



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

Aktueller Rechtsstand bei Spekulationsgeschäften

Stand: 12.04.2006

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung.....	2
2. Die Ausgangslage.....	3
Die BVerfG-Entscheidung	3
Entwicklung in den Jahren ab 1999.....	3
3. Gewinne aus Wertpapiergeschäften.....	4
Jahre ab 1999.....	4
Aktuelle Zeiträume ab 2004.....	5
Jahre vor 1997.....	5
4. Verluste aus Wertpapiergeschäften.....	6
Vor 1999 realisierte Verluste	6
Ab 1999 realisierte Verluste	7
5. Termingeschäfte	7



Aktueller Rechtsstand bei Spekulationsgeschäften

1. Einführung

Seit das BVerfG vor gut zwei Jahren entschieden hatte, 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, hat es eine Reihe weiterer Urteile, Beschlüsse und Verwaltungsanweisungen zu den Veräußerungsgeschäften mit Wertpapieren und an der Terminbörse gegeben.

Aktuell hat das BMF mit Schreiben vom 31.3.2006 (IV A 7 - S 0623 - 6/06, DStR 2006 S. 652) die zuvor gewährte Aussetzung der Vollziehung bei Gewinnen aus Spekulationsgeschäften widerrufen. Hintergrund hierfür sind zwei aktuelle Entscheidungen des BFH, wonach die Erhebung der Spekulationsteuer für Jahre ab 1999 und vor 1997 verfassungsgemäß ist.

Doch bedeutet dies nur einen momentanen Zwischenstand, denn zu diesen und weiteren Sachverhalten liegen noch Verfahren beim BVerfG und BFH vor. Daher ergehen Steuerbescheide in dieser Hinsicht ab 1999 auch weiterhin vorläufig.

Doch nicht nur diese Streitpunkte sind noch offen. Geklärt werden muss ebenfalls noch endgültig, was mit Verlustgeschäften passiert und inwieweit die Rechtslage auch für Stillhalteroptionen nach § 22 Nr. 3 EStG gilt. Hierzu gibt es ein aktuelles Urteil des FG Düsseldorf (28.2.2006, 7 K 6452/03 E), wonach das Minus aus Stillhalteroptionen im Jahr 1997 voll mit anderen Einkunftsarten verrechnet werden kann.

Als Ausblick bleibt festzuhalten, dass 2008 der Wegfall der Spekulationsfrist geplant ist und Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften (Wertpapiere und Immobilien) generell mit einem pauschalen Satz und möglicherweise außerhalb der normalen Veranlagung besteuert werden sollen.

Gründe genug, um den aktuellen Rechtsstand bei privaten Börsengeschäften im Frühjahr 2006 thematisch und zeitlich aufzuarbeiten.

Hinweis: Offene Fragen hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit gibt es auch noch bei Spekulationsgeschäften mit Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten nach § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG. Hier geht es nicht um mögliche Erhebungsdefizite, sondern um die Verlängerung der Spekulationsfrist von zwei auf zehn Jahre bei Verkäufen ab dem Jahr 1999. Betroffen sind Immobilienbesitzer, die Ende 1998 aus der bis dahin geltenden zweijährigen Spekulationsfrist heraus waren. Ihre Grundstücke fallen zum Jahreswechsel plötzlich wieder in die verlängerte Frist von zehn Jahren. Ob der Gesetzgeber eine solche Rückwirkung anordnen darf, ist Gegenstand anhängiger Verfahren beim BVerfG (2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04 und 13/05). Betroffene müssen ihren Fall selber offen halten, da Steuerbescheide insoweit nicht nach § 165 AO vorläufig ergehen. Die Finanzverwaltung lässt Einsprüche bis zur Entscheidung ruhen und gewährt auf Antrag Aussetzung der Vollziehung.



2. Die Ausgangslage

Die BVerfG-Entscheidung

Nach der Entscheidung des BVerfG vom 9.3.2004 (2 BvL 17/02, BStBl 2005 II S. 56) ist die Besteuerung von privaten Veräußerungsgewinnen nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 b EStG für 1997 und 1998 wegen struktureller Erhebungsdefizite der Finanzverwaltung verfassungswidrig. Im Urteil wird aber auch zum Ausdruck gebracht, dass ab 1999 andere gesetzliche Rahmenbedingungen und Veränderungen des allgemeinen Marktumfelds vorherrschten, so dass hier eine Entscheidung anders ausfallen könnte.

