



## 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**

## Steuerlicher Verlustabzug mit vielen Begrenzungen

### Teil 2: Besondere Vorschriften

Stand: 29.10.2008

#### Inhaltsverzeichnis

1. Einführung .....	2
2. Spekulationsverluste .....	2
Vor 1999 realisierte Verluste.....	2
Ab 1999 verrechenbare Verluste .....	3
Gesonderte Verlustfeststellung .....	3
Verlustrücktrag und Freigrenze.....	4
Ende 2008 nicht ausgeglichene Spekulationsverluste .....	5
Spekulationsverluste bei schnellem Rückkauf .....	5
3. Sonstige Einnahmen nach § 22 EStG .....	6
4. Die Regelung des § 10d EStG .....	7
Grundsätze.....	7
Beispiel zum Ansatz von Verlusten.....	7
Vererbbarkeit von Verlustvorträgen .....	9
5. Steuerstundungsmodell nach § 15b EStG.....	10
Beispiel zum Effekt der Steuerstundung .....	10
6. Unternehmensteuerreform 2008 .....	11
Die Zinsschranke.....	11
Neuregelung des Mantelkaufs § 8 Abs. 4 KStG .....	12
7. Verluste unter der Abgeltungsteuer.....	13



## Steuerlicher Verlustabzug mit vielen Begrenzungen

### Teil 2: Besondere Vorschriften

#### 1. Einführung

Eigentlich ist der Ansatz von negativen Einkünften ganz einfach. Sie werden horizontal und vertikal mit Gewinnen und Überschüssen aus den anderen Einkunftsarten verrechnet. Bleibt per Saldo ein Minus übrig, kann dieses über § 10d EStG im Vorjahr und in der Zukunft positive Einkünfte ausgleichen. Dies gelingt grundsätzlich auch unproblematisch, da die Mindeststeuer in § 2 Abs. 3 EStG nur für 1999 bis 2003 galt und wegen Verletzung des Grundsatzes der Normenklarheit möglicherweise auch noch für verfassungswidrig erklärt wird (BFH 6.9.2006, XI R 26/04, BStBl II 2007 S. 167, beim BVerfG unter 2 BvL 59/06 anhängig).

Doch dieser erste Eindruck täuscht gewaltig, was sich in der aktuellen Finanzkrise negativ auswirkt. Denn Verluste sind mitnichten auf so einfache Weise zwischen den einzelnen Einkunftsarten verrechenbar. Eine Reihe von Vorschriften grenzt den Ausgleich roter Zahlen ganz erheblich ein und mit Einführung der Abgeltungsteuer werden es noch deutlich mehr.

Das fällt jetzt vielen Anlegern ganz besonders auf, die ihre angesichts der massiv eingebrochen Börsen weltweit angefallenen roten Zahlen gerne in voller Höhe steuerlich geltend machen wollen. Das gelingt ihnen bei Spekulationsverluste nur begrenzt, nach einjähriger Haltedauer überhaupt nicht mehr und auch bei Finanzinnovationen nur äußerst schwierig.

Der zweigeteilte Beitrag gibt einen Überblick zum Ansatz von negativen Einkünften, vorrangig im Bereich des EStG. Dabei liegt ein Schwerpunkt auf den Verlusten aus Börsengeschäften.

#### 2. Spekulationsverluste

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. Hinzu kommt der Gezeitenwechsel auf die Abgeltungsteuer und nicht genutzte Verlustvorträge bis Ende 2008.

##### **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



(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.

### **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, BStBl II 2007, 259) hat der BFH 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 (BFH 6.3.2007, IX R 31/04, BFH/NV 2007, 1478).

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, BStBl II 2007, 158) 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 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; 14.2.2007, IV C 3 - S 2256 - 12/07).

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.



Durch das Jahressteuergesetz 2007 ist 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.

Mehrere FG bezweifeln jedoch, dass vor 2007 entstandene Spekulationsverluste nicht mehr nachträglich angesetzt werden dürfen. Sie gehen trotz der Änderung durch das Jahressteuergesetz 2007 in bestandskräftigen Bescheiden davon aus, dass eine Feststellung des verbleibenden Verlustabzugs berücksichtigt werden muss. Die hiergegen eingelegten Revisionen wird der BFH vermutlich erneut mit dem gleichen Tenor wie sein Urteil aus 2005 entscheiden. Der BFH (24.10.2007, XI R 42/06) hat das BMF bereits zum Verfahrensbeitritt zur Änderungsmöglichkeit beim erstmaligen Erlass eines Verlustfeststellungsbescheids aufgefordert. Anhängig sind:

- FG Hamburg 30.5.2007, 3 K 142/06, EFG 2007, 1678, Revision unter IX R 44/07
- FG München 19.7.2007, 5 K 4013/04, EFG 2007, 1774, Revision unter IX R 53/07
- FG Köln 9.8.2007, 10 K 3347/04, EFG 2008, 133, Revision unter XI R 26/07
- FG Niedersachsen 9.11.07, 1 K 178/06, Revision unter IX R 19/08

### Verlustrücktrag und Freigrenze

Gem. § 23 Abs. 3 S. 6 EStG bleiben Gewinne nur dann steuerfrei, wenn der aus den privaten Veräußerungsgeschäften erzielte Gesamtgewinn im Kalenderjahr weniger als 512 (ab 2008: 600) Euro betragen hat.

