

# FR

## Finanz-Rundschau

# Ertragsteuerrecht

EST · KSt · GewSt · UmwSt · ErbSt

Herausgegeben

in Verbindung mit dem Fachinstitut der Steuerberater

20. April 2014

Seiten 349–396

96. Jahrgang · 8/2014

*Prof. Dr. Johanna Hey, Universität zu Köln\**

## Verfassungswidrige Übergangsvorschrift zur Verrechnung von Altverlusten aus Aktiengeschäften nach dem 31.12.2013

(§§ 23 Abs. 3 Sätze 9 u. 10; 52a Abs. 11 Satz 11 EStG)

*Jetzt hilft nur noch die Verfassung! Wer Altverluste aus Aktien, die bis zum 31.12.2008 entstanden sind, nicht bis zum 31.12.2013 geltend gemacht hat, kann diese nach Maßgabe von §§ 23 Abs. 3 Sätze 9 u. 10; 52a Abs. 11 Satz 11 EStG zukünftig nicht mehr mit Ge-*

*winnen aus Aktiengeschäften verrechnen. Das Abschneiden der Altverluste verletzt das Vertrauensschutzprinzip, ist willkürlich und mit dem objektiven Nettoprinzip unvereinbar. Die Chancen, es in Karlsruhe zu Fall zu bringen sind, sind nicht schlecht.*

### I. § 52a EStG: Komplexer Übergang zur Abgeltungssteuer

Systemwechsel ziehen komplexe Übergangsregelungen nach sich. Im Fall der durch Unternehmensteuerreformgesetz 2008 vom 14.8.2007<sup>1</sup> eingeführten Abgeltungssteuer war dies dem Gesetzgeber sogar einen eigenen Paragraphen wert. Statt die einzelnen Übergangsvorschriften wie üblich in die Endlosvorschrift des § 52 EStG einzuflicken, fasste er alle Anwendungsfragen im neuen § 52a EStG zusammen. Dies lässt auf ein Übergangsregime aus einem Guss schließen. Dabei waren die unterschiedlichsten Übergangsprobleme zu bewältigen: Neben der erstmaligen Anwendung, für die der Gesetzgeber in § 52a Abs. 1 EStG über ein Jahr Vorlauf vorsah, galt es vor allem, Vertrauensschutz zu gewähren für unter dem früheren Regime der weitgehenden Steuerfreiheit privater Veräußerungsgeschäfte entstandene stille Reserven.<sup>2</sup> § 52a Abs. 10 EStG nimmt vor dem 31.12.2008 erworbene Anteile ganz aus der Abgeltungssteuer aus. Auch für die Einrichtung der erforderlichen Verfahren hat der Gesetzgeber großzügig bemessene Fristen einge-

räumt.<sup>3</sup> Insgesamt ist erkennbar, dass der Gesetzgeber um einen schonenden Übergang bemüht war.

### II. Der Einkunftsartenwechsel der Veräußerungsgeschäfte und seine Auswirkungen auf § 23 EStG-Altverluste

Regelungsbedarf eigener Art entstand durch den Einkunftsartenwechsel der privaten Veräußerungsgeschäfte. Mit dem Übergang zur Abgeltungssteuer sind die ehemals durch §§ 22 Nr. 2; 23 Abs. 1 Nr. 2 EStG als sonstige Einkünfte erfassten Einkünfte aus privaten Aktiengeschäften in § 20 EStG überführt worden, wo sie nunmehr gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen ohne zeitliche Begrenzung besteuert werden, soweit die Beteiligung nach dem 31.12.2008 angeschafft wurde. Mit der Überführung in eine andere Einkunftsart ging die Frage einher, wie unter der Geltung von § 23 EStG a.F. entstandene und festgestellte Veräußerungsverluste,<sup>4</sup> die nach altem Recht zwar nur mit anderen Einkünften aus § 23 EStG verrechnet, dafür aber unbegrenzt vortragen werden konnten, in Zukunft behandelt wür-

\* Prof. Dr. Johanna Hey ist Direktorin des Instituts für Steuerrecht der Universität zu Köln.

1 BGBl. I 2007, 1912.

2 Bestätigt durch die Entscheidungen des BVerfG zur Verlängerung der Veräußerungsfristen für Immobiliengeschäfte (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, BVerfGE 127, 1) und der Absenkung der Beteiligungsgrenze in § 17 EStG (BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61). Dabei war der Gesetzgeber großzügiger als vom Verfassungsgericht gefordert, indem die Übergangsvorschrift auf den Anschaffungszeitpunkt abstellt und damit auch nach Inkrafttreten der fristungebundenen Steuererstickung entstehende stille Reserven von der Anwendung der neuen Regelung ausnimmt.

angsvorschrift auf den Anschaffungszeitpunkt abstellt und damit auch nach Inkrafttreten der fristungebundenen Steuererstickung entstehende stille Reserven von der Anwendung der neuen Regelung ausnimmt.