Daraufhin haben diverse Finanzgerichte Zweifel auch für vorherige und nachfolgende Zeiträume gesehen, so dass die Finanzverwaltung die Steuerbescheide in diesem Punkt ab dem VZ 1999 nur noch gemäß § 165 AO vorläufig festsetzt (zuletzt BMF 16.2.2006, IV A 7 - S 0338 - 14/06, BStBl I 2006 S. 214 und erstmals BMF 31.1.2005, IV A 7 - S 0338 - 8/05, BStBl I 2005 S. 345).

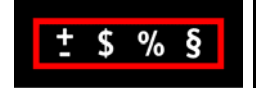
Zudem gewährte die Finanzverwaltung bis Ende März 2006 Aussetzung der Vollziehung, für Jahre ab 1999 und vor 1997. Für die Altjahre verbleibt es nunmehr bei ruhenden Rechtsbehelfen auf Grund von anhängigen Verfahren vor dem BVerfG.

Grundsätzlich geht es bei den Jahren nach 1999 darum, ob weiterhin ein vergleichbares Defizit besteht und bei dem Zeitraum vor 1997 um die Frage, ob dem Gesetzgeber ein Übergangszeitraum zur Beseitigung der Missstände einzuräumen war.

Entwicklung in den Jahren ab 1999

Im Gegensatz zu den vom BVerfG beanstandeten Jahren 1997/98 hat es in der Folgezeit einige Veränderungen gegeben, die Einfluss auf die Entscheidung haben wird:

- Ab 1999 ist es zu einer Verlängerung der Spekulationsfrist auf ein Jahr gekommen.
- Die Besteuerung wurde ab 1999 gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG um Termingeschäfte erweitert.
- 2000 wurde die neue Anlage SO für private Veräußerungsgeschäfte eingeführt.
- Seit 1999 gibt es die jahresübergreifende Verlustverrechnung.
- Das Meldeverfahren nach § 45d EStG bei Freistellungsaufträgen wurde insoweit umgestellt, dass Dividendeneinkünfte transparent und damit Rückschlüsse auf einen Aktienbesitz möglich werden.
- Für den VZ 2004 gab es die Einführung von Jahresbescheinigung nach § 24c EStG.
- Seit April 2005 besteht die Möglichkeit eines Kontenabrufs nach § 93 Abs. 7 AO.
- Die Börsensituation des Jahres 1999 hat durch boomende Kurse auch die Besteuerung von Kursgewinnen verstärkt in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt.
- Deutlich zunehmende Besprechung der steuerlichen Behandlung von Wertpapiergeschäften in den Medien sowie Hinweise auf Auskunftsersuchen bei den Banken. Von allgemeiner Unwissenheit der Steuerzahler oder eher Nichtbeachtung von Finanzbeamten in Bezug auf



die steuerliche Behandlung von Spekulationsgeschäften kann daher nicht mehr geredet werden.

- Wertpapiergeschäfte jenseits der Grenze unterliegen zunehmenden Kontrollen. Zwar erfasst die seit Juli 2005 geltende EU-Zinsrichtlinie, die auch in wichtigen Drittländern gilt, private Veräußerungsgeschäfte gerade nicht. Doch durch die Kontrollmitteilungen über Zinseinnahmen werden verstärkt Konten und Depots transparent, die Grundlage für weitere Ermittlungen auslösen.
- Das neue Rechtshilfeersuchen innerhalb der EU (Protokoll vom 16. 10. 2001 zu dem Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union). Es ermöglicht den nationalen Strafverfolgungsbehörden, nach Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens in anderen EU-Mitgliedstaaten befindliche Bankkonten inklusive Kontobewegungen und Empfängerkonten zu erfragen.

3. Gewinne aus Wertpapiergeschäften

Endgültig geklärt ist bislang lediglich, dass die beiden Jahre 1997/98 durch die Entscheidung des BVerfG verfassungswidrig sind. Die auf Gewinne gezahlte Steuer wurde in allen offenen Fällen zurückgezahlt, zu weiteren Steuerfestsetzungen wird es nicht mehr kommen. Ruhenden Einspruchsverfahren haben die Finanzämter in der Regel insoweit automatisch abgeholfen.