Gewinn aus § 23 EStG im VZ 2006:	3.000
Verlust aus § 23 EStG im VZ 2007:	5.000
Verlustrücktrag von 2007 nach 2006 (Beschränkung auf):	2.489
zu versteuernde Einkünfte in 2006:	511

Die Einkünfte 2003 liegen zwar mit 511 (ab 2008: 599) Euro unterhalb der Freigrenze. Gleichwohl werden diese Einkünfte der Besteuerung unterworfen, da die Anwendung der Freigrenze vor Verlustvor-/rücktrag zu prüfen ist (BFH 11.1.2005, IX R 13/03, BFH/NV 2005 S. 1254; IX R



27/04, BStBl 2005 II S. 433; BMF 25.10.2004, IV C 3 - S 2256 - 238/04, BStBl 2004 I S. 1034, Tz. 52). Eine Überschreitung der Freigrenze ist vor Durchführung eines Verlustrücktrags zu prüfen, so dass bei Unterschreitung der Freigrenze allein aufgrund eines Verlustrücktrags der verbleibende Gewinn aus privaten Veräußerungsgeschäften zu versteuern ist.

### **Ende 2008 nicht ausgeglichene Spekulationsverluste**

Altverluste bis Ende 2008 aus privaten Veräußerungsgeschäften können zwischen 2009 und 2013 sowohl mit Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften als bis auch mit Erträgen aus Kapitalanlagen nach § 20 Abs. 2 EStG verrechnet werden. Anschließend werden sie über den Verlustvortrag unbegrenzt weiter im Rahmen des § 23 EStG berücksichtigt. Ab 2009 realisierte Verluste mit Immobilien oder sonstigen privaten Wirtschaftsgütern innerhalb der Spekulationsfrist können nur noch innerhalb dieses begrenzten Kreises verrechnet werden.

**Hinweis:** Als Altverlust gilt auch ein 2009 innerhalb der Spekulationsfrist realisiertes Minus, sofern das Wertpapier bis Ende 2008 angeschafft oder das Termingeschäft eingegangen wurde. Die begrenzte Verlustverrechnung bei Aktien nach neuem Recht gilt nicht für diese Übergangslösung.

Unter der Abgeltungsteuer sind verbleibende positive Kapitaleinkünfte nach der Verrechnung gem. § 43a Abs. 3 EStG an der Quelle zunächst mit Altverlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 EStG zu verrechnen (§ 23 Abs. 3 S. 9 und 10 EStG). Das erfolgt letztmalig im VZ 2013. Die positiven Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 2 EStG (Veräußerungsgewinne), die nicht (Verkauf von nicht wesentlichen GmbH-Anteilen) der Abgeltungsteuer unterliegen oder bereits vorab erfasst wurden (Wertpapiergeschäfte), sind nach Ausgleich über den neuen Verrechnungstopf des § 43a Abs. 3 EStG bei der Kapitalertragsteuer in einer ersten Stufe mit Altverlusten zu verrechnen. Es ist nicht möglich, die Altverluste bereits im Verrechnungstopf zu berücksichtigen. Erst dann erfolgt der Ausgleich mit Verlusten aus dem gleichen VZ. Da die Altverluste lediglich bis einschließlich 2013 vorgetragen werden, sollen sie vorrangig zählen.

### **Spekulationsverluste bei schnellem Rückkauf**

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 zurück erworben, ist eine Verlustrealisation regelmäßig nicht gegeben. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Verkauf und Rückkauf der Aktien durch einen Gesamtplan verbunden sind. Maßgebend ist, ob

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

Die FG Münster (14.03.2007, 10 K 3380/04, EFG 2007, 1024) und Baden-Württemberg (1.8.2007, 1 K 51/06, EFG 2008, 54) berücksichtigen die roten Zahlen hingegen auch bei schnellem Rückkauf, da es sich bei § 23 EStG um eine Spezialnorm handelt. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG unterwirft private Veräußerungsgeschäfte bei Wertpapieren der Einkommensteuer, wenn der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr beträgt. Nach der gesetzlichen Regelung ist für die Besteuerung allein maßgeblich, dass ein Wirtschaftsgut innerhalb eines bestimmten Zeitraumes angeschafft und veräußert worden ist.



Die anschließende Anschaffung der gleichen Art und Stückzahl der Wertpapiere kann den verwirklichten Steuertatbestand nicht rückwirkend beseitigen. Die realisierten Verluste werden durch spätere Anschaffungen nicht berührt, auch nicht wenn sie am gleichen Tag stattfinden. Da es für den Tatbestand des § 23 nicht auf die Motivation und Absichten ankommt, kann der durch das Veräußerungsgeschäft realisierte Verlust auch nicht durch einen von vornherein geplanten Wiederankauf der Wertpapiere seiner steuerlichen Existenz beraubt werden. Bereits der BFH (18.10.2006, IX R 28/05, BStBl II 2007, 259) hatte klargestellt, dass § 23 EStG Anlegern als Spezialnorm mit dem Ausschluss des vertikalen Verlustausgleichs die Möglichkeit einräumt,

- Verluste innerhalb der Jahresfrist steuermindernd geltend zu machen
- Gewinne durch entsprechende Disposition über den Zeitpunkt der Veräußerung steuerfrei vereinnahmen zu können.

