



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

Gruner Str. 33
40239 Düsseldorf

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

Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe

Kaum noch offene Fragen bei Spekulationsgeschäften

Stand: 22.01.2007

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung	2
2. Ausgangslage: Die BVerfG-Entscheidung aus 2004	3
3. Gewinne aus Wertpapiergeschäften	4
Jahre 1999 – 2003.....	4
Aktuelle Zeiträume ab 2004.....	5
Jahre vor 1997	6
4. Verluste aus Wertpapiergeschäften	6
Vor 1999 realisierte Verluste.....	6
Ab 1999 verrechenbare Verluste	7
Gesonderte Verlustfeststellung.....	7
Keine Spekulationsverluste bei schnellem Rückkauf der gleichen Wertpapiere.....	8
5. Termingeschäfte	9
6. Geplante Neuerlungen über die Abgeltungsteuer.....	10



Kaum noch offene Fragen bei Spekulationsgeschäften

1. Einführung

Seit das BVerfG vor rund drei zwei Jahren entschieden hatte, dass § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b 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 zum Plus und Minus bei den Veräußerungsgeschäften mit Wertpapieren und an der Terminbörse gegeben.

Diese Sachverhalte haben sich mittlerweile in vielen Fällen geklärt. Offen ist derzeit lediglich noch die Frage, ob Spekulationsgewinne ab 1999 wegen Erhebungsdefiziten nicht besteuert werden dürfen. Der BFH hat dies verneint, das Verfahren liegt derzeit beim BVerfG (BFH 29.11.2005, IX R 49/04, BStBl 2006 II S. 178, anhängig unter 2 BvR 294/06).

Aktuell ergehen Steuerbescheide in diesem Punkt zwar weiterhin vorläufig (BMF 10.11.2006, IV A 7 - S 0338 - 50/06, DB 2006, S. 2493), Aussetzung der Vollziehung wird aber nicht mehr gewährt (BMF 31.3.2006, IV A 7 - S 0623 - 6/06, BStBl 2006 I S. 290). Hintergrund hierfür sind zwei Entscheidungen des BFH vom 29.11.2005, wonach die Erhebung der Spekulationsteuer für Jahre ab 1999 (IX R 49/04, BStBl 2006 II S. 178) und vor 1997 (IX B 80/05, BFH/NV 2006 S. 719) verfassungsgemäß ist.

Auch das BVerfG hat Licht in einige Fälle gebracht, indem es vorgebrachte Beschlüsse nicht zur Entscheidung angenommen oder als unzulässig verworfen hat.

Nachfolgend wird der aktuelle Rechtsstand zu den §§ 22, 23 EStG dargestellt und ein Ausblick dazu gegeben, was im Rahmen der Abgeltungsteuer ab 2009 geplant ist.

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. Ausgangslage: Die BVerfG-Entscheidung aus 2004

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 hatten 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 10.11.2006, IV A 7 - S 0338 - 50/06, DB 2006, S. 2493 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. Grundsätzlich geht es bei den Jahren nach 1999 darum, ob weiterhin ein vergleichbares Defizit besteht.

ging es um die Frage, ob dem Gesetzgeber ein Übergangszeitraum zur Beseitigung der Missstände einzuräumen war. Das wurde mittlerweile bejaht Mangels anhängiger Verfahren vor dem BVerfG kommt für die Altjahre kein ruhendes Rechtsbehelfsverfahren mehr in Betracht.

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

- 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, der auch Aufschluss über vorherige Zeiträume bietet.
- Die Börsensituation des Jahres 1999 hat durch boomende Kurse auch die Besteuerung von Kursgewinnen verstärkt in den Fokus der Öffentlichkeit gerückt. Das gilt etwa für deutlich zunehmende Besprechungen der steuerlichen Behandlung von Wertpapiergeschäften in den Medien sowie Hinweise auf Auskunftersuchen 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 Zinseinnah-



men 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) ermöglicht den nationalen Strafverfolgungsbehörden, nach Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens in anderen EU-Mitgliedstaaten befindliche Bankkonten inklusive Kontobewegungen und Empfängerkonten zu erfragen.
- Seit Ende 2006 ist es den Finanzbehörden erlaubt, rückwirkend die Ausstellung der Jahresbescheinigungen vor Ort bei den Banken zu prüfen.