Hinweis: Bei bereits bestandskräftigen Bescheiden erfolgt keine Änderung durch die Entscheidung des BVerfG, allerdings darf die festgesetzte Steuer insoweit nicht mehr im Vollstreckungsverfahren eingetrieben werden (§ 251 Abs. 2 AO).

Jahre ab 1999

Einkommen- und Feststellungsbescheide ergehen seit Anfang 2005 in Hinsicht auf positive Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S.d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG sowie die Besteuerung der Einkünfte aus Termingeschäften im Sinne des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG nur vorläufig nach § 165 AO. Der Vermerk gilt auch weiterhin, sogar noch für den aktuellen VZ 2005. Die zwischenzeitlich auf Antrag gewährte Aussetzung der Vollziehung wurde Ende März 2006 widerrufen.

In mehreren vorläufigen Beschlüssen zu Aussetzungsverfahren wurden bislang Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit für Jahre nach 1998 geäußert.

1999:

- FG Brandenburg 24.5.2004, 3 V 974/04, EFG 2004 S. 1852
- FG Düsseldorf 27.7.2004, 8 V 2806/04
- BFH 23.11.2004, IX B 88/04, BStBl 2005 II S. 297
- BFH 30.11.2004, IX B 120/04, BStBl 2005 II S. 287
- FG Schleswig Holstein 1.12.2004, 2 V 365/04, EFG 2005 S. 960

**2000:**

- BFH 4.8.2003, IX B 45/03, BFH/NV 2004 S. 37

2003:

- Hessisches FG 23.11.2004, 7 V 3590/04
- FG München 1.2.2005, 15 V 4976/04, EFG 2005 S. 1054

Ganz anders sieht es hingegen nach dem BFH-Urteil vom 29.11.2005 (IX R 49/04, BStBI II 2006 S. 178) aus. Hiernach ist § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG verfassungsrechtlich ab dem Jahr 1999 nicht mehr zu beanstanden, weil ein strukturelles Vollzugsdefizit vor allem durch die Einführung des Kontenabrufverfahrens und seine rückwirkenden Auswertungsmöglichkeiten behoben ist (siehe hierzu gesonderten Beitrag). Denn das vom BVerfG beanstandete normative Erhebungsdefizit besteht zumindest nach der Einführung des § 93 Abs. 7 AO nicht mehr. Allerdings ist das Urteil noch nicht rechtskräftig, da Verfassungsbeschwerde eingelegt worden ist (beim BVerfG unter 2 BvR 294/06 anhängig).

Damit ist die Frage zur Spekulationsbesteuerung unverändert offen, so dass auch Bescheide weiterhin vorläufig ergehen. Allerdings war das BFH-Urteil der Auslöser dafür, dass keine AdV mehr gewährt wird und bisherige Aussetzungen widerrufen werden. BMF mit Schreiben vom 31.3.2006 (IV A 7 - S 0623 - 6/06).

Hinweis: Ähnlich hat sich der BFH (Urteil vom 7.9.2005, VIII R 90/04, DStR 2005 S. 1984) zu Erhebungsdefiziten bei der Besteuerung von Kapitaleinkünften geäußert. Hierzu liegen dem BVerfG derzeit gleich drei Beschwerden vor (2 BvR 620/03, 2 BvL 14/05, 2 BvR 2077/05) vor.

Aktuelle Zeiträume 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. Hinzu kommt die Kombinationsmöglichkeit mit dem seit April 2005 erlaubten Kontenabruf nach § 93 Abs. 7 AO.

Dennoch ergehen Steuerbescheide auch für 2004 und 2005 in Hinblick auf Wertpapier- und Terminmarktgeschäfte weiterhin vorläufig. Anhängige Verfahren sind aber derzeit nicht bekannt.

Jahre vor 1997

Nach dem BFH-Urteil vom 1.6.2004 (IX R 35/01, BStBI II 2005 S. 26), 29.6.2004 (IX R 26/03, BStBI II 2004, 995) und vom 23.11.2004 (IX R 3/02, BFH/NV 2005 S. 850) darf die Steuer weiter erhoben werden. Gleichlautend auch ein aktueller Beschluss vom 29.11.2005 (IX B 80/05) zum VZ 1995. Dieser ist Auslöser dafür, dass keine AdV mehr für Jahre vor 1997 gewährt wird, ein Vorläufigkeitsvermerk erfolgte ohnehin nicht.