**Hinweis:** Die Finanzverwaltung hat in beiden Fällen Revision unter IX R 55/07 und IX R 60/07 eingelegt, Fälle mit bislang nicht deklarierten Altverlusten können also offen gehalten werden.

### **3. Sonstige Einnahmen nach § 22 EStG**

Bis zum VZ 1998 waren Verluste insoweit nur mit gleichartigen Gewinnen im selben VZ ausgleichsfähig (§ 22 Nr. 3 Satz 3 EStG a.F.). Ab dem VZ 1999 können sie innerhalb des § 22 Nr. 3 EStG nach Maßgabe des § 10 d EStG vor- bzw. zurückgetragen werden (horizontaler Verlustabzug). Ein Verlustausgleich mit anderen Einkünften im selben VZ (vertikaler Verlustausgleich) bzw. ein Verlustvor-/rücktrag mit anderen Einkünften (vertikaler Verlustabzug) ist jedoch nicht möglich.

Das BVerfG hat mit Beschluss vom 30.9.1998 (2 BvR 1818/91) die Nichtigkeit des § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG a.F. insoweit festgestellt, als Verluste aus der Vermietung beweglicher Gegenstände weder mit Gewinnen anderer Jahre, noch mit anderen positiven Einkünften ausgeglichen werden können. Verluste aus der Vermietung beweglicher Gegenstände können daher bis einschließlich VZ 1998

- mit positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten im selben VZ ausgeglichen werden
- im Rahmen des Verlustvor-/rücktrags auch mit anderen Einkünften berücksichtigt werden.

Für VZ ab 1999 gelten die Vorschriften des § 22 Nr. 3 Sätze 3, 4 EStG. Dementsprechend sind ein Verlustausgleich mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten im selben VZ oder ein Verlustvor-/rücktrag mit anderen Einkünften nicht mehr möglich. Zulässig ist nur ein Verlustvor-/rücktrag innerhalb des § 22 Nr. 3 EStG.

Für sonstige Verluste aus § 22 Nr. 3 EStG (aus gelegentlichen Vermittlungen; Stillhaltergeschäfte an den Terminbörsen) ist die o.g. Rechtsprechung des BVerfG unabhängig vom VZ nicht anzuwenden. Es gelten daher die Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkungen des § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG a.F. (Verlustausgleich nur mit positiven Einkünften aus § 22 Nr. 3 EStG desselben VZ bzw. des § 22 Nr. 3 Sätze 3, 4 EStG n.F.).



#### 4. Die Regelung des § 10d EStG

##### Grundsätze

Rote Zahlen sind zunächst einmal im Wege des Verlustausgleichs im Jahr der Verlustentstehung zu berücksichtigen. Insoweit besteht kein Wahlrecht. Das gilt für alle Einkunftsarten, für die keine besondere gesetzliche Verlustverrechnungsbeschränkung besteht. Dabei sind Verluste seit 2004 grundsätzlich uneingeschränkt ausgleichsfähig, zuvor stand hier die Mindestbesteuerung des § 2 Abs. 3 EStG im Wege. Bei zusammenveranlagten Ehegatten ist es ohne Bedeutung, wer von beiden die positiven und wer die negativen Einkünfte erzielt hat. Dabei ist folgendes Berechnungsschema anzuwenden:

1. Ermittlung der positiven und der negativen Einkünfte, die einer besonderen Verlustverrechnungsbeschränkung (siehe Tz. 2) unterliegen, jeweils getrennt. Der Verlustausgleich erfolgt dann jeweils innerhalb der gleichen Einkunftsquelle.
2. Die hiernach verbleibenden negativen Einkünfte werden im Vorjahr bis zu 511.500 Euro (Ehegatten das Doppelte) vom Gesamtbetrag der Einkünfte angezogen, sofern dies vom Steuerpflichtigen per Antrag nicht begrenzt oder ausgeschlossen wird. Der Höchstbetrag von 511.500 Euro je Ehegatte kann von jedem Partner bei Zusammenveranlagung auch vom anderen Ehegatten ausgeschöpft werden kann. Wer von beiden die positiven oder die negativen Einkünfte erzielt hat, spielt dabei keine Rolle.
3. Ohne Verlustrücktrag wird der verbleibende Verlustabzug gesondert festgestellt. Eine Aufteilung nach Einkunftsarten ist nur erforderlich, soweit negative Einkünfte in den Verlustvortrag mit eingehen, die einer besonderen Verlustverrechnungsbeschränkung unterliegen.
4. Der vorgetragene Verlust wird im Folgejahr vorrangig vor Sonderausgaben, außergewöhnlichen Belastungen und sonstigen Abzugsbeträgen verrechnet. Das gelingt bis zu einem Höchstbetrag von 1 Mio. Euro (Ehegatten 2 Mio. Euro). Ein darüber hinausgehendes Minus wird mit 60 Prozent des nach Abzugs des Höchstbetrags verbliebenen Gesamtbetrags der Einkünfte verrechnet.

