prozent, da



nicht alle Zinseinkünfte dem Spitzensteuersatz unterliegen. Eine möglicherweise verbleibende Besteuerungslücke bei über dem Zinsabschlag liegenden Grenzsteuersätzen hat sich zudem durch die kontinuierliche Senkung des Spitzensteuersatzes bis auf 42 Prozent ab 2005 bei gleich bleibender Höhe des Zinsabschlags erheblich verringert.

Daran hat die Halbierung des Sparer-Freibetrags ab 2000 nichts geändert. Auch die dadurch zusätzlich in die Steuerpflicht einbezogenen Zinseinkünfte unterliegen dem Zinsabschlag. Die auf sie entfallende Steuer wird demzufolge ebenfalls mehr als zur Hälfte effektiv erhoben. Tatsächlich war der Erhebungsanteil bei diesem Teil des Steueranspruchs jedoch mit großer Wahrscheinlichkeit wesentlich höher. Es bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Halbierung des Sparer-Freibetrags eine Erhebungslücke bei den im Inland bezogenen Zinseinkünften erheblich vergrößert haben könnte.

Zwar sah das Zinsabschlaggesetz in Bezug auf die vollständige Erfassung des über den Zinsabschlag hinausgehenden Teils des Besteuerungsanspruchs keine zusätzlichen Ermittlungsmöglichkeiten der Finanzbehörden vor. Es war jedoch nicht unvertretbar, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Abwägung mit den berechtigten Belangen der Banken und Bankkunden darauf einstweilen verzichtet hatte.

Zumindest für eine angemessene Übergangszeit konnte der Gesetzgeber erwarten, dass die Finanzämter die im regulären Veranlagungsverfahren tatsächlich und rechtlich mögliche Überprüfung der Steuererklärungen erfolgreich intensivieren würden. Denn die Anhebung des Sparer-Freibetrags hatte eine massive Steuerfreistellung der Erträge aus kleineren Kapitalvermögen und eine entsprechende Entlastung der Finanzämter bewirkt. Dabei konnte der Gesetzgeber auch berücksichtigen, dass bei Steuerpflichtigen mit höheren Grenzsteuersätzen nicht selten durch weitere Kontrollmaßnahmen auch Zinserträge zumindest teilweise erfasst werden:

- Betriebsprüfung: Hierdurch erhöht sich das Risiko der Entdeckung bei Steuerpflichtigen mit gewerblichen oder freiberuflichen Einkünften bei nicht vollständig erklärten Zinseinkünften erheblich
- Mitteilungsverpflichtungen bei der Gründung von Kapitalgesellschaften
- Immobilienerwerbe, also bei beurkundungspflichtigen Rechtsvorgängen nach § 18 GrEStG
- Mitteilungen nach § 33 ErbStG im Todesfall

Anders als bei den Einkünften aus der Veräußerung von Wertpapieren hat das Verschweigen von im Inland bezogenen Zinseinkünften nicht zur Folge, dass Steuern überhaupt nicht erhoben werden. Vielmehr bleiben die entsprechenden Einkünfte seit 1993 mit dem Zinsabschlag belastet.

Ergänzende Kontrollen ab 1998

Nach einem Beobachtungszeitraum hat der Gesetzgeber Anlass zur Nachbesserung bei der Zinsbesteuerung gesehen, dem er seit 1998 in mehreren Schritten gerecht geworden ist.

- **Das Mitteilungsverfahren gemäß § 45d EStG** wurde inhaltlich ergänzt und die Verwendungsmöglichkeiten der Mitteilungen erweitert. Mit Wirkung seit Juli 2002 ist die Verwendungsbeschränkung vollständig entfallen. Danach können die Finanzämter bei dem Bundesamt für Finanzen im automatisierten Verfahren abfragen, bei welchen Kreditinstituten ein



Steuerpflichtiger Freistellungsaufträge erteilt und in welcher Höhe er bei diesen Kreditinstituten steuerpflichtige Kapitalerträge erzielt hat. Daraus ergibt sich durch die Erteilung von Freistellungsaufträgen ein erheblich gesteigertes Entdeckungsrisiko für diejenigen Steuerpflichtigen, die bei im Inland bezogenen Zinseinkünften den Sparer-Freibetrag in Anspruch nehmen. Eine Kapitalanlage, für die ein Freistellungsauftrag nicht erteilt worden ist, kann auf diese Weise allerdings nicht ermittelt werden.

