



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

Heinrichstraße 155
40239 Düsseldorf

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

Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe

Viele offene Fragen zu Spekulationsgeschäften nach § 23 EStG Teil 1: Gewinnfälle

Stand: 13.02.2008

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung	2
2. Ausgangslage: Die BVerfG-Entscheidung aus 2004	2
3. Gewinne aus Wertpapiergeschäften	4
Ausgangslage in den Jahren 1999 – 2003.....	4
Neue FG-Argumente zu den VZ ab 1999	5
Gegenargumente des BFH zu den FG-Beschlüssen für VZ ab 1999	7
Der BVerfG-Beschluss aus 2008	8
Aktuelle Zeiträume ab 2004.....	9
Jahre vor 1997	9



Viele offene Fragen zu Spekulationsgeschäften Teil 1

1. Einführung

Seit das BVerfG vor rund vier Jahren im März 2004 entschieden hatte, dass § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b EStG für die VZ 1997 und 1998 aufgrund struktureller Vollzugsdefizite 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 einigen Fällen geklärt. Andere Streitpunkte hingegen sind weiterhin offen oder sogar neu hinzugekommen. Nicht mehr dazu gehört die Frage, ob Spekulationsgewinne ab 1999 wegen Erhebungsdefiziten nicht besteuert werden dürfen. Das BVerfG (Beschluss vom 10.1.2008, 2 BvR 294/06) sowie der BFH (Beschluss vom 19.12.2007, IX B 219/07; Urteil vom 29.11.2005, IX R 49/04, BStBl 2006 II S. 178) sehen keine Erhebungsdefizite mehr. Damit schließt sich zu diesem Streitpunkt der Kreis, der Anfang 2004 eröffnet worden war.

Aktuell ergehen Steuerbescheide in diesem Punkt zwar weiterhin und sogar für den VZ 2007 vorläufig (BMF 8.10.2007, IV A 4 - S 0338/07/0003, BStBl I 2007, 723), 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 waren bereits 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. Der Vorläufigkeitsvermerk wird nun vermutlich in den kommenden Wochen aufgehoben werden.

Geklärt ist zumindest die Verfassungswidrigkeit noch nicht endgültig für die Altjahre, weil aktuell wieder neue Revisionen beim BFH zum VZ 1996 anhängig sind. Immerhin hat das BVerfG bislang vorgebrachte Beschlüsse zu den Altjahren nicht zur Entscheidung angenommen oder als unzulässig verworfen.

Nachfolgend wird der aktuelle Rechtsstand zu den §§ 22, 23 EStG dargestellt und ein Ausblick dazu gegeben, was die möglichen Entscheidungen für Auswirkungen im Rahmen der Abgeltungsteuer ab 2009 haben können.

In diesem ersten Teil geht es um die Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung von privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 EStG. Im nachfolgenden zweiten Teil erfolgt dann eine Darstellung der Verlustsituation sowie weiterer Sachverhalte.

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 Rahmenbedin-



gungen 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 8.10.2007, IV A 4 - S 0338/07/0003, BStBl I 2007, 723 und erstmals BMF 31.1.2005, IV A 7 - S 0338 - 8/05, BStBl I 2005, 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.

Hierbei ging es um die Frage, ob dem Gesetzgeber ein Übergangszeitraum zur Beseitigung der Missstände einzuräumen war. Das wurde mittlerweile bejaht. Aufgrund anhängiger Verfahren vor dem BFH kommt für die Altjahre aber weiterhin ein ruhendes Rechtsbehelfsverfahren 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 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, 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 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 Europäi-



schen 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.
- Spätestens für nach 2008 erworbene Wertpapiere werden Zweifel an Erhebungsdefiziten im Inland durch die automatisch von Banken einbehaltene Abgeltungsteuer auf Kursgewinne ganz entfallen.