Der BFH schließt hierbei aus, dass das BVerfG § 23 EStG in Bezug auf Wertpapiergeschäfte in Altjahren für nichtig erklären würde. Zwar liegt ein unvereinbares Vollzugsdefizit vor. Da der Gesetzgeber die verfassungsrechtliche Rechtslage damals aber nicht erkannt hatte, darf dies noch



für eine Übergangszeit hingenommen werden. Dieser Zeitraum ist nach Auffassung des BFH zumindest 1995 noch nicht abgelaufen.

Doch es gibt abweichende Ansichten. Das FG Schleswig Holstein sieht in einem Beschluss vom 1.12.2004 (2 V 365/04) ernsthafte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Spekulationsbesteuerung für das Jahr 1996.

Nach zwei Urteilen des FG Münster (5.4.2005, 8 K 4710/01, EFG 2005 S. 1117 und 13.7.2005, 10 K 6837/03, EFG 2005 S. 1542) ist die Besteuerung von Spekulationsgewinnen bei Wertpapieren und Optionsrechten auch in den VZ 1995/96 verfassungswidrig.

Hinweis: Zu beiden Urteilen liegen dem BVerfG Verfahren unter 2 BvL 8/05 und 2 BvL 12/05 vor. Bescheide sollten über ruhende Einsprüche offen gehalten werden, zumal es insoweit keinen Vorläufigkeitsvermerk gibt.

4. Verluste aus Wertpapiergeschäften

Hier ist zu unterscheiden zwischen Zeiträumen vor und ab 1999. Denn insoweit erfolgte ein Umbruch, wonach Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften gem. § 23 Abs. 3 S. 9 EStG zumindest mit gleichen positiven Einnahmen ausgeglichen werden, und dies jahresübergreifend. Zuvor war dies nur innerhalb des gleichen VZ erlaubt.

Vor 1999 realisierte Verluste

Erst durch das StEntlG 1999/2000/2002 wurde die steuerrechtliche Behandlung von Verlusten bei den Einkünften aus §§ 22 Nr. 2 i.V. mit § 23 EStG und § 22 Nr. 3 EStG modifiziert, so dass negative Einkünfte innerhalb von §§ 22 Nr. 3 und 23 EStG nach Maßgabe des § 10 d EStG vor- bzw. zurückgetragen werden dürfen (horizontaler Verlustabzug). Bis zum 1998 waren Verluste insoweit nur mit gleichartigen Gewinnen im selben VZ ausgleichsfähig (horizontaler Verlustausgleich),

Damit verpuffte ein Minus mit Wertpapieren oder Optionsgeschäften wirkungslos, obwohl das BVerfG in seiner Entscheidung vom 30.9.1998 (2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88) die fehlende Verrechnungsmöglichkeit als nicht verfassungsgemäß eingestuft hatte. Der BFH (vom 1.6.2004, IX R 35/01, BStBl II 2005 S. 26) hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass Spekulationsverluste in allen noch offenen Fällen unbeschränkt – also nicht nur mit Spekulationsgewinnen – mit anderen Einkunftsarten verrechnet werden dürfen, und dies auch jahresübergreifend.

Die Finanzverwaltung wendet dies in allen noch offenen Fällen an, grenzt allerdings die beiden Jahre 1997/98 aus, da insoweit Verfassungswidrigkeit besteht. Dies soll auch für den Verlustfall gelten (BFH 14.7.2004, IX R 13/01, BStBl II 2005 S. 125). Da gegen das Urteil Verfassungsbeschwerde eingelegt wurde (Az. des BVerfG: 2 BvR 1935/04), ruhen Einspruchsverfahren in gleichgelagerten Fällen kraft Gesetzes (§ 363 Abs. 2 AO), Aussetzung der Vollziehung wird nicht gewährt.



