

# Urteil vom 17. November 2015, VIII R 55/12

## Verrechnung von Altverlusten aus Termingeschäften mit Neuerträgen gemäß § 3 Abs. 4 InvStG

BFH VIII. Senat

GG Art 3 Abs 1, KAGG § 39 Abs 1 S 1, KAGG § 39 Abs 1 S 2, InvStG § 3 Abs 4, InvStG § 18 Abs 1, EStG § 23 Abs 3, AO § 163, AO § 227, EStG VZ 2005

vorgehend Hessisches Finanzgericht , 13. November 2012, Az: 4 K 1902/08

## Leitsätze

1. Die in § 39 Abs. 1 KAGG enthaltene Verweisung auf private Veräußerungsgeschäfte (§ 23 EStG) führte nicht zur Anwendung der Regelung über die Verlustverrechnungsbeschränkungen auf Ebene des Investmentfonds (Anschluss an BFH-Urteil vom 18. September 2012 VIII R 45/09, BFHE 239, 226, BStBl II 2013, 479) .
2. Das Merkmal des "Gewinns" in § 39 Abs. 1 Satz 1 KAGG i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG erfasste auch einen zum Ende des Geschäftsjahres auf Ebene des Investmentfonds verbleibenden Totalverlust aus Termingeschäften. Ein solcher Totalverlust zum Ende des Geschäftsjahres aufgrund von Termingeschäftsverlusten war als negativer ausschüttungsgleicher Ertrag dem Anteilsscheininhaber zuzuweisen .
3. Die Regelungen in § 18 Abs. 1 und § 3 Abs. 4 InvStG sehen keine Überleitung von Verlusten aus Termingeschäften, die unter Geltung des KAGG erzielt und vorgetragen wurden, mit Neuerträgen, die unter Geltung des InvStG erzielt wurden, auf Ebene des InvStG vor. Sie sind jedenfalls deshalb mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar, weil nach dem BMF-Schreiben vom 4. Dezember 2007 (BStBl I 2008, 375) die Verrechnung solcher Altverluste mit Neuerträgen aus Termingeschäften im Billigkeitswege von der Finanzverwaltung gewährt wird .

## Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Finanzgerichts vom 14. November 2012 4 K 1902/08 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Kläger zu tragen.

## Tatbestand

I.

- 1 Die Beteiligten streiten darüber, ob Verluste aus Termingeschäften, die im zeitlichen Anwendungsbereich des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) entstanden sind, gemäß § 3 Abs. 4 des Investmentsteuergesetzes (ursprünglich eingeführt durch das Investmentmodernisierungsgesetz vom 15. Dezember 2003, BGBl I 2003, 2676, geändert durch das Richtlinien-Umsetzungsgesetz vom 9. Dezember 2004, BGBl I 2004, 3310 --InvStG--) mit Zinsen, inländischen Mieterträgen und sonstigen Erträgen verrechnet werden können, die im zeitlichen Anwendungsbereich des InvStG erzielt worden sind.
- 2 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist ein inländisches Spezial-Sondervermögen i.S. des § 15 InvStG, das durch die ...-Gesellschaft mbH als Kapitalanlagegesellschaft gemäß § 1 Abs. 2 Satz 2 InvStG vertreten wurde. Einzige Anteilsscheininhaberin im Streitzeitraum war eine Lebensversicherungsgesellschaft in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft.
- 3 Der Kläger hatte ein abweichendes Geschäftsjahr vom 1. Dezember bis zum 30. November des folgenden Kalenderjahres. Er führte am Ende des Geschäftsjahres 2004/2005 zum 30. November 2005 einen "steuerlichen Merkposten" in Höhe von 1.324.527,60 €. Dieser Betrag beruhte auf Verlusten aus Termingeschäften gemäß § 23

Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 des Einkommensteuergesetzes in der für die Jahre 2000 bis 2004 geltenden Fassung (EStG), die demnach im zeitlichen Anwendungsbereich des KAGG erzielt worden waren.