- Ab 2004 sind die Kreditinstitute gemäß § 24c EStG verpflichtet, ihren Kunden eine schriftliche **Jahresbescheinigung** über Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne zu erteilen. Der Gesetzgeber hat zwar davon abgesehen, die Vorlage der Jahresbescheinigung in der Einkommensteuererklärung oder zumindest ihre Aufbewahrung durch die Steuerpflichtigen gesetzlich anzuordnen. Die Bescheinigung ist ausschließlich als Hilfestellung für die Steuerpflichtigen beim Ausfüllen der Steuererklärungsformulare gedacht. Der BFH ist jedoch der Auffassung, dass die Nichtvorlage der Jahresbescheinigung auf berechtigtes Anfordern durch das Finanzamt zumindest einen hinreichenden Anlass für weitere Ermittlungen darstellen kann.
- Schließlich haben die Finanzämter seit April 2005 die Möglichkeit, gemäß §§ 93 Abs. 7 und 8, 93b AO die Stammdaten für alle legitimationsgeprüften inländischen Bankkonten und Depots eines Steuerpflichtigen im Wege der Datenabfrage zu erfahren.

Zwar hat die Amnestieregelung die tatsächliche Erfassung der Einkommensteuer in den VZ 1993 bis 2002 nachträglich beeinflusst. Auch beschränkt es die Ermittlungsbefugnisse der Finanzbehörden Steuerpflichtigen gegenüber, die eine wirksame strafbefreiende Erklärung abgegeben haben. Beide Umstände begründen indes kein strukturelles Erhebungsdefizit.

4. Weitere Widrigkeiten bei der Besteuerung von Wertpapiergeschäften

Jahre vor 1997

Laut den BFH-Urteilen vom 1.6.2004 (IX R 35/01, BStBl 2005 II S. 26), 29.6.2004 (IX R 26/03, BStBl 2004 II S. 995) sowie 14.12.2004 (VIII R 81/03, BFH/NV 2005 S. 960, beim BVerfG unter 2 BvR 359/05) darf die Steuer auf Wertpapier- und Optionsgeschäfte weiterhin erhoben werden. Der BFH geht zwar davon aus, dass in bis 1994 ein vergleichbares Vollzugsdefizit gegeben war, wie es das BVerfG für die Jahre 1997 und 1998 festgestellt hat. Er hat aber ausgeschlossen, dass das BVerfG § 23 EStG in Bezug auf Wertpapiergeschäfte für 1989 bis 1994 für nichtig erklären wird, weil die verfassungsrechtliche Rechtslage bisher nicht erkannt worden sei und deshalb Anlass bestehe, das bisherige Recht noch für eine Übergangszeit hinzunehmen.

Nach zwei Urteilen des FG Münster (17.5.2005, 8 K 4710/01 E, EFG 2005 S. 1117, beim BVerfG unter 2 BvL 8/05 sowie 13.7.2005, 10 K 6837/03 E, beim BVerfG unter 2 BvL 12/05) ist die Besteuerung von Spekulationsgewinnen bei Wertpapieren und Optionsrechten auch in den VZ 1994 bis 1996 verfassungswidrig. Ebenso wie in den Jahren 1997/98, für die das BVerfG die Verfassungswidrigkeit bereits festgestellt hat, bestehe auch für frühere Zeiträume ein vergleichbares strukturelles Vollzugsdefizit.



Das BVerfG habe dem Gesetzgeber lediglich eine Frist zur Beseitigung der verfassungswidrigen Rechtslage bei den Zinseinnahmen bis zum 1.1.1993 eingeräumt. Diese zeitliche Einschränkung müsse auch für die Besteuerung von Spekulationsgewinnen gelten.

Hinweis: Bei noch offenen Bescheiden der Jahre vor 1997 mit Spekulationsgewinnen muss ein Ruhen des Verfahrens beantragt werden, da die Jahre vor 1999 nicht vom Vorläufigkeitsvermerk erfasst werden.

