



AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

Köln • Berlin • Düsseldorf

Dürener Straße 295
50935 **Köln**

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

Schlüterstraße 41
10707 **Berlin**

Fon 030/40 50 29 50
Fax 030/40 50 29 599
berlin@axis.de

Heinrichstraße 155
40239 **Düsseldorf**

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

Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe

Verlustvorträge sind nicht mehr vererbbar

Stand: 15.09.2008

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung	2
1. Die BFH-Entscheidung... ..	2
2. ...und die negativen Folgen	3
3. Ausnahmen von der Regelung des § 10d EStG	4
Betriebliche stille Reserven	4
Fristenberechnung.....	5
Eingeschränkte Verlustverrechnung	5
Verluste bei Steuerstundungsmodellen	6
Nachträgliche Vorgänge	6



Verlustvorträge sind nicht mehr vererbbar

1. Einleitung

Mit Beschluss vom 17.12.2007 (GrS 2/04) hat der Große Senat des BFH entschieden, dass der Erbe einen vom Erblasser nicht ausgenutzten Verlustabzug gemäß § 10 d EStG nicht bei seiner eigenen Veranlagung zur Einkommensteuer geltend machen kann. Mit dieser Entscheidung wendet sich der Große Senat des BFH gegen die seit über 40 Jahren bestehende Rechtsprechung und Verwaltungspraxis, wonach ein solcher Verlustabzug bei der Einkommensermittlung des Erben berücksichtigt wurde. Der nicht ausgenutzte Verlustvortrag verpufft also, wenn er beim Erblasser nicht noch im Jahr des Todes vollständig verrechnet werden kann. Die geänderte Rechtsprechung gilt ab dem Tag nach der Veröffentlichung der Entscheidung im BStBl (BMF 24.7.2008, IV C 4 - S 2225/07/0006, BStBl I 2008, 809). Da der Beschluss des Großen Senats im BStBl vom 18.8.2008 abgedruckt ist, sind ab dem 19.8.2008 eintretende Erbfälle betroffen.

Diese Änderung in der Rechtsprechung hat gravierende praktische Auswirkungen für Familien. So lassen sich angesammelte Verluste aus einem Mietshaus nunmehr genauso wenig vererben wie rote Zahlen aus einem Unternehmen. Im Rahmen der Abgeltungsteuer ab 2009 streicht die Bank angesammelte Minusposten am Todestag. Nachfolgend die Konsequenzen und eine Auflistung nicht betroffener Verluste.

1. Die BFH-Entscheidung...

Mit dem Tod endet die Einkommensteuerpflicht. Stehen dann noch negative Einkünfte zu Buche, waren diese von den Erben jahrzehntelang weiter nutzbar. Diese Regel gibt es jetzt nicht mehr: Sofern sich beim Verstorbenen rote Zahlen nicht ausgewirkt haben, verpufft das Minus steuerlich endgültig. Auf Vorlage des XI. Senats des BFH (28.7.2004, XI R 54/99, BStBl II 2005, 262) hatte der Große Senat des BFH mit Beschluss vom 17.12.2007 entschieden:

- Der Erbe kann einen vom Erblasser nicht ausgenutzten Verlustabzug nach § 10d EStG nicht bei seiner eigenen Veranlagung zur Einkommensteuer geltend machen.
- Die bisherige gegenteilige Rechtsprechung des BFH ist aus Gründen des Vertrauensschutzes weiterhin in allen Erbfällen anzuwenden, die bis zum Ablauf des Tags der Veröffentlichung dieses Beschlusses eingetreten sind (terminlich vom BFH auf die Veröffentlichung im BStBl verlängert).
- Die Einkommensteuer wirkt personenbezogen und geht vom Prinzip der Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit aus. Hiermit ist es unvereinbar, die beim Verstorbenen nicht verbrauchten Verlustvorträge auf den Erben zu übertragen.
- Die Leistungsfähigkeit des Erblassers können nicht auf den Erben übertragen werden, weil ein Steuerpflichtiger keine Aufwendungen und Verluste anderer Personen geltend machen darf.

Im Ergebnis kann der gesondert festgestellte Verlust nach § 10d EStG im Erbfall also nicht mehr auf den Rechtsnachfolger übertragen werden. Begründet wird diese Abkehr von der vorherigen



Rechtsauffassung vor allem damit, dass § 10d EStG im Laufe der Jahre zahlreiche Änderungen über sich ergehen lassen musste. So kam es zum Wegfall der sachlichen Beschränkung des Verlustabzugs auf die betrieblichen Einkünfte und auch der zeitlichen Begrenzung von Verlustvorträgen. Dadurch ist der Anwendungsbereich deutlich ausgeweitet worden. Folge: Die bisherige Begründung für die Vererbbarkeit von verrechenbaren Verlusten läuft nunmehr ins Leere, wonach das steuerliche Minus in engstem Zusammenhang mit der Gewinnermittlung steht.

