



AXER PARTNERSCHAFT

Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater

Köln · Berlin · Düsseldorf

Dürener Straße 295
50935 **Köln**

Schlüterstraße 41
10707 **Berlin**

Heinrichstraße 155
40239 **Düsseldorf**

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

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

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

Eine Einheit der axis-Beratungsgruppe

Aktuelle Gerichtsurteile zur Geldanlage

2. Spekulationsgeschäfte nach § 23 EStG

Stand: 15.06.2009

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung	3
Keine Gewerblichkeit auch bei häufigen Börsengeschäften.....	3
Wertlos verfallene Optionen zählen nicht.....	4
Stillhalter hat mit dem Barausgleich keine Werbungskosten.....	4
Rückkauf gleicher Wertpapiere ist kein Gestaltungsmissbrauch	5
Alte Börsenverluste zählen auch später noch.....	6
Beginn der Spekulationsfrist bei Aktienerwerb durch Verschmelzung.....	6
Werbungskosten bei Nichtausübung des Optionsrechts.....	7
Besteuerung der Spekulationsgewinne ist verfassungsgemäß	7
Verluste mit Gebrauchsgütern fallen unter § 23 EStG	8
Beschränkung des Verlustausgleichs bei § 23 EStG	8
Verluste in der privaten Vermögenssphäre.....	8
Erlass der verfassungswidrigen Spekulationsteuer.....	8
Realisierung bei Veräußerungsgeschäften	9
Zeitpunkt eines Aktienverkaufs	9
Kein Vertrauensschutz bei Änderung der Spekulationsfrist.....	9



Weitere FG-Entscheidungen zur Geldanlage in Kurzform..... 9



Aktuelle Gerichtsurteile zur Geldanlage

2. Spekulationsgeschäfte nach § 23 EStG

1. Einführung

Nachfolgend im Überblick die wichtigsten Urteile von BFH, EuGH, BVerfG und FG, die seit dem 1.1.2008 ergangen sind. Der zweite Teil beschäftigt sich mit den Spekulationsgeschäften i.S.d. § 23 EStG, der vorherige erste Teil behandelte Kapitaleinkünfte nach § 20 EStG und der dritte und letzte Teil listet Entscheidungen zu anderen Gebieten der Geldanlage wie Investmentfonds, Werbungskosten oder zur AO auf.

Keine Gewerblichkeit auch bei häufigen Börsengeschäften

Die Verkehrsauffassung sieht die Umschichtung von Wertpapieren – selbst in erheblichem Umfang - regelmäßig als noch zur privaten Vermögensverwaltung gehörend an (BFH 2.9.2008, X R 14/07, BFH/NV 2008, 2012). Denn bei Wertpapieren liegt es in der Natur der Sache, den Bestand zu verändern, schlechte Papiere abzustoßen, gute zu erwerben und Kursgewinne zu realisieren. Dies verdeutlicht auch die Vorschrift des § 23 EStG, wonach der bloße Umschlag von Wertpapieren als privates Geschäft zu betrachten ist. Gewerblichkeit kann daher nach ständiger Rechtsprechung nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden (BFH 30.7.2003, X R 7/99, BStBl II 2004, 408). Bezogen auf den An- und Verkauf von Wertpapieren kommt als Maßstab für die Abgrenzung zwischen Gewerblichkeit und Vermögensverwaltung die Tätigkeit des Händlers in Betracht.

Eine hohe Indizwirkung für das Vorliegen einer gewerblichen Wertpapierhandelstätigkeit ist ein Tätigwerden für fremde Rechnung (§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 KredWG). Umgekehrt deutet ein Tätigwerden ausschließlich für eigene Rechnung darauf hin, dass der Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschritten wird. Soweit Finanzunternehmen für eigene Rechnung tätig werden, zeichnet sich ihre Tätigkeit dadurch aus, dass sie den Handel mit institutionellen Partnern betreiben, also nicht lediglich über eine Depotbank am Marktgeschehen teilnehmen. Dagegen ist eine Abwicklung der Geschäfte über eine Depot führende Bank, ohne selbst Kontrahenten zu suchen, kennzeichnend für Transaktionen, die den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung nicht überschreiten.