1997 bis 1998

Diese beiden Jahre wurden durch das Urteil des BVerfG vom 9.3.2004 (2 BvL 17/02) für verfassungswidrig erklärt. Die auf Gewinne gezahlte Steuer kann in allen offenen Fällen zurückgefordert werden. Bei ruhenden Einspruchsverfahren erledigen die Finanzämter – sofern noch nicht geschehen – die Vorgänge automatisch. Bei bestandskräftigen Bescheiden erfolgt keine Änderung, allerdings darf die festgesetzte Steuer insoweit nicht mehr im Vollstreckungsverfahren eingetrieben werden (§ 251 Abs. 2 AO).

1999 bis 2003

Das BVerfG hatte nur über die Jahre 1997/98 zu entscheiden. In seinem Urteil wird aber zum Ausdruck gebracht, dass ab 1999 andere gesetzliche Rahmenbedingungen und Veränderungen des allgemeinen Marktumfelds vorherrschten. Somit könnte die Entscheidung für diese Jahre anders ausfallen. Hierzu zählt die Verlängerung (Verdoppelung) der Spekulationsfrist, die Möglichkeit der Verlustverrechnung, die Erweiterung des § 45d EStG sowie ab dem Jahr 2000 die Einführung der Anlage SO.

Auf Grund des BMF-Schreibens vom 2.11.2005 (IV A 7 - S 0338 - 133/05, DB 2005 S. 2440, DStR 2005 S. 1940) wird die Festsetzungen der Einkommensteuer vorläufig vorgenommen:

- Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG für Veranlagungszeiträume ab 1999
- Besteuerung der Einkünfte aus Termingeschäften im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG für Veranlagungszeiträume ab 1999

Sofern das in Kapitel 2 besprochene BFH-Urteil rechtskräftig wird, werden die Finanzämter den Vorläufigkeitsvermerk aufheben.

Hinweis: Sofern bislang AdV beantragt worden ist, sollte dies zügig rückgängig gemacht werden.

Ab 2004

Unstrittig wird derzeit allgemein die Auffassung vertreten, dass ab dem VZ 2004 keine vergleichbaren Erhebungsdefizite mehr vorliegen, da durch die Einführung der Jahresbescheinigung gem. § 24c EStG inländische Börsengeschäfte flächendeckend bescheinigt werden und somit ein ausreichendes Kontrollinstrument zur Verfügung steht.

Eine Übersicht der bei einem Steuerpflichtigen vorliegenden Bankverbindungen kann sich die Finanzbehörde ab April 2005 über den Datenpool der Kontenevidenzzentrale nach §§ 93 Abs. 7, 93b AO im Onlinewege abrufen.



5. Verrechnung von Spekulationsverlusten

Verluste bis 1998

Ab 1999 können die Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften gem. § 23 Abs. 3 S. 9 EStG jahresübergreifend zumindest mit gleichen positiven Einnahmen ausgeglichen werden. Für die davor liegenden Jahre hat der Gesetzgeber dies ausdrücklich ausgeschlossen, obwohl das BVerfG (30.9.1998, 2 BvR 1818/91, BVerfGE 1999 S. 88) die fehlende Verrechnungsmöglichkeit als nicht verfassungsgemäß eingestuft hatte.

Daher dürfen Spekulationsverluste der Jahre vor 1997 in allen noch offenen Fällen unbeschränkt – also nicht nur mit Spekulationsgewinnen – mit anderen Einkunftsarten verrechnet werden (BFH 1.7.2004, IX R 35/01, BStBl 2005 II S. 26). In den noch offenen Altfällen sind die allgemeinen einkommensteuerlichen Regelungen über Verlustausgleich und Verlustabzug (§ 10 d EStG) anzuwenden. Für Verluste der Jahre 1997 und 1998 gilt das nicht, da für diesen Zeitraum eine Verfassungswidrigkeit vorliegt (BFH 14.7.2004, IX R 13/01, BStBl 2005 II S. 125, beim BVerfG unter 2 BvR 1935/04 anhängig).

Die gleiche Rechtslage ergibt sich auch bei Verlusten aus der Vermietung beweglicher Gegenstände nach § 22 Nr. 3 EStG. Auch die können bis einschließlich Vz. 1998 mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten im selben Vz. ausgeglichen werden.