##### Beispiel zum Ansatz von Verlusten

Verlust aus 2007	2.000.000
Bisherige Einkünfte 2006	900.000
Rücktrag nach 2006 maximal	511.500
Steuererstattung auf der Basis von	388.500
Verbleibender Vortrag	1.488.500
Einkommen 2008	1.200.000
Uneingeschränkter Verlustvortrag aus 2007	– 1.000.000
Verbleibender Betrag	200.000
Davon maximal 60 %	120.000



Im Jahr 2008 zu versteuern	80.000
Verlustvortrag für Folgejahre	80.000

Der Verlustrücktrag als Sonderausgabe kann betragsmäßig begrenzt werden. Das lohnt, damit sich Sonderausgaben, außergewöhnliche Belastungen und sonstigen Abzugsbeträge und der Tariffreibetrag auswirken können. Der Antrag ist so lange zulässig, bis der aufgrund des Verlustrücktrags geänderte Steuerbescheid bestandskräftig ist. Diese Gestaltungsmöglichkeit ist nur beim Verlustrück- und nicht beim -vortrag gegeben. Der ist zwingend von Gesetzes wegen durchzuführen.

Bei einem Verlustrücktrag ist insoweit der für den vorangegangenen VZ bereits ergangene Steuerbescheid zu ändern, auch wenn er bereits unanfechtbar geworden ist. Werden Ehegatten getrennt veranlagt, kann ein Partner den Verlustabzug auch für negative Einkünfte des Jahres geltend machen, in denen die Ehegatten zusammen oder besonders veranlagt worden sind.

Soweit negative Einkünfte nicht ausgeglichen oder zurückgetragen werden können, sind sie in die Folgejahre vorzutragen. Eine zeitliche Grenze für den Verlustvortrag gibt es nicht. Durch den Verweis auf die beschränkt abzugsfähigen Verluste gilt die Deckelung 1 Mio. Euro/60 Prozent auch für diese besonderen Einkunftsarten. Beim Verlustvortrag ist es für zusammen veranlagte Ehegatten ohne Bedeutung, wer von beiden die positiven und wer die negativen Einkünfte erzielt hat.

Die Regelung des § 10d EStG ist nicht verfassungswidrig, weil sich bei einem Abzug der nicht ausgeglichenen Verluste vom Gesamtbetrag der Einkünfte der Grundfreibetrag nicht mehr steuerlich auswirken kann. Das verfassungsrechtliche Gebot, dass bei der Einkommensbesteuerung ein Betrag in Höhe des Existenzminimums steuerfrei bleiben muss und nur das darüber hinausgehende Einkommen der Besteuerung unterworfen werden darf, kann sich naturgemäß nur auf die jeweils jährlich festzusetzende Einkommensteuer beziehen. Die Rechtsprechung des BVerfG zur Steuerfreiheit des Existenzminimums beschränkt sich auf die Freiheit von Einkommensteuer im jeweiligen Kalenderjahr (BFH 6.3.2007, XI B 165/06).

Haben Ehegatten in einem Jahr, in dem sie zusammenveranlagt werden, negative Einkünfte erzielt, die in einem VZ abgezogen werden sollen, in dem keine Zusammenveranlagung erfolgt, sind die Verluste auf die Ehegatten nach dem Verhältnis aufzuteilen, in dem die auf den einzelnen Partner entfallenden Verluste im Jahr der Entstehung zueinander stehen. Der verbleibende Verlustvortrag ist vom Finanzamt in diesem Fall getrennt nach Ehegatten festzustellen. Treffen Verlustvor- und -rücktrag in einem Jahr zusammen, so hat der Verlustvortrag Vorrang.

**Hinweis:** Verlustfeststellungsbescheide können grundsätzlich nur innerhalb der auch für Einkommensteuerbescheide geltenden allgemeinen Verjährungsfrist ergehen, § 10d Abs. 4 S. 5 EStG. Diese Änderung über das Jahressteuergesetz 2007 ist eine Reaktion auf das BFH-Urteil vom 1.3.2006 (XI R 33/04) zu Verlusten im Rahmen einer unterlassenen Antragsveranlagung. Die Feststellungsfrist endet nicht, bevor die Festsetzungsfrist für den Veranlagungszeitraum abgelaufen ist, auf dessen Schluss der verbleibende Verlustvortrag gesondert festzustellen ist. § 181 Abs. 5 AO ist nur anzuwenden, wenn die zuständige Finanzbehörde die Feststellung des Verlustvortrags pflichtwidrig unterlassen hat.



## Vererbbarkeit von Verlustvorträgen

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. Der BFH will jedoch seine überholte Rechtsprechung aus Vertrauensschutzgründen weiterhin auf jene Erbfälle anwenden, die bis zum Ablauf des Tages der Veröffentlichung des Beschlusses am 12.3.2008 eingetreten sind. Die Verwaltung geht noch einen Schritt weiter und wendet die bisherige Rechtsprechung bis zum Ablauf des Tages der Veröffentlichung der Entscheidung im BStBl an (BMF 24.7.2008, IV C 4 - S 2225/07/0006, BStBl I 2009, 809). Der Beschluss des Großen Senats ist im BStBl vom 18.8.2008 abgedruckt, sodass ab dem 19.8.2008 eintretende Erbfälle betroffen sind.