3. Gewinne aus Wertpapiergeschäften

Endgültig geklärt war ursprünglich 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.

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 1999 – 2003

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 die 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

Diese Bedenken hat der BFH allerdings mit seinem Urteil vom 29.11.2005 (IX R 49/04, BStBl II 2006 S. 178) aus dem Weg geräumt. 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 Auswertungs-



möglichkeiten behoben ist. Denn das vom BVerfG beanstandete normative Erhebungsdefizit besteht zumindest nach der Einführung des § 93 Abs. 7 AO nicht mehr.

Finanzbehörden können nun Kontendaten 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.

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, BStBl II 2006, S. 61) zu Erhebungsdefiziten bei der Besteuerung von Kapitaleinkünften geäußert. Hierzu liegen dem BVerfG derzeit zwei Beschwerden vor (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 den BFH-Urteil vom 1.6.2004 (IX R 35/01, BStBl II 2005 S. 26), 29.6.2004 (IX R 26/03, BStBl 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 Beschluss vom 29.11.2005 (IX B 80/05, BFH/NV 2006 S. 719) 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.

- In seinem Beschluss vom 19.4.2006 (2 BvR 300/06, HFR 2006 S. 718) geht das BVerfG davon aus, dass die dem Gesetzgeber zuzubilligende Übergangsfrist selbst das Jahr 1995 umfasst.
- Das BVerfG sieht auch keine Veranlassung, die Übergangsfrist nicht auch noch auf das Jahr 1996 zu beziehen (BVerfG 18.4.2006, 2 BvL 8/05, HFR 2006 S. 716 und BvL 12/05).

Damit liegt kein aktuell anhängiges Verfahren für die Jahre vor 1997 mehr vor, Anleger müssen solche Fälle selber durchfechten.

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. Und dies, 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). Die gegen das Urteil eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG am 7.5.2006 (2 BvR 1935/04) nicht zur Entscheidung angenommen.

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 verrechenbare Verluste

Verluste sind ab 1999 laut Gesetz nur mit vergleichbaren Spekulationsgewinnen verrechenbar. Ob das auch mit anderen Einkunftsarten möglich ist, musste der BFH in mehreren anhängigen Revisionen entscheiden.

Mit Urteil vom 18.10.2006 (IX R 28/05) hat der BFH nun entschieden, dass die Beschränkung des Verlustausgleichs bei privaten Veräußerungsgeschäften gem. § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG durch § 23 Abs. 3 S. 8 EStG verfassungsgemäß ist, sodass Spekulationsverluste nur mit Gewinnen aus getätigten privaten Veräußerungsgeschäften verrechnet werden können (horizontaler Verlustausgleich). Der vertikale Verlustausgleich, also die Verrechnung mit im gleichen Jahr erzielten positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten, scheidet aus.

Dass Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften nur beschränkt abziehbar sind, führt zu keiner verfassungswidrigen Ungleichbehandlung. Der Gesetzgeber unterwirft nur die innerhalb einer bestimmten Frist entstandenen Gewinne und Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften der Besteuerung. Der Bezieher solcher Einkünfte hat damit – anders als bei anderen Einkunftsarten – die Möglichkeit, durch die Wahl des Veräußerungszeitpunkts Gewinne steuerfrei zu vereinnahmen und nur die Verluste steuermindernd geltend zu machen. Diese Dispositionsmöglichkeit sei eine Besonderheit dieser Einkunftsart und rechtfertige die Beschränkung des Verlustausgleichs bei privaten Veräußerungsgeschäften.

Gesonderte Verlustfeststellung

Der BFH hatte mit Urteil vom 22.9.2005 (IX R 21/04, BFH/NV 2006 S. 1185) sowie einigen Folgefällen entschieden, dass über die Verrechenbarkeit von Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S.d. § 23 EStG, die im Entstehungsjahr nicht ausgeglichen werden können, erst im Jahr der Verrechnung zu entscheiden ist. Denn die Vorschrift sieht kein gesondertes Feststellungsverfahren vor. Damit widerspricht der BFH der bisherigen Verwaltungsauffassung, wonach ein gesondertes Feststellungsverfahren durchzuführen ist (BMF 5.10.2000, IV C 3 – S 2256 – 263/00, BStBl I 2000 S. 1383, Tz. 42).