3. Gewinne aus Wertpapiergeschäften

Endgültig geklärt war lange Zeit nur, dass die beiden Jahre 1997/98 durch die Entscheidung des BVerfG verfassungswidrig sind. Das bedeutete:

- Die auf Gewinne gezahlte Steuer wurde in allen offenen Fällen zurückgezahlt.
- Zu weiteren Steuerfestsetzungen kommt es nicht mehr.
- 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).
- Die Grundlage für eine strafrechtliche Verurteilung wegen Hinterziehung der Spekulationssteuer ist entfallen.

Ausgangslage in den Jahren 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 2007. 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 hatte der BFH allerdings mit seinem Urteil vom 29.11.2005 (IX R 49/04, BStBl II 2006 S. 178) und dem bestätigenden Beschluss vom 19.12.2007 (IX B 219/07) 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 Auswertungsmöglichkeiten 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 (13.6.2007, 1 BvR 1550/03, NJW 2007 S. 2464) zu der Entscheidung bewegt hatte, dass § 24c Abs. 3 Nr. 2 KWG und § 93 Abs. 7 AO mit dem Grundgesetz vereinbar sind.

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.

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.

Neue FG-Argumente zu den VZ ab 1999

Nach dem rechtskräftigen Beschluss des Hessischen FG (5.7.2007, 1 V 1282/07) bestehen an der Verfassungsmäßigkeit der Besteuerung von Spekulationsgeschäften mit Wertpapieren nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG für den VZ 2000 wegen eines fortdauernden Vollzugsdefizits trotz der Möglichkeit des Kontenabrufs seit dem 1.4.2005 auch nach Ergehen des Urteils des BFH vom 29.11.2005 (IX R 49/04, BStBl 2006 II S. 17) weiterhin die Aussetzung der Vollziehung



rechtfertigende ernstlichen Zweifel. Ähnlich hat sich das FG München mit Beschluss vom 11.10.2007 geäußert (5 V 2785/07, DStR 2007, 2056).

Die FG sehen es bereits als zweifelhaft an, ob eine Beseitigung der Verfassungswidrigkeit mit Rückwirkung durch Einfügung der §§ 93 Abs. 7 und 93b AO rechtlich überhaupt möglich war. Es ist schwer vorstellbar, wie sich für zurückliegende Zeiträume nachträglich eine gleichheitssatzkonforme Vollzugsdichte über das Aufgreifen von Einzelfällen nach dem Zufallsprinzip hinaus angesichts der begrenzten Kapazitäten der Finanzverwaltung in der Praxis überhaupt herstellen lassen sollte. Denn wenn laut BFH mit der Möglichkeit des Kontenabrufs ab dem 1.4.2005 die Verfassungswidrigkeit rückwirkend entfallen und die zehnjährige Festsetzungsfrist bei Steuerhinterziehung maßgeblich sein soll, ist nicht ersichtlich, wieso dies dann nicht auch für die vom BVerfG entschiedenen Jahre 1997 und 1998 in gleicher Weise gelten sollte. Es muss deshalb angenommen werden, dass das BVerfG dem erst zukünftig möglichen Kontenabruf für zurückliegende und weitgehend abgeschlossene Veranlagungszeiträume keinerlei Bedeutung beigemessen hat.

Zudem hat das BMF eine anfängliche Zurückhaltung sowie fortbestehende praktische und technische Probleme beim Kontenabruf eingeräumt. Dem entspricht es, dass die Finanzämter im gesamten Bundesgebiet in dem Zeitraum April 2005 bis einschließlich Juni 2006 lediglich in 20.630 Fällen bzw. bis April 2007 erst in 43.952 Fällen eine Kontenabfrage beantragt haben und die technischen Voraussetzungen für eine automatisierte Kontenabfrage vom Schreibtisch des Bearbeiters im Finanzamt aus bis heute noch immer nicht geschaffen worden sind. Damit ist aber das Vertrauen des BFH in die prognostizierte rasche Überwindung der Anlaufschwierigkeiten entfallen.