Nach früherer Ansicht des BFH wurden Erblasser und Erbe bei der Gewinnermittlung wie eine Person behandelt. Nunmehr kommt es aufgrund der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit des Einzelnen dazu, dass der Verlustabzugs nach § 10d EStG nicht mehr vererbt werden kann. Ausnahmen gibt es nunmehr nur noch bei Sondersituationen wie die

- Übergabe von stillen Reserven nach § 6 Abs. 3 EStG
- Fünfjahresfrist des § 17 Abs. 1 EStG
- Spekulationsfrist des § 23 EStG

Der § 10d EStG hingegen kommt erst nach dem Gesamtbetrag der Einkünfte und nicht schon bei den einzelnen Einkunftsarten zum Abzug. Daher liegt insoweit keine gegenstandsbezogene Ermittlung der Einkünfte mehr vor. Unter diesem Gedankenansatz lassen sich in einigen Bereichen weiter Verluste vererben. Das gilt für Verluste

- aus gewerblicher Tierzucht oder gewerblicher Tierhaltung
- aus betrieblich veranlassten Termingeschäften
- aus stillen Gesellschaften
- eines Kommanditisten nach § 15a EStG (siehe BFH 10.3.1998, VIII R 76/96, BStBl II 1999, 269)
- aus Steuerstundungsmodellen gem. § 15b EStG (siehe BMF 17.7.2007, IV B 2 - S 2241-b/07/0001, BStBl I 2007, 542, Tz. 25)
- aus Auslandsaktivitäten nach § 2a EStG

**Hinweis:** Zu diesem Thema gibt es einen gesonderten Beitrag „Verlustvorträge sind nicht mehr vererbbar“.



## 5. Steuerstundungsmodell nach § 15b EStG

Nach dem Gesetz zur Beschränkung der Verlustverrechnung im Zusammenhang mit Steuerstundungsmodellen (22.12.2005, BGBl I 2005, S. 2683) sind Verluste nur noch mit späteren Gewinnen derselben Einkunftsquelle verrechenbar. Die Verlustverrechnungsbeschränkung gilt für Verluste aus Steuerstundungsmodellen,

- denen ein Steuerpflichtiger nach dem 10. 11. 2005 beitrifft oder
- für die nach dem 10. 11. 2005 mit dem Außenvertrieb begonnen wurde.

Durch das Jahressteuergesetz 2007 wurde dies auch auf die Einkünfte aus Kapitalvermögen ausgeweitet, indem über § 20 Abs. 2b EStG ein Bezug zu § 15b EStG hergestellt wird. Auch hier ist der 11.11.2005 maßgebend, allerdings werden die zugewiesenen negativen Einkünfte erst ab dem Veranlagungszeitraum 2006 eingeschränkt verrechnet.

Der § 15b EStG ersetzt den bisher unter dem Begriff „Fallenstellerparagraf“ bekannten § 2b EStG. Danach sind bei allen Steuersparfonds und sonstigen Modellen (fremdfinanzierte Rente, Immobilienerwerb vom Bauträger), die bezogen auf das Eigenkapital mehr als zehn Prozent Anfangsverluste bieten, diese nur noch mit später entstehenden positiven Einkünften aus derselben Einkunftsquelle verrechenbar. Sie dürfen auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden. Die Neuregelung zielt vorrangig auf geschlossene Fonds in der Rechtsform einer Personengesellschaft (meist GmbH & Co. KG) ab. Kapitalgesellschaften sind von der Regelung nicht betroffen. Neben Verlusten aus dem Gesamthands- sind auch (anders als bei § 15a EStG) die Verluste des Sonderbetriebsvermögens von der Verlustabzugsbeschränkung betroffen.

Beteiligt sich beispielsweise ein Anleger mit 25.000 Euro an einem Solarfonds und weist die Gesellschaft für das Erstjahr ein Verlust von 15.000 Euro aus, beträgt das Minus mehr als 50 Prozent seiner Einlage. Dann wird es konserviert und mindert spätere Gewinne aus dem Fonds. Fallen in den Folgejahren weitere Verluste an, werden auch die zunächst eingefroren und dem den bisherigen Minusbetrag zugeschlagen.

### Beispiel zum Effekt der Steuerstundung

Ein Anleger mit einer Steuerprogression von 40% beteiligt sich mit 100.000 Euro an einem Windkraftfonds. Der weist ihm in den ersten Jahren Verluste und anschließend Gewinne zu.