3 Vgl. z.B. § 52a Abs. 18 EStG: Übergangsfrist für die Integration der Kirchensteuer bis 31.12.2014.

4 Zur Definition der Altverluste s. Harenberg in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 240. Lfg. Febr. 2010, § 20 EStG Anm. 614.

## Verfassungswidrige Übergangsvorschrift für Altverluste aus Aktiengeschäften nach dem 31.12.2013

den. Der Gesetzgeber hat – zunächst folgerichtig – in § 23 Abs. 3 Satz 9, 10 EStG angeordnet, dass eine Verrechnung zukünftig auch mit Einkünften aus Kapitalvermögen i.S.d. § 20 Abs. 2 EStG möglich ist, hat diese Verrechnungsmöglichkeit aber in § 52a Abs. 11 Satz 11 EStG auf Veranlagungszeiträume bis einschließlich 2013 beschränkt. Zwar gehen die Altverluste danach nicht unter, sie können nach 2013 aber nur noch mit anderen sonstigen Einkünften nach § 23 EStG, d.h. Veräußerungsgewinnen aus Immobilien und Gewinnen aus der Veräußerung sonstiger Wirtschaftsgüter (Kunstgegenstände, Antiquitäten, physisches Gold), verrechnet werden. Dies kommt ihrem Verfall gleich. Denn es ist unwahrscheinlich, dass im Rahmen des verbliebenen § 23 EStG jemals hinreichend Verlustverrechnungssubstrat zur Verfügung stehen wird, um die Altverluste aus Aktiengeschäften auch nach 2013 noch nutzbar machen zu können. Aktiengewinne und (alte) Aktienverluste werden dauerhaft auseinandergerissen. Wer nicht rechtzeitig in ausreichendem Umfang Aktiengewinne realisieren oder andere Gestaltungsmaßnahmen ergreifen konnte, bleibt im Zweifel auf den Altverlusten sitzen.

### III. Beurteilung der drastisch eingeschränkten Verrechenbarkeit von Altverlusten

#### 1. Bedenken auf verschiedenen Ebenen

Mit Verlusten im Zusammenhang mit sonstigen Einkünften steht der Gesetzgeber auf dem Kriegsfuß. Nachdem das BVerfG 1998 den völligen Ausschluss der Verlustverrechnung bei den Einkünften nach § 22 Nr. 3 EStG für gleichheitssatzwidrig erklärt hatte,<sup>5</sup> hat sich der Gesetzgeber – auch im Rahmen der sonstigen Einkünfte nach §§ 22 Nr. 2; 23 EStG – zu einer Lösung entschieden, nach der Verluste überperiodisch durch Verlustrücktrag und zeitlich unbegrenzten Verlustvortrag genutzt werden können, allerdings nur durch Verrechnung mit gleichartigen Einkünften, das heißt Gewinnen aus privaten Veräußerungsgeschäften. Obwohl zum Teil bezweifelt wurde, ob der Gesetzgeber damit den Vorgaben des BVerfG gerecht geworden ist,<sup>6</sup> ließ sich die Beschränkung im Fall der vor 2009 nur innerhalb Jahresfrist erfassten stillen Reserven mit der grundsätzlichen Steuerfreiheit privater Veräußerungsgewinne rechtfertigen.<sup>7</sup> Ob dies aufgrund der Besonderheit von Aktiengeschäften, die durch die Austauschbarkeit von Aktien in besonderem Maße

eine Steuerung von Gewinn- und Verlustrealisierung erlauben, auch noch gilt, nachdem die Frist gefallen ist, gibt Anlass zu Kontroverse<sup>8</sup> und wird mit Gewissheit die Gerichte beschäftigen, denn der Gesetzgeber hat an der Verlustverrechnungsbeschränkung festgehalten. Auch zukünftig können Aktienverluste nur mit Aktiengewinnen, nicht aber – was systemgerecht wäre – mit sonstigen abgeltungsbesteuerten Einkünften verrechnet werden (vgl. § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG).

Um diese Gemengelage geht es aber vorliegend gar nicht. Denn im Übergang zur Abgeltungsteuer ist nicht mehr nur der vertikale Verlustausgleich betroffen, sondern es kommt – zumindest faktisch – zu einem Abschneiden des Verlustvortrags für Altverluste. Hieraus ergeben sich drei Fragen:

1. Verletzt die Übergangsvorschrift schutzwürdiges Vertrauen von Anlegern, die in der Vergangenheit Verluste erlitten haben?
2. Ist die Übergangsvorschrift im Hinblick auf die frühere Regelung privater Veräußerungsgeschäfte in § 23 EStG und/oder im Hinblick auf die Neuregelung in § 20 EStG folgerichtig und damit mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar?
3. Ist eine singuläre zeitliche Begrenzung des Verlustvortrags nur für private Aktiengeschäfte mit dem objektiven Nettoprinzip vereinbar?