Hinzu kommt, dass das Verfahren zum Schutz der möglicherweise betroffenen Steuerpflichtigen kompliziert ausgestaltet ist und zunächst lediglich zum Auffinden von Konten führt, was anschließende aufwändige Ermittlungen beim Steuerpflichtigen und ggf. Dritten bedingt. Auch deshalb kann angesichts der begrenzten Kapazitäten der Finanzverwaltung sowie der noch nicht gelungenen technischen Umsetzung einer automatisierten Kontoabfrage vom Arbeitsplatz des Bearbeiters aus jedenfalls für zurückliegende Jahre mit bereits weitgehend abgeschlossener Veranlagung und damit für das Streitjahr von keiner oder allenfalls von einer nicht ins Gewicht fallenden Verbesserung der Vollzugsdichte ausgegangen werden.

Schließlich hat das BVerfG die Anforderungen an ein dem Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gerecht werdendes Besteuerungsverfahren dahingehend beschrieben, dass das Deklarationsprinzip durch das Verifikationsprinzip ergänzt werden müsse, und zwar durch Maßnahmen, die im Rahmen der gewöhnlichen Verwaltungsabläufe im Massenverfahren der Finanzämter ohne übermäßigen Ermittlungsaufwand der Finanzbehörden einerseits und ohne unverhältnismäßige Mitwirkungsbeiträge der Steuerpflichtigen andererseits ein angemessenes Entdeckungsrisiko bei unzulänglichen Erklärungen begründen.

Dass die Möglichkeit des Kontenabrufs zu einem praktisch bedeutsamen, angemessenen Entdeckungsrisiko im Rahmen der gewöhnlichen Verwaltungsabläufe im Massenverfahren der Einkommensteuerveranlagung geführt hat, muss angesichts der nach dem Gesetz und der noch restriktiveren Verwaltungsanweisung nur bei Vorliegen eines konkreten Anlasses zulässigen Kontenabfrage, der auch danach gleichwohl generell verbleibenden Notwendigkeit einer auf-



wändigen Aufdeckung und des Nachweises eines Fehlverhaltens bei der Erklärung sowie der bisher aufgetretenen Schwierigkeiten und mangelnden technischen Umsetzung selbst für die Veranlagungszeiträume ab 2004 bezweifelt werden. Umso mehr sind Zweifel hinsichtlich der bereits veranlagten Jahre bis 2003 gerechtfertigt.

Gegenargumente des BFH zu den FG-Beschlüssen für VZ ab 1999

Mit Beschluss vom 19.12.2007 (IX B 219/07) auf die NZB gegen die Entscheidung des FG München (11.10.2007, 5 V 2785/07) hat der BFH seine Auffassung (29.11.2005, IX R 49/04, BStBl II 2006, 178) bekräftigt, dass Gewinne aus privaten Wertpapiergeschäften in den Jahren 1999 und 2000 versteuert werden müssen, da die Rechtsgrundlage des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG nicht verfassungswidrig ist. Das erst nachträglich, aber rückbezüglich eingeführte Kontenabrufverfahren (§§ 93 Abs. 7, 93b AO) gewährleistet eine verbesserte Überprüfung auch für die Jahre ab 1999, so dass nicht mehr von einem strukturellen Vollzugsdefizit ausgegangen werden kann. Auch der BGH (9.10.2007, 5 StR 162/07) hat sich dieser Auffassung angeschlossen.

Das sei kein Widerspruch zur Entscheidung des BVerfG für die Jahre 1997 und 1998. Denn ein gleichheitswidriges Erhebungsdefizit führe zu einer Unvereinbarkeit der Norm in der Zeit und könne nachträglich durch Effektivierung des Verfahrensrechts korrigiert werden. Dazu könne es natürlich nur kommen, soweit die Vorschrift noch gilt und solange sie nicht vom BVerfG für nichtig erklärt wird. Das sei für die Jahre 1997 und 1998, nicht aber für die Jahre ab 1999 der Fall gewesen.