Nach bisheriger BFH-Ansicht wurden Erblasser und Erbe bei der Gewinnermittlung wie ein und dieselbe Person behandelt. Dies wird besonders bei der Behandlung der stillen Reserven deutlich, da der Rechtsnachfolger die Versteuerung der zuvor beim Erblasser gebildeten stillen Reserven vornehmen muss (§ 6 Abs. 3 EStG). Dieser Sonderfall wird durch den Beschluss vom Großen Senat nicht tangiert, den bei der Norm des § 6 Abs. 3 EStG unterliegt die Übertragung des Betriebs oder Mitunternehmeranteils einer objekt- und einkunftsbezogenen Konzeption. Denn die stillen Reserven sind unlösbar mit dem Betrieb oder Anteil an einer Personengesellschaft verbunden.

Nach der Konzeption des § 10d EStG wird ein Verlustausgleich jedoch erst nach der Bildung des Gesamtbetrags der Einkünfte abgezogen und nicht bereits bei den einzelnen Einkunftsarten oder der Summe der Einkünfte. Erst auf dieser unteren Ebene kann nicht mehr von einer gegenstandsbezogenen Ermittlung der Einkünfte ausgegangen werden, da hier nicht mehr zwischen den einzelnen Einkunftsquellen unterschieden wird.

Dieser Gedanke spielt auch eine wichtige Rolle bei der Frage, welche Verluste vom Beschluss nicht tangiert sind.

2. ...und die negativen Folgen

Diese geänderte Rechtsprechung bringt für die Gestaltungsberatung ein neues Feld. Jetzt muss nicht nur darauf geachtet werden, dass Nachfolgeregelungen in Hinsicht auf das ErbStG optimal gelöst werden. Hinzu kommen zukunftsorientierte Maßnahmen zur Vermeidung und zum Ausgleich von Verlusten. Das gilt vor allem, wenn ein Steuerpflichtigen schon in die Jahre gekommen und mit einem Erbfall zu rechnen ist. Hier ist insbesondere darauf zu achten, dass

- generell die Entstehung von Verlustvorträgen vermieden werden sollte.
- wahlweise mögliche Sonderabschreibungen vermieden werden.
- größere Erhaltungsaufwendungen nicht mehr vom Erblasser durchgeführt werden und möglicherweise eine vorweggenommene Erbfolge in Betracht kommt. Das gilt zumindest dann, wenn die Werbungskosten absehbar nicht mehr zügig mit den sonstigen Einkünften verrechenbar sind.
- massive Investitionsvorhaben im betrieblichen Bereich aufgeschoben werden.
- bereits bestehende Verlustvorträge durch ein Vorziehen von Einnahmen zügig abgebaut werden.
- der Erblasser keine Anleihen oder Rentenfonds in größerer Stückzahl mehr erwirbt. Denn die hierbei angefallenen Stückzinsen und Zwischengewinne wirken sich unter Umständen nicht mehr als negative Kapitaleinnahmen aus, wenn die Ausschüttung erst nach dem Erbfall erfolgt. Dann müssen die Nachkommen die vollen Zinsen versteuern, auch wenn die rechnerisch nur auf eine kurze Haltedauer entfallen. Die gezahlten Stück-



zinsen dürfen sie nicht nutzen, wenn hier bei Verstorbenen mangels Zinseinnahmen keine Verrechnung mehr erfolgt.

- es mit der Systemumstellung auf die Abgeltungsteuer zu einer Neuregelung bei Börsenverlusten kommt indem diese negative Kapitaleinnahmen nach § 20 Abs. 2 EStG darstellen. Die bei den Banken in den Verlustverrechnungstopf einfließenden roten Zahlen verpuffen mit dem Tod des Sparers vollkommen.
- bei der Zusammenveranlagung von Ehegatten der anteilige Verlustvortrag des verstorbenen Partners entfällt (R 20d Abs. 7 EStR).
- bei der Inanspruchnahme von Gewinnermittlungswahlrechten auf Rücklagen verzichtet wird.
- bei hohen Verlustvorträgen der Verkauf von Betriebsvermögen zu erwägen ist, um steuerpflichtige stille Reserven zu heben.
- der neue Investitionsabzugsbetrag nur sehr sparsam eingesetzt wird.
- durch den Verkauf von Wirtschaftsgütern mit stillen Reserven an die künftigen Erben.