#### 2. Verfassungswidrige unechte Rückwirkung

Der mit Unternehmensteuerreformgesetz 2008 v. 14.8.2007<sup>9</sup> durch § 52a Abs. 11 Satz 11 EStG bewirkte faktische Verfall der Verlustvorträge, die nicht bis einschließlich Veranlagungszeitraum 2013 mit positiven Einkünften aus Aktiengeschäften verrechnet wurden, wirkt sich zwar erst in zukünftigen Veranlagungszeiträumen aus. Hieraus lässt sich indes nicht folgern, das Gesetz entfalte keine Rückwirkung. Vielmehr wird in einen mit der Verlustrealisation in der Vergangenheit ins Werk gesetzten, laufenden Sachverhalt eingegriffen, so dass eine unechte Rückwirkung vorliegt.<sup>10</sup> Ob daneben ein eigenständiger eigentumsrechtlicher Schutz des Verlustvortrags besteht,<sup>11</sup> muss nicht geklärt werden. Denn es handelt sich jedenfalls um eine auf geltendes Recht gegründete, gefestigte Rechtsposition<sup>12</sup> im Sinne der Beschlüsse des BVerfG vom 7.7.2010,<sup>13</sup> mit denen Karlsruhe eine Vertrauensschutzwende eingeläutet und die bisherige Schutzlücke gegenüber unechten Rückwirkungen überwun-

5 BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 = FR 1998, 1028 m. Anm. Luttermann.

6 Dies betrifft allerdings vor allem die Regelung im Rahmen von § 22 Nr. 3 EStG s. Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, Diss., 2010, S. 343 f., 368.

7 BFH v. 18.10.2006 – IX R 28/05, BStBl. II 2007, 259 = FR 2007, 393; v. 7.11.2006 – IX R 45/04, BFH/NV 2007, 1473; v. 6.3.2007 – IX R 31/04, BFH/NV 2007, 1478; v. 23.10.2008 – IX B 125/08, BFH/NV 2009, 25. So auch Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, Diss., 2010, S. 43 f.; 344 f.

8 Verfassungsrechtlich zweifelhaft s. Englisch, StuW 2007, 221 (237 f.); Schönfeld in Schaumburg/Rödger, Unternehmensteuerreform 2008, 2007, S. 640; Harenberg in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 240. Lfg. (Febr. 2010), § 20 EStG Anm. 620; Jochum, DStZ 2010, 309 (313); Jachmann, DStJG 34 (2011), 251 (264); a.A. v. Beckerath in

Kirchhof, EStG, 12. Aufl. 2012, § 20 Rz. 177.

9 BGBl. I 2007, 1912.

10 Ständige Rspr., vgl. BVerfG v. 22.3.1983 – 2 BvR 475/78, BVerfGE 63, 343 (356); v. 14.5.1986 – 2 BvL 2/83, BVerfGE 72, 200 (242); v. 3.12.1997 – 2 BvR 882/97, BVerfGE 97, 67 (79) = FR 1998, 377 m. Anm. Stapperfend; v. 5.2.2002 – 2 BvR 305/93, 2 BvR 348/93, BVerfGE 105, 17 (37 f.).

11 Grds. bejahend Hey, Steuerplanungssicherheit als Rechtsproblem, Köln 2002, S. 490; Haarmann, Stbg. 2001, 145 (151); a.A. BFH v. 11.2.1998 – I R 81/97, BStBl. II 1998, 485 = FR 1998, 845; Kube, DStR 2011, 1829 (1833); E. Röder, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, Diss. 2010, 306 ff.

12 Ebenso Kube, DStR 2011, 1829 (1833).

13 BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, BVerfGE 127, 1; v. 7.7.2010 – 2 BvL 1/03, 2 BvL 57/06, 2 BvL 58/06, BVerfGE 127, 31 = FR 2011, 40; v. 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05, BVerfGE 127, 61.