Beitritt erfolgt				
Jahr	Fondseinkünfte	Oktober	Dezember	
		Steuerauswirkung	§ 15b	Steuerauswirkung
2005	-70000	-28000	-70000	0
2006	-20000	-8000	-90000	0
2007	-8000	-3200	-98000	0
2008	4000	1600	-94000	0
2009	6000	2400	-88000	0
2010	15000	6000	-73000	0



2011	18000	7200	-55000	0
2012	22000	8800	-33000	0
2013	30000	12000	-3000	0
2014	5000	2000	2000	800
2015	10000	4000	10000	4000
Saldo	12000	4800		4800

**Ergebnis:** Über die Laufzeit gesehen ergeben sich die gleichen steuerlichen Auswirkungen. Durch § 15 b EStG entfällt aber der Vorzieheffekt der Steuerentlastung. Macht der Fonds in der Folgezeit nicht ausreichend Gewinne oder hat der Anleger in der Zeichnungsphase eine höhere Progression, wirkt § 15b EStG in jedem Fall negativ. Die Steuerentlastung wird also nicht gestrichen, sondern dem Fiskus nur so lange gestundet, bis entsprechende positive Erträge anfallen.

Nach §15b Abs. 2 EStG liegt ein Steuerstundungsmodell vor, wenn auf Grund einer modellhaften Gestaltung steuerliche Vorteile in Form negativer Einkünfte erzielt werden sollen. Dies ist der Fall, wenn dem Steuerpflichtigen auf Grund eines vorgefertigten Konzepts die Möglichkeit geboten werden soll, zumindest in der Anfangsphase der Investition Verluste mit übrigen Einkünften zu verrechnen. Dabei ist es ohne Belang, auf welchen Vorschriften die negativen Einkünfte beruhen.

Die Beteiligung am jeweiligen Steuerstundungsmodell stellt die Einkunftsquelle dar. Die Einkunftsquelle umfasst auch evtl. im Zusammenhang mit dem Steuerstundungsmodell vorhandenes Sonderbetriebsvermögen. Bei der Prüfung der Voraussetzungen sind die Verluste aus dem Sonderbetriebsvermögen - soweit dieses Bestandteil des Modells ist – mit einzubeziehen.

Eine modellhafte Gestaltung liegt vor, wenn ein Anbieter mit Hilfe eines vorgefertigten Konzepts, das auf die Erzielung steuerlicher Vorteile aufgrund negativer Einkünfte ausgerichtet ist, Anleger wirbt. Das kann mittels eines Anlegerprospekts oder in vergleichbarer Form geschehen. Charakteristisch, aber nicht zwingend notwendig ist eine Bündelung von Verträgen und/oder Leistungen durch den Anbieter (z. B. Vermittlung der Finanzierung der Anlage, Mietgarantien). Weiterhin spricht für die Annahme eines Steuerstundungsmodells, dass der Anleger vorrangig eine kapitalmäßige Beteiligung ohne Interesse an einem Einfluss auf die Geschäftsführung anstrebt.

## 6. Unternehmensteuerreform 2008

### Die Zinsschranke

Über die seit 2008 eingeführten §§ 4h EStG, 8a KStG wurde der Betriebsausgabenabzug für Zinsaufwendungen neu geregelt. Hiernach sind Zinsaufwendungen eines Betriebs in Höhe des Zinsertrags desselben Wirtschaftsjahres abziehbar, darüber hinaus nur bis zur Höhe von 30 Prozent des um die Zinsaufwendungen erhöhten und um die Zinserträge verminderten maßgeblichen Gewinns.

Zinsaufwendungen, die nicht abgezogen werden dürfen, sind in die folgenden Wirtschaftsjahre vorzutragen (Zinsvortrag). Sie erhöhen die Zinsaufwendungen dieser Wirtschaftsjahre, nicht aber den maßgeblichen Gewinn. Diese Regelung findet aber in folgenden Fällen keine Anwendung:



- Wenn der Betrag der Zinsaufwendungen weniger als eine Million Euro beträgt (Freigrenze)
- Wenn der Betrieb nicht zu einem Konzern gehört
- Wenn der Betrieb zu einem Konzern gehört und seine Eigenkapitalquote zumindest gleich hoch ist als die des Konzerns (Eigenkapitalvergleich). Ein Unterschreiten der Eigenkapitalquote des Konzerns bis zu 1 Prozent ist unschädlich.
- Bei nicht zu keinem Konzern gehörende Körperschaften, die nachweisen, dass Zinsaufwendungen im Rahmen einer Gesellschafterfremdfinanzierung nicht mehr als 10 Prozent der Zinsaufwendungen eines Wirtschaftsjahres ausmachen. Eine Gesellschafterfremdfinanzierung liegt vor, wenn sie von einem zu mehr als einem Viertel unmittelbar oder mittelbar beteiligten Anteilseigner oder einer diesem nahe stehenden Person erfolgt.
- Bei konzerngebundenen Körperschaften ist eine Gesellschafterfremdfinanzierung dann schädlich, wenn sie von einem Anteilseigner oder einer diesem nahe stehenden Person erfolgt und die Verbindlichkeiten, mit denen die Zinsaufwendungen in Zusammenhang stehen, in der voll konsolidierten Konzernbilanz ausgewiesen werden. Dabei ist eine Gesellschafterfremdfinanzierung zulässig, wenn die Zinsaufwendungen hieraus nicht mehr als 10 % der die Zinserträge übersteigenden Zinsaufwendungen eines Wirtschaftsjahres ausmachen.
- Es liegt keine schädliche Gesellschafterfremdfinanzierung bei einer Konzerngesellschaft vor.