Verluste ab 1999

Verluste sind ab 1999 laut Gesetz nur mit entsprechenden Spekulationsgewinnen verrechenbar, allerdings auch jahresübergreifend. Ob eine Verlustverrechnung mit anderen Einkunftsarten erfolgen darf, muss der BFH in drei anhängigen Revisionen entscheiden

1. IX R 45/04, Vorinstanz FG Köln vom 15.9.2004, 7 K 1268/03, EFG 2004 S. 1843
2. IX R 31/04, Vorinstanz FG Berlin vom 22.6.2004, 7 K 7500/02, EFG 2004 S. 1843
3. IX R 28/05, Vorinstanz FG München vom 22.7.2005, 8 K 4787/03

Nach Auffassung der FG bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Berücksichtigung der Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften. Einsprüche ruhen im Hinblick auf die anhängigen Revisionsverfahren. AdV wird jedoch grundsätzlich nicht gewährt.

6. Stillhaltergeschäfte nach § 22 EStG

Im Rahmen der aktuellen Entwicklung wurde zumeist übersehen, dass auch die Besteuerung von Optionsprämien aus Stillhaltergeschäften von der Verfassungswidrigkeit erfasst werden könnte. Da diese Einnahmen nicht nach § 23 EStG besteuert werden, sind sie weder von der festgestellten Verfassungswidrigkeit bei den Wertpapiergeschäften und vom Vorläufigkeitsvermerk, noch vom Inhalt der von den Kreditinstituten erstellten Jahresbescheinigung erfasst. Daher können die Auswirkungen für Stpfl. mit diesen Einkünften nach § 22 Nr. 3 EStG noch gravierender sein.

Doch auch in diesem Fall liegen Erhebungsdefizite vor, die zu einer Nichtigkeit der Vorschrift führen könnte. Dies gilt laut dem FG Münster (05.04.2005, 8 K 4710/01 E, EFG 2005 S. 1117, beim BVerfG unter 2 BvL 8/05) für das Jahr 1996, müsste aber folgerichtig auf für die nachfol-



genden Zeiträume wirken. Der Beschluss betrifft über die Entscheidung des BVerfG hinaus die Besteuerung von Optionsprämien, die dem Optionsverkäufer als Stillhalter (Short-Position) gezahlt werden.

Hinweis: Anleger sollten ihre Bescheide in Hinsicht auf sonstige Einnahmen nach § 22 Nr. 3 EStG offen halten. Anders als die Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 EStG werden diese Einnahmen auch nicht durch die neue Jahresbescheinigung gem. § 24c EStG erfasst, so dass hier durchaus auch noch ab dem VZ 2004 ein Erhebungsdefizit erkennbar ist. Zwar kann die Finanzbehörde seit April 2005 die Daten inländischer Konten abfragen, doch ein Hinweis auf solche Termingeschäfte als Stillhalter an der EUREX wird nicht ersichtlich.

7. Spekulation mit Immobilien

Zweifel bei der Besteuerung von Grundstücksverkäufen bestehen ohnehin nicht wegen Erhebungsdefiziten (Notare versenden automatisch eine Kopie des Kaufvertrages), sondern wegen der Verlängerung der Spekulationsfrist von zwei auf zehn Jahre. Der BFH hat Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit bei Immobilienbesitzern, bei denen die 2-Jahres-Frist Ende 1998 abgelaufen war. Ihre Grundstücke fallen 1999 plötzlich in die verlängerte 10-Jahres-Frist. Gegenstand des Verfahrens ist, ob eine solche Rückwirkung zulässig ist.

- Sofern die alte Frist Ende 1998 noch nicht abgelaufen war, ist die Verlängerung nicht verfassungswidrig (BFH 15.7.2004, IX B 116/03, BStBl 2004 II S. 1000).
- Immobilienverkäufe zwischen dem 1.1. und 4.3.1999, FG Köln 25.7.2002, 13 K 460/01, EFG 2002 S. 1236, beim BVerfG unter 2 BvL 14/02).
- Grundstücksverkauf nach dem Zeitpunkt der Gesetzesänderung, beim BVerfG unter 2 BvL 2/04, sowie beim BFH unter IX R 57/03 und IX R 19/03 anhängig.

Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft zu Fragen der Vermögensanlage:

Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht

Rolfjosef Hamacher

Fon 0221/47 43 440

Fax 0221/47 43 499

hamacher@axis.de

oder

Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

Dipl.-Betriebswirt Bernhard Fuchs

Uerdinger Strasse 12 * 40474 Düsseldorf

Fon: 0211/43 83 560

Fax: 0211/43 83 5611

bernhard.fuchs@rafuchs.de

fuchs@axis.de