## Verfassungswidrige Übergangsvorschrift für Altverluste aus Aktiengeschäften nach dem 31.12.2013

den hat. Zwar hält das Gericht an seiner Standardformel fest, der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz gehe nicht so weit, den Staatsbürger vor jeder Enttäuschung zu bewahren.<sup>14</sup> Die allgemeine Erwartung, das geltende Recht werde zukünftig unverändert fortbestehen, genieße keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz, soweit keine „besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten“.<sup>15</sup> Seit 2010 misst das Gericht jedoch den Vertrauensschutzinteressen des Einzelnen in der Interessenabwägung gegenüber den staatlichen Änderungsinteressen größeres Gewicht bei. Bestätigt durch die BVerfG-Entscheidung vom 10.10.2012,<sup>16</sup> haben die Karlsruher Richter beider Senate die Anforderungen an die Rechtfertigung unechter Rückwirkungen deutlich verschärft. Die unechte Rückwirkung ist nur noch dann zulässig, „wenn sie zur Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt“. Anders als in der Vergangenheit muss der Gesetzgeber, soweit in der Vergangenheit begründete Rechtspositionen eingegriffen wird, nicht nur die Änderung als solche rechtfertigen, sondern es bedarf einer *besonderen Rechtfertigung* für die Änderung *unter Einbeziehung* der in der Vergangenheit entstandenen Rechtsposition. Diese Rechtfertigungsanforderungen gelten nicht nur für Rückwirkungen innerhalb des laufenden Veranlagungszeitraums, sondern auch für Gesetzesänderungen, die sich erst in späteren Veranlagungszeiträumen auswirken.<sup>17</sup>

Wer vor Inkrafttreten der Abgeltungsteuer Verluste durch private Aktiengeschäfte erlitten hat, durfte davon ausgehen, dass diese im Wege des Verlustvortrags zeitlich unbegrenzt mit steuerpflichtigen Aktiengewinnen ausgeglichen werden konnten. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass das Ende der Verrechenbarkeit der Altverluste mit Aktiengewinnen zum Ende des Veranlagungszeitraums 2013 spätestens seit Verkündung des Unternehmensteuerreformgesetzes 2008 vom 14.8.2007 vorhersehbar war und dass Altverluste zwischen 2009 und 2013 vorrangig verrechnet wurden (§ 20 Abs. 6 Satz 1 EStG), so dass der Steuerpflichtige genügend Zeit hatte, Aktiengewinne zu realisieren, um die Verluste ausgleichen zu können. Zum einen setzt dies voraus, dass der Steuerpflichtige über hinreichendes Gewinnpotential verfügt, zum anderen wird er aus rein steuerlichen Gründen zu Vermögensverfügungen gezwungen, die er andernfalls nicht getätigt hätte. Für den hierdurch begründeten mittelbaren Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG ist eine Rechtfertigung nicht

ersichtlich. Auch die zur Wahrung der Altverluste diskutierten Gestaltungsmodelle,<sup>18</sup> etwa die Ausgabe von Optionsscheinen,<sup>19</sup> können nicht entgegengehalten werden. Zwar mögen sie nicht unter § 42 AO fallen,<sup>20</sup> indes muss sich der Steuerpflichtige nicht darauf verweisen lassen, er hätte der Rechtsverletzung ausweichen können. In seiner Entscheidung vom 15.1.2008 zu § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG<sup>21</sup> hatte das BVerfG den Ausweichmöglichkeiten des Steuerpflichtigen zwar – wenig überzeugend<sup>22</sup> – noch zentrale Bedeutung beigemessen. Im sog. EK 45-Beschluss vom 17.11.2009 zum Übergang vom Körperschaftsteueranrechnungsverfahren zum Halbeinkünfteverfahren hat der Erste Senat die verfassungsrechtliche Relevanz der Reaktionsmöglichkeiten des Steuerpflichtigen jedoch zu Recht deutlich restriktiver gesehen. Eine belastungsmindernde Berücksichtigung von Gestaltungsmöglichkeiten komme nur dann in Betracht, „wenn das in Frage kommende Verhalten zweifelsfrei legal ist, keinen unzumutbaren Aufwand für den Steuerpflichtigen bedeutet und ihn auch sonst keinem nennenswerten finanziellen oder rechtlichen Risiko aussetzt“.<sup>23</sup> Für das „Schütt-aus-Leg-ein-Verfahren“ und das „Leg-ein-Hol-zurück-Verfahren“ zur Mobilisierung von Körperschaftsteuerguthaben wurde dies verneint. Anhand dieses Maßstabes kann den im Schrifttum zum Erhalt der Altverluste aus Aktiengeschäften diskutierten Gestaltungsmöglichkeiten keine belastungsmindernde Wirkung beigemessen werden. Zweifel bestehen bezüglich aller drei vom BVerfG aufgestellten Kriterien, auch weil es sich um Privatanleger handelt, die sich sehr viel weniger als die von der Umstellung des Körperschaftsteuersystems betroffenen Kapitalgesellschaften auf komplexe Gestaltungen verweisen lassen müssen, und das Problem des faktischen Verfalls von Altverlusten nach 2013 unabhängig vom Depotvolumen besteht, d.h. auch Kleinanleger trifft.