Dabei soll ein nicht ausgeglichener Verlust – anders als bislang üblich – sogar in speziellen Fällen entfallen:

- Bei Aufgabe oder Übertragung des Betriebes geht ein nicht verbrauchter Zinsvortrag unter.
- Scheidet ein Mitunternehmer aus einer Gesellschaft aus, geht der Zinsvortrag anteilig mit der Quote unter, mit der er an der Gesellschaft beteiligt war.

Ausführlich hierzu der Anwendungserlass des BFH vom 4.7.2008 (IV C 7 - S 2742-a/07/10001).

### **Neuregelung des Mantelkaufs § 8 Abs. 4 KStG**

Nach der derzeit geltende Mantelkaufregelung des § 8 Abs. 4 KStG ist Voraussetzung für den Verlustabzug nach § 10d EStG bei einer Körperschaft die wirtschaftliche Identität zwischen der den Verlust erwirtschaftenden Körperschaft und der ihn verrechnenden oder vortragenden Körperschaft. Für den Verlust der wirtschaftlichen Identität sind ein Anteilseignerwechsel von mehr als 50 Prozent und die Zuführung von überwiegend neuem Betriebsvermögen erforderlich. Sanierungen sind unter bestimmten Voraussetzungen unschädlich.

§ 8 Abs. 4 KStG ab 2008 wird gestrichen und durch eine Verlustabzugsbeschränkung für Körperschaften in § 8c KStG ersetzt. Maßgebliches Entscheidungskriterium für die Verlustabzugsbeschränkung ist künftig der Anteilseignerwechsel. Dabei wirkt die Verlustbeschränkung des § 8c KStG zweistufig:

1. Sie sieht einen quotalen Untergang des Verlustabzugs bei mittelbarer oder unmittelbarer Anteils- oder Stimmrechtsübertragungen von mehr als 25 % bis zu 50 % innerhalb eines Zeitraums von 5 Jahren vor. Sobald innerhalb eines Fünf-Jahres-Zeitraums die Schwelle von 50 % überschritten wird, kommt es zu einem quotalen Verlustuntergang entsprechend der Höhe der schädlichen Anteilsübertragung.



2. Unabhängig davon kommt es im Falle der Übertragung von mehr als 50 % der Anteile oder Stimmrechte zum vollständigen Untergang des Verlustabzugs.

Neben dem festgestellten verbleibenden Verlustvortrag unterliegt auch der laufende Verlust im VZ bis zur schädlichen Anteilsübertragung der Abzugsbeschränkung.

Ausführlich hierzu der Anwendungserlass des BFH vom 4.7.2008 (IV C 7 - S 2745-a/08/10001).

## **7. Verluste unter der Abgeltungsteuer**

Die §§ 20 Abs. 6, 23 Abs. 3 Satz 9 und 10 sowie 43a Abs. 3 EStG beinhalten die Regelungen im Zusammenhang mit Verlusten aus Kapitalvermögen oder Spekulationsgeschäften im Rahmen der Veranlagung sowie beim Abzug an der Quelle über zwei Verlustverrechnungstopfe für Aktien und die übrigen negativen Erträge. Diese Verluste aus Kapitalvermögen gleichen nicht Einkünfte aus anderen Einkunftsarten aus und können auch nicht nach § 10d EStG abgezogen werden. Sie sind nur im Rahmen des § 20 EStG ausgleichbar, Zinsen z.B. durch das Minus am Terminmarkt. Die hiernach verbleibenden Verluste mindern dann die Einkünfte der folgenden VZ aus Kapitalvermögen. Hierbei gibt es folgende Grundregeln:

- Realisierte Verluste mit Wertpapieren und am Terminmarkt, gezahlte Stückzinsen sowie Zwischengewinne fließen mit Ausnahme von Aktienverlusten bei einer Bank ab 2009 in den neuen allgemeinen Verlustverrechnungstopf. Diese negativen Kapitaleinnahmen werden dann im Rahmen des Kapitalertragsteuerabzugs mit positiven Einnahmen (Zinsen, Dividenden, Kursgewinnen) verrechnet. Ein verbleibendes Minus wird innerhalb eines Kreditinstituts auf das Folgejahr vorgetragen. Ein Verlustrücktrag ist nicht vorgesehen.
- Aktienverluste dürfen gem. § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG nur mit Gewinnen verrechnet werden, die aus der Veräußerung von Aktien entstehen. Das Minus fließt bei einer Bank ab 2009 in den neuen separaten Aktienverlustverrechnungstopf und wird mit positiven Einnahmen (nur Aktiengewinnen) verrechnet. Ein verbleibender Verlust wird separat auf das Folgejahr vorgetragen. Diese Beschränkung gilt nicht für Zertifikate auf Aktien, Termingeschäfte mit oder Fondsanteile in Aktien. Für diese Wertpapiere gilt die allgemeine Regel zur Verlustverrechnung.
  - **Beispiel 1:** Zertifikatgewinn 1.000 Euro, Aktienverlust 1.200 Euro: Abgeltungsteuer auf 1.000 Euro, der Verlust wird vorgetragen.
  - **Beispiel 2:** Zertifikatverlust 1.000 Euro, Aktiengewinn 1.200 Euro: Abgeltungsteuer auf (1.200 Euro – 1.000 Euro) 200 Euro.
  - **Beispiel 3:** Zertifikatverlust 1.000 Euro, Aktiengewinn 200 Euro: Keine Abgeltungsteuer. Ein Verlust von (200 Euro – 1.000 Euro) 800 Euro wird vorgetragen.
- Der Anleger kann von seiner Bank bis zum 15.12. des jeweiligen Jahres verlangen, ihm den verbleibenden Verlust zu bescheinigen. Innerhalb einer Bank nicht ausgeglichene Verluste werden dazu aus dem Verlustverrechnungstopf herausgenommen, das Kreditinstitut beginnt wieder bei Null. Dann steht das Minus nicht mehr für die Folgejahre zur Verfügung, kann dafür aber in der Veranlagung geltend gemacht werden, beispielsweise um realisierte Gewinne bei anderen Depotbanken, einen Versicherungserlös oder Einnahmen aus Auslandskonten auszugleichen.