Dies führt in der Praxis dazu, dass zwar Börsenverluste alter Jahre noch nachträglich angesetzt werden können, über aktuelle Minusbeträge aber erst in Jahren mit entsprechenden Gewinnen entschieden werden kann.



Über das Jahressteuergesetz 2007 ist jetzt über § 23 Abs. 3 Satz 9 EStG, der am Schluss eines VZ verbleibende Verlustvortrag nach Maßgabe des § 10d Abs. 4 EStG gesondert festzustellen. Das gilt nach § 52 Abs. 39 S. 5 EStG für alle am 1.1.2007 noch nicht abgelaufenen Feststellungsfristen. Entsprechendes wird auch für die Verluste aus sonstigen Einkünften nach § 22 Nr. 3 EStG eingeführt.

Damit werden die Auswirkungen der BFH-Rechtsprechung über das Jahressteuergesetz 2007 wieder in die ursprüngliche Verwaltungsauffassung korrigiert.

- Die gesetzliche Anpassung ist für aktuelle Steuerfestsetzungen positiv, da über entstandene Veräußerungsverluste nach § 23 EStG und auch sonstige Einkünfte nach § 22 EStG sofort entschieden wird. Anleger müssen damit nicht mit der Geltendmachung warten, bis endlich entsprechende Gewinne anfallen.
- Auf der anderen Seite bringt das Vorhaben eine Rückwirkung mit sich. Denn die Börsenverluste alter Jahre können nun doch nicht gemäß den BFH-Urteilen nachträglich in aktuellen Veranlagungen mit Spekulationsgewinnen auf Grund freundlicher Börsen berücksichtigt werden. Denn die Änderung gilt ja für alle noch nicht verjährten Bescheide.

Keine Spekulationsverluste bei schnellem Rückkauf der gleichen Wertpapiere

Ein Spekulationsverlust im Sinne des § 23 EStG liegt nur bei echter Verlustrealisation vor. Wird die gleiche Anzahl von Aktien in engem zeitlichen Zusammenhang zur Veräußerung wieder zurückgekauft, ist eine Verlustrealisation regelmäßig nicht gegeben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Verkauf und Rückkauf der Aktien durch einen Gesamtplan verbunden sind. Davon ist individuell auszugehen, wenn die Aktien bereits am Folgetag wieder zurückgekauft werden. In einem solchen Fall liegt zudem ein Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten vor (FG Schleswig-Holstein 14.9.2006, 5 K 286/03).

Sinn und Zweck des § 23 EStG ist, realisierte Werterhöhungen oder -minderungen aus verhältnismäßig kurzfristigen Wertdurchgängen bestimmter Wirtschaftsgüter im Privatvermögen der Steuerpflicht zu unterwerfen (BFH 29.3.1989, X R 4/84, BStBl II 1989 S. 652). Die Motivation für die Veräußerung ist dabei ohne Bedeutung; es kommt insbesondere nicht auf eine Spekulationsabsicht an (BFH 31.8.1994, X R 66/92, BFH/NV 1995 S. 391). Allerdings liegt in Fällen einer Ersatzbeschaffung auf Grund einer Zwangslage kein Veräußerungsvorgang vor. Entsprechendes gilt, wenn die Entscheidung über Kauf und Rückkauf von Aktien gleicher Gattung von vornherein durch einen Gesamtplan verbunden ist. Denn in einem solchen Fall mangelt es an der Verlustrealisation. Maßgebend ist, ob

- es nachvollziehbare Gründe für den zügigen Ver- und Rückkauf gibt
- beide Vorgänge auf jeweils eigenständigen Willensentschlüssen beruhen.

Diese Voraussetzungen sind grundsätzlich bei zeitlich vergleichsweise kurzem Abstand zwischen beiden Geschäften nicht gegeben. Etwas anderes gilt etwa bei einem Daytrader, was aber nachgewiesen werden muss.