Privatanleger, die ihre An- und Verkaufstätigkeit neben einer Hauptbeschäftigung und außerhalb der üblichen Arbeitszeiten in ihrer Freizeit ausüben bzw. sie durch ein Finanzunternehmen ausüben lassen, entsprechen hingegen nicht dem Bild des Finanzunternehmens. Auf die Zahl und den Umfang der einzelnen Transaktionen kommt es nicht entscheidend an. Die zunehmende Größe von Privatvermögen führt dazu, dass sich gleichermaßen die Anzahl der vermögensverwaltenden Rechtsakte erhöht. Für die steuerrechtliche Einordnung einer Tätigkeit als gewerblich oder als Vermögensverwaltung kommt es nicht auf die Vorstellungen des Steuerpflichtigen an, weil es sich hierbei um eine rechtliche Würdigung des tatsächlich realisierten Sachverhalts handelt. Unter diesem Aspekt ist es ohne Bedeutung, ob ein Anleger im Rahmen der Steuererklä-



rungen gewerbliche Einkünfte über die Anlage GSE sowie Bilanzen ausweist. Entscheidend ist, ob er als Kapitalanleger gehandelt hat, der bestrebt ist, sein Vermögen möglichst Ertrag bringend zu verwalten.

Wertlos verfallene Optionen zählen nicht

Lässt der Inhaber einer erworbenen Kaufoption diese verfallen, ist der Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäftes nicht erfüllt (BFH 9.10.2008, IX R 69/07, BFH/NV 2009, 152 und 19.12.2007, IX R 11/06, BStBl II 2008, 519). Nach § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG sind Termingeschäfte nur solche, durch die der Anleger einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt, sofern der Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil nicht mehr als ein Jahr beträgt. Als Termingeschäfte gelten u.a. auch Optionsgeschäfte. Entsprechend sind die Voraussetzungen der Vorschrift nur erfüllt, wenn der Optionsinhaber durch die Beendigung des Rechts auf Differenzausgleich auch tatsächlich einen Differenzausgleich erlangt, d.h. das Basisgeschäft durchführt. Daran fehlt es, wenn der Optionsinhaber von seinem Recht auf Differenzausgleich keinen Gebrauch macht und die erworbenen Kaufoptionen verfallen lässt.

Hinweis: Der neue § 20 Abs. 2 Nr. 3 EStG definiert Terminmarktgeschäfte unter der Abgeltungsteuer ab 2009 als Gewinne durch Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil. Insoweit zählt der wertlose Verfall nicht zu den negativen Kapitaleinnahmen. Andererseits ist jetzt auch die „Einlösung“ ein Tatbestand der Veräußerung. Wir stellen zur Zeit Überlegungen an, ob nicht der Verfall unter diesem Aspekt doch zu abziehbaren Verlusten führt.

Stillhalter hat mit dem Barausgleich keine Werbungskosten

Der vom Stillhalter einer Kaufoption auf den DAX an den Optionsberechtigten gezahlte Barausgleich (cash-settlement) ist nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 EStG abziehbar (BFH 13.2.2008, IX R 68/07, BStBl II 2008, 522). Dabei trennt der BFH zwischen Eröffnungs- und Basisgeschäft (bereits 24.6.2003, IX R 2/02, BStBl II 2003, 752, 18.12.2002, I R 17/02, BStBl II 2004, 126). Die Optionsprämien sind nach § 22 Nr. 3 EStG steuerbare Entgelte, die der Stillhalter als Entschädigung für seine Bindung und die Risiken, die er durch das Begeben des Optionsrechts eingeht, unabhängig vom Zustandekommen des Basisgeschäfts erhält. Verluste aus dem Basisgeschäft erwachsen folglich nicht bei den Einkünften aus den Stillhaltergeschäften. Das Basisgeschäft ist lediglich auf die Differenz zwischen verschiedenen Preisen (Verhältnis des Basis- zum Börsenpreis) eines Basiswerts zu bestimmten Stichtagen gerichtet und fällt seit 1999 als Differenzgeschäft unter § 23 Abs. 1 Nr. 4 EStG. Deshalb bilden das die Prämie auslösende Stillhaltergeschäft und das Basisgeschäft kein einheitliches Termingeschäft. Der Optionsgeber erhält die Prämie unabhängig davon, ob es je zu einem Basisgeschäft kommt oder wie das Optionsgeschäft sonst beendet wird.