- 4 Im Geschäftsjahr vom 1. Dezember 2004 bis 30. November 2005 erwirtschaftete der Kläger Zinserträge in Höhe von 4.291.943,18 € und gab in der Erklärung zur gesonderten Feststellung der Besteuerungsgrundlagen gemäß § 13 Abs. 2 InvStG vom 31. März 2006 für das Geschäftsjahr 2004/2005 ausgeschüttete und ausschüttungsgleiche Erträge in Höhe von 4.292.000 € an.
- 5 Am 27. Dezember 2006 beantragte der Kläger gemäß § 15 Abs. 1 InvStG i.V.m. § 164 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) die Verrechnung der Altverluste aus Termingeschäften in Höhe des Merkpostens mit Zinsen, Mieterträgen und sonstigen Erträgen.
- 6 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt --FA--) lehnte dies mit Bescheid vom 26. Mai 2008 unter Hinweis auf das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) vom 4. Dezember 2007 (BStBl I 2008, 375) ab. Die im zeitlichen Anwendungsbereich des § 3 Abs. 4 InvStG entstandenen Neuerträge seien den im zeitlichen Anwendungsbereich des KAGG erlittenen Verlusten aus Termingeschäften nicht gleichartig.
- 7 Dagegen hat der Kläger Sprungklage erhoben, die dem FA am 7. Juli 2008 zugestellt worden ist und der das FA mit Schreiben vom 31. Juli 2008 zugestimmt hat.
- 8 Das Finanzgericht (FG) hat die Klage mit Urteil vom 14. November 2012 4 K 1902/08 abgewiesen.
- 9 Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Die Auslegung des § 3 Abs. 4 InvStG verletze materielles Bundesrecht.
- 10 Er müsse sich nicht nachträglich darauf verweisen lassen, dass nach dem Urteil des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 18. September 2012 VIII R 45/09 (BFHE 239, 226, BStBl II 2013, 479) im zeitlichen Geltungsbereich des KAGG eine unterjährige Verrechnungsmöglichkeit der Verluste aus Termingeschäften mit sämtlichen anderen positiven Erträgen bestanden habe. Die frühere Handhabung, die Verlustverrechnungsbeschränkung gemäß § 23 Abs. 3 Satz 8 und 9 EStG zu beachten und solche Verluste auf Ebene des Fonds im Wege eines Merkpostens vorzutragen, habe sich an der Vorgabe der Oberfinanzdirektion (OFD) Kiel vom 29. April 1999 (Finanz-Rundschau --FR-- 1999, 1015 ff.) orientiert.
- 11 Die im BMF-Schreiben in BStBl I 2008, 375 enthaltene Aussage, Verluste aus Alt-Termingeschäften könnten ab Geltung des § 3 Abs. 4 InvStG nur mit Erträgen aus Neu-Termingeschäften verrechnet werden, sei nicht zutreffend. Diese Erträge seien nicht gleichartig, weil Erträge aus Neu-Termingeschäften unter dem InvStG nicht mehr zu den ausschüttungsgleichen Erträgen gehörten und für die Prüfung der Gleichartigkeit auf den jeweiligen Entstehungszeitpunkt nach altem und neuem Recht abzustellen sei. Diese eingeschränkte Verrechnung von Altverlusten aus Termingeschäften im Rahmen einer Billigkeitslösung verletze das objektive Nettoprinzip in verfassungswidriger Weise.
- 12 Der Kläger beantragt, das angefochtene Urteil der Vorinstanz und den Ablehnungsbescheid vom 26. Mai 2008 aufzuheben sowie das FA zu verpflichten, die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen gemäß § 15 Abs. 1 Satz 3 InvStG für das Geschäftsjahr 2004/2005 vom 31. März 2006 dahingehend zu ändern, dass ein Verlustvortrag aus Termingeschäften in Höhe von 1.324.527,60 € verrechnet und der Betrag der ausgeschütteten/ausschüttungsgleichen Erträge nach Verrechnung in Höhe von 2.967.415,58 € festgestellt wird.
- 13 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.
- 14 Der Kläger müsse sich darauf verweisen lassen, dass er nach dem BFH-Urteil in BFHE 239, 226, BStBl II 2013, 479 in den jeweiligen Verlustentstehungsjahren die Verluste aus Termingeschäften mit positiven Erträgen vollständig habe verrechnen können und nach der Verrechnung verbleibende Verluste den Anteilsscheininhabern hätten zugewiesen werden müssen. Es bestehe daher auf Ebene des Sondervermögens keine Rechtsgrundlage für den nachträglichen Abzug der im Merkposten fortgeführten Altverluste aus Termingeschäften.

# Entscheidungsgründe

II.