Zudem handelt es sich um einen Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO. Zwar liegt der noch nicht vor, wenn Gewinne einen Tag nach Ablauf der Spekulationsfrist realisiert werden und damit zur Steuerfreiheit führen. Etwas anderes gilt jedoch für die Verlustreali-



sation durch Veräußerung. Denn die Berücksichtigung eines Spekulationsverlusts knüpft an den wirtschaftlichen Vorgang der Veräußerung von Wertpapieren an.

Das Gesetz geht davon aus, dass eine Veräußerung tatsächlich erfolgt ist und auch wirtschaftlich stattfindet. Sind jedoch Verkauf und kurzfristiger Rückkauf von Aktien gleicher Gattung durch einen Gesamtplan verbunden, handelt es sich um eine missbräuchliche Gestaltung im Sinne des § 42 AO, weil das vorausgesetzte Desinvestment bewusst nicht stattfindet (so auch FG Hamburg 9.7.2004, VII 52/02, EFG 2004 S. 1775).

Hinweis: Die entstandenen Zusatzkosten durch den höheren Rückerwerb stellen in diesem Fall zusätzliche Anschaffungskosten dar.

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) 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 Jahresbescheinigungen erfasst, die keine Auflistung zu den Einkünften nach § 22 Nr. 3 EStG machen. Die Verfassungsbeschwerde hat das BVerfG am 18.4.2006 (2 BvL 8/05, HFR 2006 S. 716) zurück gewiesen.
- **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 11/06) 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 Veräußerungsgeschäft 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, EFG 2006 S. 889) ist dies aber zulässig, da auch bei Stillhalteroptionsgeschäften gemäß § 22 Nr. 3 EStG der Erfolg oder Misserfolg von der Wertentwicklung bestimmter Wertpapiere abhängt.
- Einnahmen aus **Optionsgeschäften** dürfen nicht aber mit dem Minus aus der Inanspruchnahme verrechnet werden, da es sich hierbei um Termingeschäft nach § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG handelt. Es kommt auch kein Werbungskostenabzug bei § 22 EStG in Betracht. Hierzu liegen dem BFH zwei Revisionen vor: IX R 40/06, zuvor FG Niedersachsen 8.8.2006, 13 K 463/02 und IX R 23/06, zuvor Köln 16.2.2006, 2 K 7423/00, EFG 2006 S. 1061).



6. Geplante Neuerlungen über die Abgeltungsteuer

Über die Abgeltungsteuer soll es 2009 zu einer grundsätzlichen Systemumstellung kommen. Auf den neuen Begriff der Kapitalerträge wird pauschal 25 Prozent Abgeltungsteuer plus SolZ und KiSt erhoben und von den inländischen Kreditinstituten einbehalten und abgeführt. Hierzu zählen die bisherigen Einkünfte aus dem Kapitalvermögen sowie private Wertpapier- und Terminmarktgeschäfte und die bislang unter § 22 EStG fallenden Stillhalterprämien.

Gleichzeitig wird das Halbeinkünfteverfahren nach § 3 Nr. 40 EStG für Privatanleger im Rahmen der Abgeltung abgeschafft, somit werden die Ergebnisse aus dem Verkauf von Aktien sowie Dividenden steuerlich in voller Höhe erfasst.

Ein gravierender Punkt ist dabei, dass die Spekulationsfrist für Wertpapier- und Terminmarktgeschäfte entfallen soll. Die Steuerpflicht auf Verkäufe außerhalb der Jahresfrist soll allerdings nur für ab dem 1.1.2009 erworbene Kapitalanlagen und somit Neufälle gelten, sodass der Altbestand weiterhin nach Ablauf der zwölfmonatigen Haltefrist steuerfrei bleibt.

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

Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater

Dipl.-Betriebswirt Bernhard Fuchs
Grunerstraße 33 – 40239 Düsseldorf
Fon: 0211/43 83 560
Fax: 0211/43 83 5611
bernhard.fuchs@rafuchs.de
fuchs@axis.de

Die Ausführungen in dieser Publikation sollen einer allgemeinen Information dienen. Ein Anspruch auf Vollständigkeit kann aufgrund der Komplexität der behandelten Themen nicht erhoben werden; ebenso wird eine einzelfallbezogene Beratung hierdurch nicht ersetzt. Die Axer Partnerschaft übernimmt keine Haftung für die Folgen einer Verwendung dieser in der Publikation dargelegten Informationen.