Verluste aus dem Basisgeschäft erwachsen nicht bei den Einkünften aus den Stillhaltergeschäften. Sie sind keine bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 EStG abziehbaren Werbungskosten. Vielmehr liegt der Vermögensnachteil, den der Stillhalter aufgrund der Inanspruchnahme durch das



Basisgeschäft erleidet, auf der Vermögensebene. Das unterscheidet den Verlust aufgrund des Differenzausgleichs von den in einem Gegengeschäft gezahlten Prämien, die der BFH als Erwerbsaufwendungen bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 EStG beurteilt (v. 17.04.2007 - IX R 23/06, BStBl II, 606). Der Anleger zahlt die Prämien im Rahmen einer Glattstellung aber vor allem, um damit seine Einnahmen aus dem Stillhaltergeschäft zu sichern. Das auslösende Moment für die Ausgaben ist dem steuerbaren Bereich zuzuordnen, weil er das Risiko, das er als Stillhalter eingegangen ist und das darin liegt, Vermögenseinbußen durch ein Ausführungsgeschäft zu erleiden, durch ein Glattstellungsgeschäft vermindern will. Muss er das Basisgeschäft aber durchführen, verwirklicht sich das Risiko der Spekulation, das ebenso wie ein dadurch erzielter Vorteil nur im Rahmen des § 23 EStG erfasst wird.

Diese Rechtslage wird sich mit der Einführung der Abgeltungssteuer ab 2009 wiederum ändern. Optionsgeschäfte jeglicher Art führen dann zu Einkünften aus Kapitalvermögen. Verluste aus Basisgeschäften können deshalb künftig mit Einkünften aus Stillhaltergeschäften ausgeglichen werden.

Rückkauf gleicher Wertpapiere ist kein Gestaltungsmissbrauch

Wird die gleiche Anzahl von Aktien oder Fondsanteilen in engem zeitlichen Zusammenhang zur Veräußerung wieder zurückerworben, liegt kein Gesamtplan und damit auch kein Gestaltungsmissbrauch vor, sofern zwischen beiden Ereignissen zwei Tage liegen (FG Münster 14.3.2007, 10 K 3380/04 E, EFG 2007, 1024, Revision unter IX R 55/07). Bei börsennotierten Wertpapieren ändern sich die einen Kauf oder Verkauf beeinflussenden Faktoren täglich. Daher ist nicht ausgeschlossen, dass es innerhalb von zwei Tagen aufgrund neuer wirtschaftlicher Bewertung von Chancen und Risiken zu einem erneuten Kaufentschluss kommt. § 23 EStG räumt Anlegern die Möglichkeit ein, durch die Wahl des Veräußerungszeitpunkts über den Eintritt des Steuertatbestands im Gewinnfall zu entscheiden (BFH 18.10.2006, IX R 28/05, BStBl II 2007, 259). Im Umkehrschluss kann die Ausübung dieses Gestaltungsrechts auch dann nicht als Missbrauch angesehen werden, wenn Verluste vorzeitig realisiert werden.

§ 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 (FG Baden-Württemberg 1.8.2007, 1 K 51/06, EFG 2008, 54, Revision IX R 60/07). 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.



Alte Börsenverluste zählen auch später noch

Ein verbleibender Verlustvortrag für Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften ist auch dann erstmals gesondert festzustellen, wenn im Einkommensteuerbescheid für das Verlustentstehungsjahr Veräußerungsverluste in geringerer Höhe als tatsächlich erzielt ausgewiesen sind (BFH 11.11.2008, IX R 44/07). Nach §§ 10d Abs. 4, 23 Abs. 3 S. 9 EStG ist der am Schluss eines VZ verbleibende Verlustvortrag gesondert festzustellen. Dabei sind Feststellungsbescheide zu erlassen, aufzuheben oder zu ändern, soweit sich die zu berücksichtigenden Beträge ändern und deshalb der entsprechende Steuerbescheid zu erlassen, aufzuheben oder zu ändern ist. Ändern sich die zu berücksichtigenden Beträge aber nicht, ist die Vorschrift von vornherein unanwendbar (BFH 17.9.2008, IX R 70/06, BFH/NV 2009, 65).