- Bei einem Depotübertrag muss die Bank dem neuen Institut die noch nicht verrechneten oder bescheinigten Verluste mitteilen. Insoweit gehen die bestehenden Verlustverrechnungstopfe (allgemein und für Aktien) über.
- Verbleibende positive Kapitaleinkünfte sind nach der Verrechnung gem. § 43a Abs. 3 EStG an der Quelle zunächst mit Altverlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 EStG zu verrechnen (§ 23 Abs. 3 Satz 9 und 10 EStG). Das erfolgt letztmalig im VZ 2013, allerdings ausschließlich über das Finanzamt.
- Entstehen einem Anleger bis Ende 2008 Verluste aus Stillhaltergeschäften nach § 22 Nr. 3 EStG, darf er die Verluste bis Ende 2013 mit kassierten Optionsprämien nach § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG verrechnen. Hierbei gilt die entsprechende Regelung wie für Spekulationsgeschäfte des § 23 EStG.
- Die positiven Kapitaleinkünfte nach § 20 Abs. 2 EStG (Veräußerungsgewinne), die nicht (Verkauf von nicht wesentlichen GmbH-Anteilen) der Abgeltungsteuer unterliegen oder bereits vorab erfasst wurden (Wertpapiergeschäfte), sind nach Ausgleich über den neuen Verrechnungstopf des § 43a Abs. 3 EStG bei der Kapitalertragsteuer in einer ersten Stufe mit Altverlusten zu verrechnen. Es ist nicht möglich, die Altverluste bereits im Verrechnungstopf zu berücksichtigen. Erst dann erfolgt der Ausgleich mit Verlusten aus dem gleichen VZ. Da die Altverluste lediglich bis einschließlich 2013 vorgetragen werden, sollen sie vorrangig zählen. Anschließend können diese Altverluste nur noch im sehr begrenzten Rahmen des § 23 EStG berücksichtigt werden (Immobilienverluste, sonstige private Vermögensgegenstände).
- Ein Verlustrücktrag ist nicht möglich, Anleger haben nur die Möglichkeit, die Verluste in den folgenden VZ abzuziehen. Die Einkommensteuer als Jahressteuer soll über die Totalperiode das Lebenseinkommen besteuern. Durch eine Einschränkung bzw. eine Begrenzung der Verlustverrechnung ist das nicht möglich. Es kann sogar der Fall eintreten, dass negative Kapitaleinkünfte mangels schwarzer Zahlen in der Zukunft nie mehr ausgeglichen werden können. Zudem besteht weder eine sachliche Rechtfertigung für das Fehlen eines Verlustrücktrags, noch für die eingeschränkte Verrechenbarkeit von Aktienverlusten.
- Verluste, die der Kapitalertragsteuer unterlegen haben, dürfen außerhalb des Verlustverrechnungstopfs nur dann verrechnet werden, wenn die Bankbescheinigung nach § 43a Abs. 3 EStG vorliegt. Dann wird der Verrechnungstopf geschlossen, so dass die Verluste beim Kreditinstitut keine Berücksichtigung mehr finden und in der Veranlagung geltend gemacht werden. Beantragt der Kunde keine Bescheinigung, werden die Verluste weiterhin im Verrechnungstopf mit zukünftig zufließenden Einkünften aus Kapitalvermögen verrechnet.
- Bei Gemeinschaftskonten von natürlichen Personen und vermögensverwaltenden Personengesellschaften ist eine Verlustverrechnung möglich, selbst wenn einer der Mitglieder von Gemeinschaft oder Gesellschaft verstirbt (BMF v. 14.12.2007 - IV B 8 - S 2000/07/0001).
- Bei Nießbrauchs- und Treuhandkonten kann die Verlustverrechnung nur depotbezogen vorgenommen werden. Eine Einbeziehung der persönlichen Konten des wirtschaftlich Berechtigten ist nicht zulässig.



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.