Hinweis: Verluste aus der Vermietung beweglicher Gegenstände können hingegen bis einschließlich dem VZ 1998 mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten im selben VZ. ausgeglichen und im Rahmen des Verlustvor-/rücktrags auch mit anderen Einkünften berücksichtigt werden. Insoweit greift der Ausschluss für 1997/98 nicht.

Ab 1999 realisierte Verluste

Verluste sind ab 1999 laut Gesetz nur mit vergleichbaren Spekulationsgewinnen verrechenbar. Ob das auch mit anderen Einkunftsarten möglich ist, muss der BFH noch in mehreren anhängigen Revisionen entscheiden (IX R 45/04, Vorinstanz FG Köln vom 15.9.2004, 7 K 1268/03 und IX R 31/04, Vorinstanz FG Berlin vom 22.6.2004, 7 K 7500/02). Insoweit ruhen Einsprüche zwangsweise gem. § 363 Abs. 2 Satz 2 AO, Aussetzung der Vollziehung wird nicht gewährt.

Diese Grundsätze gelten auch für Einsprüche, mit denen ein Verlustvor-/rücktrag mit anderen Einkünften begehrt wird. Darüber hinaus sind im Zusammenhang mit dem Ansatz von Spekulationsverlusten noch folgende Sachverhalte zu klären:

- Ist die gesonderte Feststellung des Verlustes nach § 23 Abs. 3 EStG auch noch nach Bestandskraft des Einkommensteuerbescheids möglich (beim BFH unter IX R 21/04 anhängig, Vorinstanz FG München 20.4.2004, 12 K 4579/02)?
- Beträgt die Einspruchsfrist für den Ansatz von Spekulationsverlusten mangels Rechtsbehelfsbelehrung ein Jahr (beim BFH unter IX R 50/05 anhängig, Vorinstanz FG Münster 16.11.2005, 10 K 1086/04 F, EFG 2006 S. 418)?

5. Termingeschäfte

Geschäfte mit Barausgleich sind erst seit 1999 über die Einfügung von § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG dem Handel mit Wertpapieren gleich gestellt. Daher wirken die vorgenannten Entscheidungen und anhängigen Verfahren zur Verfassungswidrigkeit und zur unbegrenzten Verlustverrechnung auch auf Termingeschäfte.

Hier sind folgende Sachverhalte besonders zu beachten:

- Auch die Besteuerung von **Optionsprämien aus Stillhaltergeschäften** werden von der Debatte um die Verfassungswidrigkeit erfasst, wie das FG Münster (5.4.2005, 8 K 4710/01 E, EFG 2005 S. 1117, beim BVerfG unter 2 BvL 8/05) für das Jahr 1996 festgestellt hat. Da diese Einnahmen nicht nach § 23 EStG besteuert werden, sind sie nicht vom Vorläufigkeitsvermerk erfasst. Darüber hinaus werden diese Geschäfte nicht von Jahresbescheinigung erfasst, die keine Auflistung zu den Einkünften nach § 22 Nr. 3 EStG machen.
- **Verfallen Optionsscheine**, Kauf- oder Verkaufsoptionen innerhalb der Spekulationsfrist wertlos, sieht die Finanzverwaltung einen nichtsteuerbaren Vorgang auf der Vermögensebene. Dies zählt aber nach dem FG Münster (7.12.2005, 10 K 5715/04 F, Revision unter IX R 11/06E) seit 1999 gemäß § 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 EStG zu den Termingeschäften und der wertlose Verfall eines Optionsrechts durch Fristablauf stellt ein privates Veräußerungsge-



schäft dar. Maßgebend hierbei ist die Beendigung des Rechts mittels Barausgleich, Ausübung oder Verfall durch Zeitablauf. Anleger sollten ihre Fälle offen halten.

- Die Verwaltung wendet bei Verlusten aus § 22 Nr. 3 EStG wie gelegentliche Vermittlungen sowie **Stillhaltergeschäfte** die Verrechnung mit anderen Einkunftsarten für Jahre vor 1999 nicht an. Nach Ansicht des FG Düsseldorf (28.2.2006, 7 K 6452/03 E) ist dies aber zulässig, da auch bei Stillhalteroptionsgeschäften gemäß § 22 Nr. 3 EStG der Erfolg oder Misserfolg von der Wertentwicklung bestimmter Wertpapiere abhängt.

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