§ 23 Abs. 3 S. 9 zweiter Halbsatz EStG ist nach § 52 Abs. 39 S. 7 EStG in den Fällen anzuwenden, in denen am 1.1.2007 die Feststellungsfrist noch nicht abgelaufen ist. Diese Anwendungsregel bestimmt nach seinem klaren Wortlaut nur den zeitlichen Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 EStG. Dabei ist es unerheblich, dass der Einkommensteuerbescheid für den VZ Veräußerungsverluste in geringerer Höhe ausweist. Der Einkommensteuerbescheid kann im Verfahren der gesonderten Feststellung nicht der Bezugspunkt für eine Änderung der nicht ausgleichbaren Veräußerungsverluste sein, da diese Beträge für die Festsetzung der Einkommensteuer irrelevant sind.

Veräußerungsverluste dürfen nach § 23 Abs. 3 S. 8 erster Halbsatz EStG nur bis zur Höhe des Gewinns aus privaten Veräußerungsgeschäften ausgeglichen werden. § 23 EStG schließt einen vertikalen Verlustausgleich zwischen Veräußerungsverlusten und positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten aus (BFH 18.10.2006, IX R 28/05, BStBl II 2007, 259). Nicht ausgleichbare Veräußerungsverluste gehen daher nicht in die Summe der Einkünfte nach § 2 Abs. 3 EStG ein und haben damit keinen Einfluss auf die Höhe der Einkommensteuer.

Beginn der Spekulationsfrist bei Aktienerwerb durch Verschmelzung

Werden Aktien der aufnehmenden AG im Wege der Verschmelzung erworben, so gelten sie mit der Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister der übernehmenden Körperschaft nach der Fiktion des § 13 Abs. 1 UmwStG zu den historischen Anschaffungskosten als angeschafft (FG München 8.3.2007, 1 V 4900/06, EFG 2007, 1168). Die Rückwirkung des § 2 UmwStG auf den steuerlichen Übertragungstichtag gilt nach dem ausdrücklichen Wortlaut nur für die Ermittlung des Einkommens und Vermögens der übertragenden und übernehmenden Körperschaft. Ein Rückbezug auf den Abschluss des schuldrechtlichen Verschmelzungsvertrags verbietet sich nach dem insoweit eindeutigen Gesetzeswortlaut.

Mit dem Erwerb neuer Anteile im Zuge der Verschmelzung beginnt für den Besitzer die nach § 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG maßgebliche Veräußerungsfrist von einem Jahr neu zu laufen. Es handelt sich um einen Anschaffungsvorgang durch den Tausch von Anteilen an der übertragenden Körperschaft gegen Anteile der übernehmenden Gesellschaft und damit um einen entgeltlichen Erwerb (BFH 19.8.2008, IX R 71/07, BStBl II 2009, 13). Denn der in § 23 EStG verwendete Begriff Anschaffung ist wie der Ausdruck Anschaffungskosten i.S. des § 6 EStG und des § 255 Abs. 1 HGB auszulegen (BFH 22.5.2003, IX R 9/00, BStBl II, 712). Eine Anschaffung liegt danach vor, wenn das Wirtschaftsgut entgeltlich erworben wird (BFH 20.4.2004, IX R 5/02, BStBl II, 987).



Nach § 13 Abs. 1 und 2 UmwStG gelten die Anteile an der übertragenden Körperschaft als zu den Anschaffungskosten veräußert und die an ihre Stelle tretenden Anteile als mit diesem Wert angeschafft. Damit veräußern Gesellschafter ihre Anteile und schaffen Anteile an der übertragenden Körperschaft als Gegenleistung an (BFH 7.11.2007, I R 41/05, BFH/NV 2008, 679). Die Vorschrift fingiert also nicht den Verschmelzungsvorgang als Anschaffung, sondern allein die Kosten dieser Anschaffung.

Werbungskosten bei Nichtausübung des Optionsrechts

Die verbilligte Überlassung von Aktien durch den Arbeitgeber stellt steuerpflichtigen Arbeitslohn in dem Zeitpunkt dar, in dem die Ansprüche aus den Optionsrechten erfüllt werden. Im Gegenzug sind die Optionskosten als vergebliche Werbungskosten abziehbar, wenn sie nicht ausgeübt werden. Maßgeblicher Zeitpunkt ist das Jahr, in dem die Optionsrechte wegen Nichtausübung der Option verfallen (BFH 3.5.2007, VI R 36/05, BStBl II 2007, 647). Die berufliche Veranlassung eines Darlehens wird nicht zwingend dadurch ausgeschlossen, dass der Darlehensvertrag mit dem alleinigen Gesellschafter-Geschäftsführer der Arbeitgeberin (GmbH) statt mit der insolvenzbedrohten GmbH geschlossen worden und die Darlehensvaluta an diesen geflossen ist. Maßgeblich sind der berufliche Veranlassungszusammenhang und der damit verbundene konkrete Verwendungszweck des Darlehens (BFH 7.2.2008, VI R 75/06, FR 2008, 777).