Damit bedurfte es einer besonderen Rechtfertigung für das Abschneiden der Altverluste. Hinreichend gewichtige Rechtfertigungsgründe sind jedoch nicht ersichtlich. Die einzige Begründung, die der Gesetzgeber gibt, ist der Einkunftsartenwechsel von § 23 zu § 20 EStG. Die Entscheidung, Kapitaleinkünfte formal zusammenzuführen, taugt aber nicht zur Rechtfertigung für die zeitliche Befristung der Verlustverrechnung, sondern erklärt nur, warum es einer Regelung für die Altverluste bedurfte. Letztlich streiten auf Seiten des Gesetzgebers allein fiskalische Interessen. Die bloße Absicht, staatliche Mehreinkünfte zu erzielen, ist aber für sich genommen noch kein den Vertrauensschutz betroffener Steuerpflichtiger überwindendes Gemeinwohlinteresse.<sup>24</sup> Zur Verfolgung von Vereinfachungsinteressen war das Abschneiden der Altver-

14 BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, BVerfGE 127, 1 (17).

15 Vgl. BVerfG v. 8.3.1983 – 2 BvL 27/81, BVerfGE 63, 312 (331) = FR 1983, 283; v. 10.4.1984 – 2 BvL 19/82, BVerfGE 67, 1 (15); v. 10.12.1985 – 2 BvL 18/83, BVerfGE 71, 255 (272); v. 30.9.1987 – 2 BvR 933/82, BVerfGE 76, 256 (349 f.).

16 BVerfG v. 10.10.2012 – 1 BvL 06/07, BVerfGE 132, 302.

17 BVerfG v. 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224. = FR 2010, 1141.

18 *Strauch*, DStR 2010, 254; *Zengerle/Janssen*, NWB 2013, 2923; *Jäck/Modler*, DStZ 2011, 106; *Delp*, StBW 2012, 411 (416); *Königer/Ziegler*, DStR 2012, 2582.

19 *Königer/Ziegler*, DStR 2012, 2582 (2583 ff.).

20 BFH v. 25.8.2009 – IX R 60/07, BStBl. II 2009, 999 = FR 2010, 183; hierzu im Zusammenhang mit den Altverlusten *Plewka*, NJW 2010, 488 (491); *Messner*, AktStR 2010, 81.

21 BVerfG v. 15.1.2008 – 1 BvL 2/04, BVerfGE 120, 1 (51 ff.) = FR 2008, 818 m. Anm. *Keß*.

22 Ablehnend *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 21. Aufl. 2013, § 3 Rz. 127.

23 BVerfG v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1 (33) = FR 2010, 472.

24 BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, BVerfGE 127, 1 (26).

### Verfassungswidrige Übergangsvorschrift für Altverluste aus Aktiengeschäften nach dem 31.12.2013

luste weder geeignet noch erforderlich (hierzu ausführlicher III.3).

#### 3. Gleichheitssatzwidrigkeit der Übergangsregelung

Neben der klassischen Rückwirkungsargumentation lässt sich die Verfassungswidrigkeit des Abschneidens der Altverluste auch auf Art. 3 Abs. 1 GG stützen,<sup>25</sup> da der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Übergangs zur Abgeltungsteuer die Anforderungen des Folgerichtigkeitsgebots verletzt hat.

Die zeitliche Befristung der Verrechnung von Altverlusten mit Aktiengewinnen entbehrt – außer der haushaltswirksamen Vernichtung von Verlustverrechnungspotential – jeglicher Logik, und zwar sowohl nach den bisher für die Verrechnung von Aktienverlusten geltenden Regeln als auch nach neuem Recht. Sowohl nach neuem als auch nach altem Recht war und ist die Verrechnung von Verlusten aus Aktiengeschäften zwar auf Aktiengewinne (bzw. bisherige private Veräußerungsgeschäfte) beschränkt. Diese Begrenzung des horizontalen bzw. vertikalen Verlustausgleichs wurde jedoch abgemildert durch einen zeitlich unbegrenzten Verlustvortrag, wie dies auch bei allen anderen Fällen horizontaler oder vertikaler Verlustausgleichsbeschränkungen der Fall ist (z.B. §§ 15 Abs. 4 Satz 2; 15a Abs. 2 Satz 1; 22 Nr. 3 Satz 4 EStG). Ein unbegrenzter Verlustvortrag ist im Falle einer Verlustausgleichsbeschränkung das verfassungsrechtliche Minimum.<sup>26</sup> Hieran ändert auch der mit der Abgeltungsteuer einhergehende partielle Eintritt in eine Schemulenbesteuerung nichts. Im Gegenteil, im Hinblick auf die der Schemulenbesteuerung immanente vertikale Verlustausgleichsbeschränkung ist der unbehinderte Verlustvortrag innerhalb der jeweiligen Schedule unerlässlich.