Keine Auswirkung hat die Entscheidung auf die Gewerbesteuer. Nach §§ 10a S. 5, § 2 Abs. 5 GewStG kann beim Übergang eines Unternehmens im Ganzen der neue Unternehmer den Gewerbebeitrag nicht um Fehlbeträge kürzen, die sich bei der Ermittlung des Gewerbebeitrages für das übergegangene Unternehmen ergeben haben.

Bei der Erbschaftsteuer hat die neue Rechtsprechung ebenfalls keine direkte Auswirkung. Verbindlichkeiten des Verstorbenen gehen mit dem Erbfall auf die Rechtsnachfolger über und schmälern den Erwerb und damit die Bemessungsgrundlage für die Steuer. Hat der Vater beispielsweise Wertpapiere mit Kredit finanziert, müssen die Kinder nur den positiven Saldo als Kurswert minus Schulden versteuern. Ähnlich sieht es bei Immobilien aus, vom Steuerwert werden die Darlehenssalden abgezogen.

3. Ausnahmen von der Regelung des § 10d EStG

§ 10d EStG wird erst nach der Bildung des Gesamtbetrags der Einkünfte abgezogen und nicht bereits bei den einzelnen Einkunftsarten. Sofern also negative Einkünfte bereits zuvor gestundet werden, kommen diese erst gar nicht in den Wirkungskreis des § 10d EStG und sind somit auch nicht von der Entscheidung des Großen Senats betroffen.

Festzuhalten bleibt, dass der gesondert festgestellte Verlust nach § 10d EStG im Erbfall nicht mehr auf den Rechtsnachfolger übertragen werden kann, sofern der Tod nach dem 18.8.2008 eintritt. Vorherige Erbfälle werden noch nach der bisherigen Vorgehensweise und damit Erblasser und Erbe wie ein und dieselbe Person behandelt (H 10d EStH „Verlustabzug im Erbfall“). Ansonsten sind einige Sonderregelungen zu beachten

Betriebliche stille Reserven

Der Rechtsnachfolger muss die Versteuerung der zuvor beim Erblasser oder Schenker gebildeten stillen Reserven vornehmen (§ 6 Abs. 3 EStG). Dies stellt eine Abweichung von der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit des Einzelnen dar. Hier bleibt es beim objektbezogenen Gedanken, wonach die stillen Reserven unlösbar mit dem Betrieb oder Mitunternehmeranteil verbunden sind.



Fristenberechnung

Maßgebende Anschaffungsdaten des Erblassers können beim Erben weiter wirken. Das gilt beispielsweise

- bei der Fünfjahresfrist des § 17 Abs. 1 EStG
- der Ein- oder Zehnjahresfrist des § 23 EStG
- dem Bestandsschutz vor der Abgeltungsteuer beim Erwerb von Wertpapieren vor 2009

Eingeschränkte Verlustverrechnung

Die nachfolgenden Sonderregelungen beschränken die Verlustverrechnung bereits auf der Ebene der jeweiligen Einkunftsart, hier ist die Regelung des § 10d EStG von Vorne herein ausgeschlossen:

- Verluste aus gewerblicher Tierzucht oder Tierhaltung sind gem. § 15 Abs. 4 EStG weder mit anderen Gewinnen aus Gewerbebetrieb noch mit positiven anderen Einkunftsarten verrechenbar. Sie mindern nur vergleichbare Gewinne aus gewerblicher Tierzucht oder Tierhaltung im Vorjahr oder den folgenden Veranlagungszeiträumen. Dieser gesondert festgestellte verrechenbare Verlust ist mit einer Einkunftsquelle verknüpft und die Verrechnung findet direkt auf der Ebene der Einkunftsart statt. Damit geht dieser verrechenbare Verlust im Erbfall auf den Betriebsnachfolger über.
- Ähnlich sieht es bei Verlusten aus betrieblich veranlassten Termingeschäften aus, die nicht allgemein verrechenbar sind.
- Sofern Verluste eines Kommanditisten nach § 15a EStG nur mit künftigen Gewinnen verrechenbar sind, weil soweit ein negatives Kapitalkonto entsteht oder sich erhöht, kann der gesondert festgestellte Minusbetrag auf den Rechtsnachfolger übergehen. Denn ähnlich wie bei § 6 Abs. 3 EStG wird der verrechenbare Verlust dem neuen Mitunternehmer zugeordnet, der diesen mit späteren Gewinnen aus dem Anteil an der KG verrechnen kann.
- Gesondert festgestellte verrechenbare Spekulationsverluste nach § 23 EStG können vom Rechtsnachfolger genutzt werden. Nach unserer Auffassung gilt hier dasselbe wie bei der gewerblichen Tierzucht, der Erbe tritt als Anleger in die Fußstapfen des Verstorbenen und kann das konservierte Minus mit seinen realisierten Kursgewinnen verrechnen – für eine Übergangszeit auch als Altverlust unter der Abgeltungsteuer.
- Unklar ist noch die gesonderte Regel für Aktienverluste unter der Abgeltungsteuer, die nur entsprechende Gewinne ausgleichen dürfen. Hier dürfte nach unserer Auffassung der Erbe den verbliebenen Verlustverrechnungstopf nutzen.
- Nach § 2a EStG sind Verluste aus bestimmten Auslandsaktivitäten vom allgemeinen Verlustausgleich ausgeschlossen. Es ist nur eine Verrechnung mit positiven Einkünften derselben Einkunftsart aus demselben Staat möglich. Diese Einschränkung wird zwar über das Jahressteuergesetz ein wenig gelockert, die weiterhin betroffenen Fälle können jedoch wieder nach dem Gedanken der objekt- und einkunftsbezogenen Gestaltung behandelt werden. Eine Verrechnung des Erben mit gleichartigen Gewinnen aus demselben Staat ist also auch weiterhin möglich.



Verluste bei Steuerstundungsmodellen

Beim Beitritt zu einem geschlossenen Fonds nach dem 10.11.2005 oder anderen betroffenen Investitionen wie der fremdfinanzierten Rentenversicherung greift § 15b EStG, wonach Verluste Steuerstundungsmodellen lediglich mit zukünftigen Gewinnen aus derselben Einkunftsquelle verrechenbar sind. Gerade im Bereich der Beteiligungen sind Verlustzuweisungen zu Beginn ein relevantes Thema. Nach dem BMF-Anwendungsschreiben (17.7.2007, IV B 2 - S 2241-b/07/0001, BStBl I 2007, 542, Tz. 25) gehen im Fall der unentgeltlichen Übertragung eines Anteils an einem Steuerstundungsmodell die gestundeten Verluste auf den Rechtsnachfolger über. Hier geht die Verwaltung von der Rechtsgedanken zu § 15a EStG aus, wonach konkret auf eine Einkunftsquelle abgestellt wird.

Daher können die Nachkommen den zum Zeitpunkt des Todes noch nicht ausgeschöpften Verlustvortrag im Verhältnis ihrer Erbquote nutzen. Allerdings gelingt das nur mit entsprechenden Überschüssen aus dem geerbten Fonds und keinen anderen Einkünften. Sie müssen also wie jeder Anleger warten, bis die Beteiligung steuerliche Überschüsse zuweist.

Ähnlich sieht es hingegen bei Fonds aus, die durch Zeichnung vor dem 11.11.2005 noch nicht als Steuerstundungsmodell gelten. Hier wirkt die wenig praxisrelevante Vorschrift des § 2b EStG, die möglicherweise wegen unklarer Gestaltung verfassungswidrig ist. Die aus § 2b-Modellen resultierenden Verluste sind nicht mit anderen Einkünften, sondern nur mit Gewinnen aus anderen (müssen nicht die gleichen sein) Modellen verrechenbar. Dies ist vergleichbar mit den Verlusten aus gewerblicher Tierzucht, sodass sie auch künftig auf den Rechtsnachfolger übergehen.

Nachträgliche Vorgänge

Sofern nach dem Tod Zahlungen aus Überschusseinkünften fließen, die noch vom Verstorbenen begründet worden sind, liegen über § 24 Nr. 2 EStG nachträgliche Einnahmen bei den Erben vor. Gleiches gilt für den umgekehrten Fall der Zahlung von Werbungskosten. Zahlt der Rechtsnachfolger Kirchensteuer für den Verstorbenen, kann er diese als Sonderausgaben absetzen.



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**

**Fon 0211/43 83 560
Fax 0211/43 83 5611
fuchs@axis.de**

**Rechtsanwalt,
Steuerberater,
Dipl.-Finanzwirt Heinrich Bürmann**

**Fon 030/40502950
Fax 030/405029599
buermann@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.