Besteuerung der Spekulationsgewinne ist verfassungsgemäß

- **Jahre vor 1997:** Die Besteuerung von privaten Spekulationsgewinnen war im Jahr 1996 noch verfassungsgemäß. Zwar hat das BVerfG die Besteuerung für 1997 und 1998 für verfassungswidrig erklärt und bestand 1996 ein vergleichbares Vollzugsdefizit wie in den beiden Folgejahren. 1996 war die mögliche Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Norm aber noch nicht so zweifelsfrei erkennbar, dass der Gesetzgeber handeln musste. Ihm war vielmehr eine Übergangsfrist bis 1996 zuzubilligen, innerhalb derer § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1b EStG weiter anzuwenden war (BFH 13.2.2008, IX R 61/07, BFH/NV 2008, 1485). Außerdem ist zu berücksichtigen, dass sich aufgrund der Situation an den Aktienmärkten im Jahr 1996 die Frage der Aufdeckung von privaten Spekulationsgewinnen noch nicht in vergleichbarem Maß wie für die beiden Folgejahre gestellt hat. Denn der Aktienboom im Privatkundengeschäft hat erst im Jahr 1996 eingesetzt. In 1997 entstandene Spekulationsverluste sind dabei im Rahmen eines Rücktrags nicht verrechenbar, weil der im Jahr 1997 erzielte Verlust nicht steuerbar ist und kein Vertrauensschutz in Betracht kommt. Hier sind allerdings Billigkeitsmaßnahmen in Gestalt des Verlustausgleichs zwischen 1997 und 1996 zur Beseitigung des unsystematischen Verstoßes gegen das Nettoprinzip ernstlich zu erwägen (FG Düsseldorf 16.3.2007, 18 K 12/05 E).
- **Jahre ab 1999:** Die vom BVerfG bemängelten Erhebungsdefizite bei der Besteuerung privater Veräußerungsgewinne bestehen ab dem VZ 1999 nicht mehr (BVerfG 10.1.2008, 2 BvR 294/06, DStR 2008, 197 und 7.5.2008, 2 BvR 2392/07, NJW 2008, 3205). 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 Finanz-



behörden 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 Erklärungsspflichten geschaffen haben und die das Entdeckungsrisiko für den Steuerpflichtigen bei der Abgabe mangelhafter Erklärungen erhöht haben:

Verluste mit Gebrauchsgütern fallen unter § 23 EStG

Wird der private Pkw binnen Jahresfrist verkauft, lässt sich das Verlust im Rahmen des § 23 EStG geltend machen. Nach Ansicht des BFH (22.4.2008, IX R 29/06, DStR 2008, 1191) sind hierunter alle körperlichen Gegenstände und somit auch ein Auto zu erfassen. Die Finanzverwaltung (OFD Hannover 12.3.2001, S 2256 - 57 - StO 223, DB 2001, 785) hatte hingegen argumentiert, private Gebrauchsgüter mit Verlustpotential könnten nicht mindernd berücksichtigt werden. Die Vorschrift umfasst aber alle Wirtschaftsgüter im Privatvermögen und nicht nur Wertpapiere. Somit fallen tägliche Gebrauchsgüter auch dann darunter, wenn sie objektiv kein Wertsteigerungspotential besitzen. Denn die Vorschrift schließt den täglichen Gebrauch aber nicht aus. Der Verlust mit Gebrauchsgütern wie Antiquitäten, Gemälde, Einrichtungsgegenständen oder einem Jahreswagen lässt sich mit Gewinnen aus Börsengeschäften und Immobilienverkäufen verrechnen. Sofern kein Ausgleich im gleichen oder vorangegangenen Jahr möglich ist, darf der Verlustvortrag bis 2013 Gewinne unter der Abgeltungsteuer nach § 20 Abs. 2 EStG mindern. Das gelingt aber nur bei einem Verkauf bis Ende 2008.