- 15** Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung --FGO--).
- 16** Das FG hat im Ergebnis zu Recht die Verrechnung der im Merkposten dokumentierten Altverluste aus Termingeschäften mit positiven Erträgen aus Zinsen, inländischen Mieterträgen und sonstigen Erträgen, die im Anwendungsbereich des InvStG entstanden sind, auf Ebene des Sondervermögens abgelehnt. Der Umstand, dass der Kläger Altverluste aus Termingeschäften, die im Geltungsbereich des KAGG entstanden sind, nach dem Inkrafttreten des InvStG auf Ebene des Sondervermögens nur auf Grundlage der Billigkeitsregelung im BMF-Schreiben in BStBl I 2008, 375 mit Neuerträgen aus Termingeschäften verrechnen kann, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.
- 17** 1. Der Kläger kann aufgrund der zeitlichen Anwendungsbestimmung des § 18 Abs. 1 Satz 1 InvStG die unter der Geltung des KAGG entstandenen und im Merkposten dokumentierten Verluste aus Termingeschäften nicht gemäß § 3 Abs. 4 InvStG mit den im Anwendungsbereich des InvStG entstandenen Erträgen aus Zinsen, inländischen Mieterträgen und sonstigen Erträgen verrechnen.
- 18** a) Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 InvStG findet die Verlustverrechnungsregelung des § 3 Abs. 4 InvStG auf der Ebene des Sondervermögens erstmals auf das Geschäftsjahr eines Investmentvermögens Anwendung, das nach dem 31. Dezember 2003 beginnt und gilt für Erträge, die dem Investmentvermögen in diesem Geschäftsjahr zufließen. Dies gilt auch für negative Erträge auf der Ebene des Sondervermögens.
- 19** b) Für den Kläger gilt § 3 Abs. 4 InvStG danach erstmals für Verluste und Erträge, die im Geschäftsjahr vom 1. Dezember 2004 bis zum 30. November 2005 erzielt worden sind. Die vor dem Inkrafttreten des InvStG entstandenen Altverluste aus Termingeschäften fallen somit nicht in den zeitlichen Anwendungsbereich des InvStG und sind nicht in die Verlustverrechnung gemäß § 3 Abs. 4 InvStG einzubeziehen.
- 20** 2. Die Übergangsregelung ist folgerichtig, da der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des § 18 InvStG zu Recht davon ausging, dass bei Außerkrafttreten des KAGG auf Ebene der Sondervermögen keine Verlustvorträge aus Alt-Termingeschäften bestehen konnten. Die im zeitlichen Anwendungsbereich des KAGG entstandenen und vom Kläger in einem Merkposten dokumentierten Altverluste wären im jeweiligen Verlustentstehungsjahr auf der Ebene des Sondervermögens zu verrechnen oder dem Anteilsscheininhaber zuzuweisen gewesen. Es bedurfte danach keiner gesetzlichen Übergangsregelung für die Verrechnung von Altverlusten mit Erträgen, die unter das InvStG fallen.
- 21** a) Wie der Senat in seinem Urteil in BFHE 239, 226, BStBl II 2013, 479 entschieden hat, enthielten die Vorgängergesetze zum InvStG, also auch das im Streitfall für die Altverluste anwendbare KAGG, keine Regelung über die Verlustausgleichsbeschränkung in Bezug auf Gewinne und Verluste aus Einkünften gemäß § 23 EStG auf der Ebene des Investmentfonds, da die Verlustverrechnungsbeschränkung gemäß § 23 Abs. 3 EStG auf Ebene des Sondervermögens nicht eingriff. Er hat dies daraus geschlossen, dass die Regelung des § 3 Abs. 4 Satz 2 InvStG, nach der negative Erträge des Sondervermögens im Folgejahr mit positiven Erträgen zu verrechnen seien, konstitutiven Charakter habe, da § 3 Abs. 4 InvStG vom Gesetzgeber (BTDrucks 15/1553, S. 125) als Regelung einer "bisher ungelösten Frage" bezeichnet worden sei. Danach konnten während eines Geschäftsjahres im zeitlichen Anwendungsbereich des KAGG Verluste aus einzelnen Termingeschäften mit positiven Einkünften aus anderen Termingeschäften und anderen positiven Einkünften verrechnet werden, sodass eine Besserstellung des Fondsanlegers gegenüber dem Direktinvestor bestand (zustimmend Wölfert/ Quinten, Deutsche Steuerzeitung --DStZ-- 2013, 423, 427).
- 22** b) Dies gilt nach Auffassung des Senats auch dann, wenn im Anwendungsbereich des KAGG bei einer Verrechnung der Verluste aus unterjährigen Termingeschäften mit positiven Erträgen auf Ebene des Sondervermögens zum Ende des Geschäftsjahres ein Totalverlust entstand. In diesem Fall war der verbleibende Termingeschäftsverlust als negativer ausschüttungsgleicher Ertrag dem Anteilsscheininhaber zuzuweisen.
- 23** aa) Die zum Ende des Geschäftsjahres vorhandenen Gewinne aus Termingeschäften gehörten unabhängig von der Qualifikation des Anteilsscheininhabers als Privatanleger oder betrieblicher Anleger gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 und 2 KAGG zu den steuerbaren und steuerpflichtigen ausschüttungsgleichen Erträgen. Konnten Verluste aus Termingeschäften unterjährig mit anderen positiven Erträgen verrechnet werden und verblieben auf Ebene des

Sondervermögens nur positive Erträge zum Ende des Geschäftsjahres, die keine Gewinne aus Termingeschäften waren, waren diese --falls keine Ausschüttung erfolgte-- gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 und 2 KAGG als "nicht zur Kostendeckung oder Ausschüttung verwendete Einnahmen" ebenfalls als ausschüttungsgleiche Erträge dem Anteilsscheininhaber zuzuweisen.

