



## 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

Grüner Str. 33  
40239 Düsseldorf

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

Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe

### Unzulässige Rückwirkung beim gewerbsteuerlichen Verlustrücktrag

Stand: 18.07.2007

Nach dem heute veröffentlichten Beschluss des BFH (19.4.2007, IV R 4/06) ist die zu § 10a S. 4 GewStG i.d.F. des Jahressteuergesetzes (JStG) 2007 ergangene Anwendungsregelung des § 36 Abs. 9 GewStG insoweit verfassungswidrig, als danach für den Erhebungszeitraum 2000 bei einer Mitunternehmerschaft der gewerbsteuerrechtliche Verlustabzug im Falle des Ausscheidens eines Mitunternehmers in größerem Umfang gekürzt wird, als es das im Zeitpunkt des Ausscheidens des Mitunternehmers geltende Gesetz vorsah. § 36 Abs. 9 GewStG begründet eine echte Rückwirkung, die gemäß Art. 20 Abs. 3, 2 Abs. 1 GG unzulässig ist, soweit sie sich steuererhöhend auswirkt. Rechtfertigungsgründe hierfür liegen nicht vor.

Daher wird eine Entscheidung des BVerfG darüber eingeholt, ob die zu § 10a S. 4 GewStG ergangene Anwendungsregelung mit dem GG insoweit unvereinbar ist, als danach für den Erhebungszeitraum 2000 bei einer Mitunternehmerschaft der gewerbsteuerrechtliche Verlustabzug im Falle des Ausscheidens eines Mitunternehmers in größerem Umfang gekürzt wird, als es das im Zeitpunkt des Ausscheidens des Mitunternehmers geltende Gesetz vorsah.

**Zum Hintergrund:** Scheidet ein Mitunternehmer aus einer Personengesellschaft aus, so ist der für den letzten Stichtag vor dem Ausscheiden des Mitunternehmers festgestellte vortragsfähige Gewerbeverlust der Gesellschaft um den anteilig auf ihn entfallenden Verlustanteil zu kürzen. Dieser Anteil ist für Erhebungszeiträume vor 2007 nicht nur anhand des Gewinnverteilungsschlüssels, sondern unter Einbeziehung der in den Jahren des Bestehens der Mitunternehmerschaft angefallenen Sonderbetriebseinnahmen und -ausgaben zu berechnen (BFH 17.1.2006, VIII R 96/04, FR 2006, S. 560).

Durch das JStG 2007 wurde der gewerbsteuerrechtliche Verlustabzug für Personengesellschaften eingeschränkt. Die Neuregelung sieht entgegen der BFH-Rechtsprechung vor, dass Ergebnisse aus Sonder- und Ergänzungsbilanzen bei der Ermittlung des Verlustvortrags für alle noch offenen Fälle – also auch für Erhebungszeiträume vor 2007 – nicht mehr zu berücksichtigen sind. Der BFH hält die rückwirkende Anwendung der Neuregelung für verfassungswidrig, soweit danach der gewerbsteuerrechtliche Verlustabzug in größerem Umfang gekürzt



wird, als es das im Zeitpunkt des Ausscheidens des Gesellschafters geltende Gesetz vorsah. Es ergibt sich eine rückwirkende und grundsätzlich unzulässige Schlechterstellung, wenn die maßgeblichen wirtschaftlichen Dispositionen vor Verkündung des JStG 2007 getroffen wurden.

Durch die Neuregelung werde entgegen der in der Gesetzesbegründung vertretenen Ansicht nicht lediglich eine schon herrschende Rechtspraxis gesetzlich festgeschrieben. Vielmehr habe die von der Finanzverwaltung in der Vergangenheit unter Abweichung von der BFH-Rechtsprechung vertretene Rechtsauffassung durch das JStG 2007 erstmals eine gesetzliche Grundlage erhalten.

Der Versuch des Gesetzgebers, die ständige BFH-Rechtsprechung zum gewerbesteuerrechtlichen Verlustabzug rückwirkend zu korrigieren, sie gleichsam für die Vergangenheit ins Unrecht zu setzen, gebe keinen Anlass zur Annahme einer verfassungsrechtlich zulässigen Rückwirkung. Nach dem Grundgesetz komme der höchstrichterlichen Rechtsprechung und nicht der Finanzverwaltung die Aufgabe letztverbindlicher Rechtserkenntnis über Bundesrecht zu.

Ihre Ansprechpartner bei der Axer Partnerschaft:

**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.