Auch war die Erstreckung der Verrechnung der § 23er Altverluste auf Gewinne nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG keine Vergünstigung, die sich beliebig zeitlich begrenzen ließe, sondern nur logische Folge der Verschiebung der Aktiengeschäfte von § 23 EStG nach § 20 EStG. Diese begründet für sich aber – entgegen der Gesetzesbegründung<sup>27</sup> – keine Rechtfertigung einer zeitlichen Begrenzung.

Zwar räumt das BVerfG dem Gesetzgeber gerade im Zusammenhang mit der Umstrukturierung komplexer Regelungssysteme einen besonders weiten Gestaltungsspielraum bei der Ausgestaltung der Übergangsvorschriften ein.<sup>28</sup> Im EK 45-Beschluss<sup>29</sup> hat das BVerfG jedoch Grenzen aufgestellt. So legitimiert der grundsätzlich anzuerkennende Zweck eines einfachen und zügigen Systemwechsels nicht jede Benachtei-

ligung.<sup>30</sup> Dabei ging es im Zusammenhang mit der Überleitung des EK 45 um die sehr viel komplexere parallele Fortführung zweier Systeme.

Vorliegend ist schon nicht ersichtlich, welches Vereinfachungsinteresse der Gesetzgeber mit der Begrenzung der Verrechnung der bereits festgestellten<sup>31</sup> Altverluste mit Aktiengewinnen verfolgt.<sup>32</sup> Ein speziell durch den Systemwechsel bedingter Aufwand entsteht nicht. Zudem hat sich der Gesetzgeber ja gerade – und zwar ungeachtet der hiermit einhergehenden Komplexität – dafür entschieden, Verluste aus Aktiengeschäften auch zukünftig separat festzustellen und nur mit Gewinnen aus Aktiengeschäften zu verrechnen (§ 20 Abs. 6 Satz 5 EStG). Angesichts der Vielzahl von Fällen, in denen es auch bei ausschließlich nach neuem Recht verwirklichten Sachverhalten zur Veranlagung kommt, lässt sich auch nicht entgegenhalten, den Kreditinstituten seien die Altverluste nicht bekannt, so dass sie nicht innerhalb des sog. Verlustverrechnungstopfes, sondern erst im Rahmen der Veranlagung berücksichtigt werden können.<sup>33</sup>

Auch ein nennenswerter Vereinfachungseffekt ist nicht erkennbar. Schließlich gehen die Altverluste nicht vollständig unter, vielmehr werden die Verlustvorträge auf unbegrenzte Zeit mitgeschleppt, da sie – auch wenn es dazu in der Praxis kaum kommen wird – jedenfalls theoretisch weiterhin mit positiven Einkünften aus den in § 23 EStG verbliebenen Veräußerungsgeschäften (Immobilien und sonstige Wirtschaftsgüter) verrechnet werden können. Überdies wäre die zeitlich unbegrenzte Überführung der § 23er Altverluste in den Verlustverrechnungstopf des § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG weniger kompliziert gewesen als deren zeitliche Begrenzung. Erst die zeitliche Begrenzung zog die Notwendigkeit einer Verlustverrechnungsreihenfolge nach sich, um vor einem innerperiodischen Verlustausgleich, zunächst den Abzug von Altverlusten zu ermöglichen.<sup>34</sup>

Der Hinweis auf den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum, der die Einschränkung des objektiven Nettoprinzips zur Ermöglichung einer zügigen Abwicklung der Reform rechtfertigen soll,<sup>35</sup> greift im Übrigen schon deshalb zu kurz, weil es dem Gesetzgeber erkennbar nicht um einen schnellen Übergang ging, sondern er in § 52a Abs. 10 EStG ein theoretisch ewig währendes Nebeneinander von steuerfrei und steuerpflichtig zu veräußernden Anteilen hingenommen hat. Diese Großzügigkeit auf der einen Seite – verfassungsrechtlich war der Gesetzgeber nur gezwungen, Aktiengewinne aus in der Vergangenheit entstandenen stillen Reserven vom neuen Regime auszunehmen<sup>36</sup> –

25 Grundlegend BVerfG v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1 = FR 2010, 472.

26 BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 (97 ff.) = FR 1998, 1028 m. Anm. Luttermann.

27 BT-Drucks. 16/4841, 73.

28 BVerfG v. 8.2.1977 – 1 BvR 79/70, 1 BvR 278/70, 1 BvR 282/70, BVerfGE 43, 242 (288 f.); v. 1.7.1981 – 1 BvR 874/77, 1 BvR 322/78, 1 BvR 324/78, 1 BvR 472/78, 1 BvR 543/78, 1 BvR 694/78, 1 BvR 752/78, 1 BvR 753/78, 1 BvR 754/78, 1 BvL 33/80, 1 BvL 10/81, 1 BvL 11/81, BVerfGE 58, 81 (121); v. 28.4.1999 – 1 BvL 32/95, 1 BvR 2105/95, BVerfGE 100, 1 (39 ff.); v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1 = FR 2010, 472 (18).