Beschränkung des Verlustausgleichs bei § 23 EStG

Die Frage, ob die Beschränkung des Verlustausgleichs bei privaten Veräußerungsgeschäften gem. § 23 Abs. 3 S. 8 EStG von Verfassungen wegen Bedenken begegnet, ist höchstrichterlich geklärt (BFH 23.10.2008, IX B 125/08, BFH/NV 2009, 25 und 18.10.2006, IX R 28/05, BStBl II 2007, 259). Es sind keine neuen Gesichtspunkte erkennbar, die eine erneute höchstrichterliche Prüfung und Entscheidung dieser Frage geboten erscheinen lassen.

Verluste in der privaten Vermögenssphäre

Bei der Einkünfteermittlung im Rahmen der Überschusseinkünfte bleiben Wertänderungen eines Wirtschaftsguts im Falle seiner Veräußerung (Veräußerungsgewinn bzw. -verlust) grundsätzlich außer Betracht. Verluste eines Wirtschaftsprüfers aus der Veräußerung von Aktien und Fondsanteilen stellen auch dann keine Werbungskosten dar, wenn die Verluste auf Verlangen des Arbeitgebers (Wirtschaftsprüfungsgesellschaft) zur Wahrung gesetzlicher Unabhängigkeitsregeln realisiert werden (BFH 20.8.2008, VI B 17/08, BFH/NV 2009, 13).

Erlass der verfassungswidrigen Spekulationsteuer

Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis können gem. § 227 AO ganz oder zum Teil erlassen werden, wenn deren Einziehung nach Lage des einzelnen Falles unbillig ist. Ein Billigkeitserlass ist indes nicht dazu bestimmt, die Folgen der Nichteinlegung eines Rechtsbehelfs auszugleichen. Offensichtlich und eindeutig unrichtige, jedoch bestandskräftige Steuerfestsetzungen sind ausnahmsweise im Billigkeitsverfahren sachlich zu überprüfen, wenn es dem Steuerpflichtigen



nicht möglich oder zumutbar war, sich gegen die Fehlerhaftigkeit rechtzeitig zu wehren (BFH 29.9.2008, IX B 93/08, BFH/NV 2009, 6).

Realisierung bei Veräußerungsgeschäften

Nach der BFH-Rechtsprechung wird der Gewinn aus privaten Veräußerungsgeschäften erst mit Zufluss des Veräußerungserlöses realisiert. In diesem Zeitpunkt sind auch die evtl. Werbungskosten zu berücksichtigen. Ist die Feststellung der Besteuerungsgrundlagen vor Abschluss des Verfahrens zur gerügten Verfassungswidrigkeit des § 23 EStG für vorläufig erklärt worden, so ist damit das Rechtsschutzbegehren des Steuerpflichtigen insoweit regelmäßig hinreichend gewahrt, so dass eine Aussetzung des Verfahrens (§ 74 FGO) nicht angebracht erscheint (BFH 27.8.2008, IX B 207/07, BFH/NV 2008, 2022).

Zeitpunkt eines Aktienverkaufs

Bestimmen die Parteien eines Aktienkaufvertrages den im Jahr des Vertragsabschlusses zunächst nur vorläufig festgelegten Kaufpreis aufgrund eines erst im folgenden Jahr zu erstellenden Wertgutachtens und machen sie die Besitzübertragung von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises abhängig, geht das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen noch nicht mit Abschluss des Kaufvertrags auf den Erwerber über (BFH 22.7.2008, IX R 74/06, BB 2008, 2444). Bei Anteilen an Kapitalgesellschaften wird der Erwerber wirtschaftlicher Eigentümer, wenn er aufgrund eines zivilrechtlichen Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat und die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind.

Kein Vertrauensschutz bei Änderung der Spekulationsfrist

Ein Steuerpflichtiger ist in seinem Vertrauen auf die geltende Spekulationsfrist nicht schutzwürdig, wenn diese zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung bezogen auf seinen Erwerb noch nicht abgelaufen war (BFH 18.4.2008, IX B 6/08, BFH/NV 2008, 1329). Denn das Vertrauen reduziert sich in derartigen Fällen auf die bloße Hoffnung, der Gesetzgeber werde die Regelung des § 23 EStG unverändert bis zu einer späteren Veräußerung beibehalten. Die Enttäuschung dieses Vertrauens ist hinzunehmen. Wer lediglich erwartet, eine für ihn günstige Steuerrechtslage werde - bei Fortgeltung des bisherigen Rechts - in Zukunft eintreten, verdient nicht den gleichen Vertrauensschutz wie derjenige, bei dem diese Rechtslage nach bisherigem Recht bereits eingetreten war (BFH 4.6.2003, VII B 138/01, BStBl II 2003, 790).