Wenn eine Norm für verfassungswidrig und nichtig erklärt wird, löst sie keine Rechtsfolgen aus. Auch ein nachträglich, aber rückbezüglich eingeführtes Kontenabrufverfahren kann daran nichts mehr ändern. Das BVerfG konnte im Jahr 2004 die Nichtigkeit der Norm aussprechen, da für 1997 und 1998 die vierjährige Festsetzungsfrist regelmäßig bereits abgelaufen war und bis zum Entscheidungszeitpunkt keine gesetzlichen Maßnahmen zur verbesserten Verifizierung ergriffen waren. Ganz anders ist die Situation für die Jahre 1999 und 2000, hier ist die Festsetzungsfrist beim Tatbestand der Steuerhinterziehung zu beachten.

Es kommt für die Entscheidung nicht darauf an, ob und in welchem Umfang tatsächlich vom Kontenabrufverfahren Gebrauch gemacht wird. Denn zur Gleichheitswidrigkeit führt nicht ohne weiteres die Ineffizienz von Rechtsnormen, sondern das Defizit des widersprüchlich auf Ineffektivität angelegten Rechts. Unmaßgeblich ist danach, wie oft Finanzbehörden tatsächlich vom Kontenabruf Gebrauch machen und ob dieser Gebrauch fehlerlos funktioniert.

Zwar hat der BFH die Länge einer Anlaufphase ebenso offen gelassen, wie die Frage, ob und ab wann von einem strukturellen Vollzugsdefizit trotz der gegebenen eine effektive Erhebung ermöglichenden rechtlichen Struktur auszugehen ist. Indes ist ein verfassungsrechtlich bedeutendes strukturelles Vollzugsdefizit jenseits eines normativen Erhebungsdefizits nur denkbar, wenn das Kontenabrufverfahren aus politischen Gründen nicht vollzogen wird oder in der Anlaufphase erkennbare Umsetzungsprobleme nicht gelöst werden.

Soweit das Hessische FG (5.7.2007, 1 V 1282/07) eine Intention der Finanzverwaltung zu erkennen glaubt, vom Kontenabruf in zurückhaltender Weise Gebrauch zu machen, lässt es außer Acht, dass diese Restriktionen beim Ermessensgebrauch im Zusammenhang mit dem Verfahren der einstweiligen Anordnung vor dem BVerfG entwickelt wurden.



Der BVerfG-Beschluss aus 2008

Das BFH-Urteil vom 29.11.2005 (IX R 49/04, BStBl II 2006, 178) ist nunmehr rechtskräftig, da das BVerfG die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen hat (10.1.2008, 2 BvR 294/06). Damit ist die Frage zur Spekulationsbesteuerung ab 1999 geklärt:

Ein strukturelles Vollzugsdefizit hinsichtlich der Besteuerung von privaten Wertpapiergeschäften für den VZ 1999, das zur Verfassungswidrigkeit des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG führt, kann nicht festgestellt werden. Der Gesetzgeber hat seit 1998 das im Regelfall der Besteuerung zur Anwendung kommende Ermittlungsinstrumentarium der Finanzbehörden kontinuierlich erweitert und so im Ergebnis nahezu lückenlose Kontrollmöglichkeiten geschaffen.

Ab 1999 sind sowohl faktische als auch normative Veränderungen gegenüber den Vorjahren festzustellen, die zusätzliche Anreize zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Erklärungspflichten geschaffen haben und die das Entdeckungsrisiko für den Steuerpflichtigen bei der Abgabe mangelhafter Erklärungen erhöht haben. Hierbei spielen insbesondere drei Maßnahmen die ausschlaggebende Rolle:

1. Die **Verlustverrechnungsmöglichkeiten** bei privaten Veräußerungsgeschäften wurden ab 1999 erweitert. Seither konnten Verluste auch die Einkünfte mindern, die im Vorjahr oder in den folgenden VZ aus privaten Veräußerungsgeschäften erzielt wurden. Diese Regelung traf im Jahr 2000 zusammen mit einer negativen Börsenentwicklung und musste für wirtschaftlich denkende Anleger einen erheblichen Anreiz dafür bilden, Veräußerungsgewinne offen zu legen. Denn dadurch konnten Gewinne ohne die mit einer Steuerhinterziehung verbundenen Entdeckungsrisiken steuerlich neutralisiert werden.
2. Durch den automatisierten **Abruf von Kontoinformationen** war für die Finanzbehörden die Möglichkeit geschaffen, noch innerhalb der Festsetzungsfrist bis zum Ablauf des Jahres 2005 zusätzliche Informationen über mögliche Veräußerungsgewinne zu erhalten. Zwar ist das Kontenabrufverfahren erst mit Wirkung ab dem 1. April 2005 eingeführt worden. Dennoch können dadurch Erkenntnisse auch bezogen auf 1999 gewonnen werden, da in die vom Kreditinstitut zu führende Datei auch der Tag der Errichtung eines Depots aufzunehmen ist. Die Möglichkeit des Kontenabrufs war spätestens mit Verkündung der Neuregelung vom 23. Dezember 2003 im Bundesgesetzblatt allgemein bekannt. Sie konnte durch das erkennbar steigende Entdeckungsrisiko als Anreiz zu wahrheitsgemäßen Nacherklärungen auch nicht unerhebliche Vorwirkungen entfalten.
 - Zu berücksichtigen ist auch die Verstärkung der Ermittlungsmöglichkeiten durch den neu gefassten **§ 45d EStG**, wonach Mitteilungen von Kreditinstituten an das BZSt über vom Steuerabzug freigestellte Kapitalerträge ab 1999 auch zur Durchführung eines Steuerverfahrens oder eines Straf- bzw. Bußgeldverfahrens verwendet werden dürfen. Die Finanzverwaltung nutzte dieses Kontrollverfahren nicht nur um herauszufinden, ob und bei welchen Kreditinstituten der Steuerpflichtige Kapitalerträge hat freistellen lassen, sondern auch dazu, Einkünfte aus Wertpapierveräußerungsgeschäften zu ermitteln.

Das BVerfG hat also die nach 1998 geänderten Verhältnisse berücksichtigt. Dabei ist trotz des theoretisch möglichen rückwirkenden Kontenabrufs aber schwer nachvollziehbar, dass es bis Ende 1998 noch strukturelle Erhebungsdefizite gab, die anschließend mit Beginn des Jahres



1999 insbesondere durch § 93 AO plötzlich beseitigt sein sollten. Denn bei der Ermittlung in vergangene VZ besteht hier mangels Verjährung kein Unterschied, ob der Börsenverkauf vor oder nach Neujahr 1999 erfolgt ist.

Fraglich ist auch, ob die eingeführte Verlustverrechnungsmöglichkeit ab 1999 Anleger dazu animiert hat, ihre Spekulationsgewinne lückenlos zu deklarieren.

Der Beschluss des BVerfG hat nun folgende praktische Auswirkungen:

- Bescheide ab 1999 werden in Kürze endgültig festgesetzt.
- Möglicherweise ausgesetzte Spekulationsteuer wird inklusive Aussetzungszinsen nachgefordert.
- Ab 1999 realisierte Veräußerungsverluste zählen dauerhaft, bis 2013 sogar unter der Abgeltungsteuer.

Aktuelle Zeiträume ab 2004

Generell wurde bereits 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.

Mit Einführung der Abgeltungsteuer 2009 gibt es bei inländischen Depots ohnehin kein wie auch immer geartetes Erhebungsdefizit, zumindest nicht für nach 2008 erworbene Wertpapiere, ab 2009 eingegangene Terminmarktgeschäfte und nach dem 14.3.2007 geordnete Zertifikate.

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, 716 und BvL 12/05, StEd 2006, 500).



Ähnlich sehen es die FG Niedersachsen (8.5.2007, 15 K 96/07), Düsseldorf (9.11.2006, 11 K 1761/05 E) und Hamburg (25.5.2007, 6 K 28/07). Allerdings ist der Sachverhalt durch zwei anhängige Revisionen unter IX R 31/07 sowie IX R 61/07 weiterhin offen.

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
Heinrichstraße 155 – 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.