29 BVerfG v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1 = FR 2010, 472.

30 BVerfG v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1 (22 ff.) = FR 2010, 472.

31 Dabei gibt es keine durch den Übergang bedingten technischen Schwierigkeiten s. Pelka, DStJG 34 (2011), 286.

32 Zweifelnd auch Jachmann, DStJG 34 (2011), 289.

33 BT-Drucks. 16/4841, 58.

34 Hierzu Lappas, Stbg 2009, 446 (449 ff.).

35 So aber Musil in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 247. Lfg. (August 2011), § 23 EStG Anm. 13; a.A. Oho/Hagen/Lenz, DB 2007, 1322 (1324).

36 S. Fn. 2.

## Verfassungswidrige Übergangsvorschrift für Altverluste aus Aktiengeschäften nach dem 31.12.2013

kann nicht mit verfassungswidriger Kleinlichkeit auf der Seite der Aktienverluste gegenfinanziert werden.<sup>37</sup> Die Grundentscheidung,<sup>38</sup> Altanteile von der Abgeltungsteuer auszunehmen, war nicht teilbar, sondern hätte auch für die Verlustverrechnung umgesetzt werden müssen, zumal es gar nicht darum ging, Altverluste zu privilegieren, sondern einfach nur formal nach § 20 EStG zu überführen. Auf diese Weise hätte sich der status quo-Erhalt für Verluste unproblematisch realisieren lassen. Der Gesetzgeber hat das Gegenteil getan. Er hat Altverluste doppelt diskriminiert, indem er sie sowohl gemessen am bisherigen als auch am neuen Rechtszustand benachteiligt.

### 4. Verletzung des objektiven Nettoprinzips

Die Bühne der großen Streitfragen des objektiven Nettoprinzips muss angesichts der nicht zu rechtfertigenden Verletzung des Vertrauens der Betroffenen und der gleichheitssatzwidrigen Ausgestaltung des Übergangsregimes eigentlich nicht betreten werden. Doch auch insoweit ist das Urteil – weitgehend ungeachtet der unterschiedlichen Positionen zum objektiven Nettoprinzip<sup>39</sup> – eindeutig: Die Übergangsvorschrift zu den Altverlusten verletzt das objektive Nettoprinzip. Dies gilt ungeachtet der Sonderfragen des Übergangsrechts, durch die sich – wie gezeigt – der Handlungsspielraum nicht erweitert. Der Gesetzgeber hätte eine derartige Regelung auch für Neuverluste nicht einführen dürfen.

Über die Frage, ob der Gesetzgeber den Verlustvortrag zeitlich begrenzen darf, worauf § 52a Abs. 11 Satz 11 EStG hinausläuft, und ob er eine etwaige Beschränkung auch auf Bestandsverluste erstrecken dürfte, wird heftig gestritten.<sup>40</sup> Der gelegentlich angeführte Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, der dazu berechtigen soll, Abschnittsprinzip und Lebens-einkommensprinzip durch Befristung des Verlustvortrags zu einem Ausgleich zu bringen,<sup>41</sup> überzeugt schon deshalb nicht, weil beide Prinzipien auf unterschiedlichen Ebenen<sup>42</sup> gelagert sind und es einer be-

sonderen Rechtfertigung bedürfte, um dem technischen Abschnittsprinzip den Vorrang einzuräumen. Im Übrigen dürfte, selbst wenn man eine solche Abwägung ohne weitere Rechtfertigung für zulässig erachtet, ein lediglich fünfjähriger Verlustvortragszeitraum unverhältnismäßig kurz bemessen sein,<sup>43</sup> zumal Aktienverluste gleichzeitig einer engen vertikalen Ausgleichsbeschränkung unterliegen.<sup>44</sup>

Allerdings kommt es auf diese Grundsatzfragen hier gar nicht an, weil es nicht um eine generelle Beschränkung des Verlustvortrags nach § 10d Abs. 2 EStG geht, sondern singular nur eine einzelne Untereinkunftsart getroffen wird. Dass es für die Rechtfertigung einkunftsartenspezifischer Verlustverrechnungsbeschränkungen besonderer sachlicher Gründe bedarf, ist mit der BVerfG-Entscheidung zu § 22 Nr. 3 EStG höchst-richterlich bereits entschieden.<sup>45</sup> Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass der Gesetzgeber auch in anderen Fällen spezielle Verlustverrechnungsbeschränkungen vorsieht. Denn die Übergangsvorschrift kombiniert die – gerechtfertigte – vertikale Verlustausgleichsbeschränkung mit einer – nicht zu rechtfertigenden – Befristung des Verlustvortrags.