Weitere FG-Entscheidungen zur Geldanlage in Kurzform

- Beim Verlustvortrag findet die Verlustverrechnung nach der Ermittlung der Einkünfte und vor Abzug des Altersentlastungsbetrages statt (FG München 13.8.2008, 1 K 2045/06). Das Minus wird also sofort von Spekulationsgewinnen der Folgejahre und nicht erst nach dem Gesamtbetrag der Einkünfte abgezogen. Das hat zwei entscheidende Nachteile. Die Freigrenze von 600 € lässt sich nicht nutzen, da der Spekulationsverlust die Gewinne bis auf Null reduziert. Für Anleger über 64 mindert sich der Altersentlastungsbetrag, da der sich nach den Einkünften richtet, die durch das verrechnete Börsenminus geringer ausfallen.



- Bei der Veräußerung eines unbebauten Grundstücks an einen geschlossenen Immobilienfonds liegt der Erwerb eines Grundstücks in seinem zukünftigen bebauten Zustand vor, wenn der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beherrschend am Erwerber beteiligte Veräußerer bereits vor Abschluss des Kaufvertrags ein Bauungskonzept erstellt, die erforderlichen Baugenehmigungen eingeholt und ein Konzept zur Förderung und Finanzierung erstellt hat, auf dieser Grundlage als Geschäftsbesorger des Erwerbers den Emissionsprospekt des Fonds herausgegeben hat und ihm als Geschäftsbesorger und Generalübernehmer die Bauausführung zuzurechnen ist (FG Berlin-Brandenburg 23.4.2008, 11 K 1182/04 B). Das gilt auch dann, wenn zwar der Kaufvertrag über das unbebaute Grundstück keine dahingehende Regelung enthält, aber bei objektiver Betrachtungsweise dem Käufer aufgrund einer im Wesentlichen bis zur Baureife gediehenen Vorplanung ein bestimmtes Gebäude auf einem bestimmten Grundstück zu einem im Wesentlichen feststehenden Preis angeboten wird, und dieser das Angebot als einheitliches annimmt.
- Die Feststellung des Vollzugsdefizits im Rahmen der Besteuerung von Spekulationsgewinnen durch das BVerfG stellt eine neue Tatsache dar, die eine Berichtigung vor Veröffentlichung der Entscheidung erlassener Einkommensteuerbescheide gemäß § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO zulässt (FG Köln 12.6.2008, 10 K 1820/05, Revision unter IX R 45/08). Bei der Feststellung eines solchen Erhebungsdefizits in der Ausführung von Gesetzen handelt es sich nicht um eine rechtliche Schlussfolgerung. Dies ergibt sich bereits daraus, dass ein solches Defizit kein in einer Rechtsnorm enthaltener Begriff ist und schon deshalb nicht auf einer unmittelbaren Gesetzesauslegung beruhen kann. Es handelt sich um eine besondere Schlussfolgerung spezifischer Art, die letztlich auf tatsächlichem Gebiet liegt und daher eine Tatsache darstellt. Entsprechend wird selbst für komplexe unmittelbare Gesetzesbegriffe, die eine Zusammenfassung von Tatsachen enthalten und auf einer bestimmten rechtlichen Wertung derselben beruhen, eine Tatsache im Sinne des § 173 AO 1977 angenommen.
- Die Besteuerung von Stillhalterprämien im Rahmen von Optionsgeschäften gem. § 22 Nr. 3 EStG im VZ 1997 verstößt nicht gegen die Verfassung, insbesondere besteht kein dem Gesetzgeber zurechenbares Vollzugsdefizit (FG Hamburg 31.7.2008, 5 K 40/07). Die Übertragung dieser Grundsätze auf die Besteuerung der Optionsgeschäfte ist nicht ohne weiteres möglich und im Ergebnis abzulehnen. Denn die Fragen möglicher struktureller Erhebungsdefizite bei den Einkünften aus Stillhaltergeschäften ist - anders als bei den Wertpapierspekulationsgeschäften - weder im Schrifttum noch in der Rechtsprechung aufgeworfen worden waren und deshalb dem Gesetzgeber nicht zuzurechnen.
- Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften sind stets vorrangig den Einkünften aus anderen Einkunftsarten zuzurechnen, soweit sie zu diesen gehören. Das gilt auch im Verhältnis zu § 17 EStG (FG Nürnberg 25.6.2008, V 176/2005).
- Die Feststellung des Erhebungs-/Vollzugsdefizits im Rahmen der Besteuerung von Spekulationsgewinnen gemäß § 23 EStG durch das BVerfG stellt eine neue Tatsache dar, die eine Berichtigung vor Veröffentlichung der Entscheidung erlassener Einkommensteuerbescheide gem. § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO zulässt (FG Köln 12.6.2008, 10 K 1820/05, Revision unter IX R 45/08). Als nachträglich bekannt gewordene neue Tatsache gilt da-