### IV. Fazit

Wer es versäumt hat, Altverluste bis Ende 2013 mit Gewinnen aus Aktiengeschäften zu verrechnen, steht nicht vollständig aussichtslos dar. Die Übergangsregelung des § 52a Abs. 11 Satz 11 EStG ist verfassungswidrig. Zwar lässt der eindeutige Wortlaut der Vorschrift keine Korrektur im Wege verfassungskonformer Auslegung zu, so dass es einer Entscheidung des BVerfG bedarf. Angesichts der gravierenden verfassungsrechtlichen Bedenken<sup>46</sup> ist indes zu hoffen, dass die Frage bereits im finanzgerichtlichen Verfahren gem. Art. 100 GG dem BVerfG vorgelegt wird. Um hiervon im frühestmöglichen Zeitpunkt profitieren zu können, sollte man ab 2014 Veranlagung gem. § 32d Abs. 4 EStG beantragen und die ablehnenden Bescheide offen halten.

37 Gegenfinanzierungsargument geht über allgemeinen Finanzbedarf nicht hinaus s. BVerfG v. 7.7.2010 – 2 BvL 14/02, BVerfGE 127, 1 (25).

38 Zur Bedeutung derartiger Grundentscheidungen für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Ausgestaltung von Übergangsregimen s. BVerfG v. 17.11.2009 – 1 BvR 2192/05, BVerfGE 125, 1 (20) = FR 2010, 472.

39 Zu der Grundfrage, ob das objektive Nettoprinzip unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet werden kann, oder der Gesetzgeber in der Ausgangsfrage frei, dann aber durch Art. 3 Abs. 1 GG zu folgerichtiger Umsetzung der einfach-gesetzlichen Grundentscheidung für das objektive Nettoprinzip angehalten ist, s. insb. die Beiträge des Steuerwissenschaftlichen Symposiums im BFH Beihemer zu DStR 2009, Heft 34 von *Englisch* und *Schneider*.

40 Bejahend insb. *Kube*, DStR 2011, 1781; *Kube*, DStR 2011, 1829; dagegen z.B. *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010), 58 ff.; *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, Diss., 2010, S. 259.

41 Siehe *Schick*, Der Verlustrücktrag, 1976, 16; und vor allem *Kirchhof*, z.B. StuW 1985, 319 (329); ausführlich – und im Ergebnis ablehnend – hierzu *Röder*, Das System der Verlustverrechnung im deutschen Steuerrecht, Diss., 2010,

S. 230 ff.

42 A.A. *Kirchhof* in Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 2 Rz. A 135 ff.; *Hallerbach* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 250. Lfg. (Jan. 2012), § 10d EStG Anm. 10.

43 A.A. allerdings für die frühere allgemeine Begrenzung auf 5 Jahre Kammerbeschluss BVerfG v. 22.7.1991 – 1 BvR 313/88, NJW 1992, 169; ebenso *Kube*, DStR 2011, 1781 (1887); fünf bis sieben Jahre als angemessener Zeitraum; dagegen krit. *Dorenkamp*, Systemgerechte Neuordnung der Verlustverrechnung, IFSt-Schrift Nr. 461 (2010), 58 f.

44 Kritisch im Hinblick auf das Zusammentreffen unterschiedlicher Verlustverrechnungsbeschränkungen s. BFH v. 26.8.2010 – I B 49/10, BStBl. II 2011, 826 (828 f.) = FR 2011, 75 m. Anm. *Buciek*.

45 BVerfG v. 30.9.1998 – 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88 (95) = FR 1998, 1028 m. Anm. *Luttermann*.

46 Aus dem Schrifttum s. *Pelka*, DStJG 34 (2011), 286 f.; *Jachmann*, DStJG 34 (2011), 289; und zu Verlusten im Zusammenhang mit Stillhaltergeschäften *Killat-Risthaus* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 251. Lfg. (April 2012), § 22 EStG Anm. 398; *Lüsch* in Littmann/Bitz/Pust, EStG, 101. Lfg. (Sept. 2013), § 22 Rz. 386; a.A. *Musil* in Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, 247. Lfg. (August 2011), § 23 EStG Anm. 13.