bei nicht die Entscheidung des BVerfG, sondern die hiermit erstmals festgestellten Erhebungs- und Vollzugsdefizite. Diese war bei der vorherigen Steuerfestsetzung zwar bereits vorhanden, aber noch nicht bekannt.

- Die Nichtigerklärung der Vorschrift des § 23 EStG für die VZ 1997 und 1998 durch das BVerfG rechtfertigt nicht in Fällen bestandskräftiger Verwaltungsakte die Annahme einer sachlichen Unbilligkeit i.S. des § 227 AO. Die bestandskräftige Festsetzung der Einkommensteuer ist einer Billigkeitsregelung nicht mehr zugänglich (FG Hamburg 30.5.2008, 3 K 124/06, EFG 2008, 1516, NZB unter IX B 129/08).
- Bei einer Erbauseinandersetzung durch Realteilung ist ein entgeltlicher Vorgang nur insoweit gegeben, als der Erbe gegen eine Ausgleichzahlung mehr erhält, als seiner Gesamthandsbeteiligung am Nachlass entspricht. Bei einem teilweise entgeltlichen Erwerb führt nur die Veräußerung des entgeltlich erworbenen Teils zu Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften. Der Veräußerungspreis ist in voller Höhe dem entgeltlich erworbenen Teil zuzuordnen (FG Baden-Württemberg 26.3.2008, 2 K 173/05).
- Verluste der Einlage in Teilschuldverschreibungen auf den Nennwert ohne Endfälligkeitsdatum aufgrund von Insolvenz und Umschuldung betreffen die Vermögensebene. Deshalb sind sie nicht bei den Einkünften aus Kapitalvermögen abziehbar. Diese Verluste können nicht durch entsprechende Anwendung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. geltend gemacht werden, da sich diese Vorschriften auf die Ermittlung von Erträgen, nicht aber auf Vermögensdifferenzen hinsichtlich des Einlagevermögens beziehen (FG Köln 4.11.2008, 9 K 2206/07, Revision unter VIII R 37/08).
- Verkaufen sich Anleger aufgrund des Kursverlustes der Aktien ihre gleich hohen Anteile untereinander, sodass sich anschließend am Bestand nichts geändert hat, liegt Gestaltungsmissbrauch vor. Einem solchen Geschäft fehlen nachvollziehbare wirtschaftliche Gründe und es kommt den Gesellschaftern lediglich darauf an, Steuerverluste zu realisieren. Zwar macht das Motiv des Steuersparens eine Gestaltung noch nicht unangemessen. Hierzu kommt es erst, wenn Anleger einen ungewöhnlichen Weg wählen, weil das Ziel ansonsten nicht erreicht werden kann. Bei einem Verkauf mit gleichzeitig vereinbartem Rückerwerb sollen nur die Steuergesetze ohne sonstige erkennbare Motive umgegangen werden (FG Rheinland-Pfalz 5.2.2009, 4 K 1394/05).
- Die Besteuerung von Stillhalterprämien im Rahmen von Optionsgeschäften gem. § 22 Nr. 3 EStG im VZ 1997 und 1998 verstößt nicht gegen die Verfassung, insbesondere besteht kein dem Gesetzgeber zurechenbares Vollzugsdefizit (FG Hamburg 31.7.2008, 5 K 40/07, 6.11.2008, 5 K 137/07).



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.