- 24** bb) Das Merkmal des "Gewinns" in § 39 Abs. 1 Satz 1 KAGG i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG erfasste nach Auffassung des Senats im Urteil in BFHE 239, 226, BStBl II 2013, 479 auch einen zum Ende des Geschäftsjahres verbleibenden "(Total-)Verlust" aus Termingeschäften. Gelang unterjährig die vollständige Verrechnung der Verluste aus Termingeschäften mit positiven Erträgen aus anderen Termingeschäften sowie anderen Einkunftsquellen des Fonds nicht und ergab sich mithin aufgrund der Verluste aus Termingeschäften ein Totalverlust auf Ebene des Sondervermögens für das Geschäftsjahr, war dieser als negativer ausschüttungsgleicher Ertrag gemäß § 39 Abs. 1 Satz 1 und 2 KAGG dem Anteilsscheininhaber zuzuweisen (zustimmend Lübbehüsen in Brinkhaus/Scherer, KAGG, AuslInvestmG, § 39 KAGG Rz 34, § 40 KAGG Rz 25; Wölfert/Quinten, DStZ 2013, 423 f., 426; a.A. Brandtner/Geiser, steuer-journal 9/2008, S. 21, 22 f.; Ebner, Betriebs-Berater --BB-- 2005, 295, 299 f.; Hammer, DStZ 2004, 340 f.; wohl auch Hennig/Bengard, BB 1999, 1901, 1904; zur Zuweisung "negativer Erträge" bei höheren Verwaltungsgebühren als Einnahmen auf der Fondsebene siehe auch Altfelder, FR 2000, 299, 302, 305; T. Carlé, DStZ 2004, 74 f.; Steinmüller in Haase, InvStG, § 3 Rz 317). Dies ergibt sich auch aus den Gesetzesmaterialien zu § 3 Abs. 4 InvStG, wonach mit dieser Regelung erstmals eine Regelung zur Verlustverrechnung auf Ebene des Sondervermögens eingeführt werden sollte, der es vorher nicht bedurfte, weil auch "thesaurierte" negative ausschüttungsgleiche Erträge auf Ebene des Fonds nicht vorzutragen, sondern dem Anleger im Veranlagungszeitraum der Verlustentstehung zuzurechnen waren (vgl. BFH-Urteil in BFHE 239, 226, BStBl II 2013, 479).
- 25** 3. Es verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes --GG--), dass der auf Ebene des Sondervermögens im Vertrauen auf die Verwaltungspraxis dokumentierte Merkposten nicht verrechneter KAGG-Altverluste aus Termingeschäften im zeitlichen Geltungsbereich des InvStG auf der Grundlage der Billigkeitsregelung im BMF-Schreiben in BStBl I 2008, 375 nur mit Erträgen aus Neu-Termingeschäften verrechnet werden kann. Der Verfassungsmäßigkeit des § 18 Abs. 1 Satz 1 InvStG als typisierender zeitlicher Anwendungsregelung steht auch nicht entgegen, dass der Gesetzgeber eine stichtagsbezogene Anwendungsbestimmung getroffen hat. Besondere Härten im Einzelfall können und müssen flankierend durch Billigkeitsmaßnahmen gemäß §§ 163, 227 AO behoben werden (BFH-Urteil vom 24. Juni 2014 VIII R 35/10, BFHE 245, 565, unter Rz 28). Dies ist vorliegend gewährleistet.
- 26** a) Wie oben unter II.2. dargelegt, wären die Altverluste aus Termingeschäften bei zutreffender materiell-rechtlicher Behandlung in den jeweiligen Verlustentstehungsjahren verrechenbar gewesen und hätten andere ausschüttungsgleiche Erträge gemindert oder wären im Fall eines Totalverlusts aufgrund von Termingeschäften auf der Ebene des Fonds als negative ausschüttungsgleiche Erträge der Anteilsscheininhaberin zuzuweisen gewesen. Dennoch hat der Kläger im Vertrauen auf das Bestehen eines Verlustverrechnungsverbots für Verluste aus Termingeschäften auf der Fondsebene nach der rechtswidrigen Verwaltungsanweisung der OFD Kiel in FR 1999, 1015 die Altverluste aus Termingeschäften in einem Merkposten in das Streitjahr vorgetragen. Wie oben unter II.1. ausgeführt, ist die vom Kläger beantragte Verrechnung dieser unter dem KAGG entstandenen Altverluste mit den im Anwendungsbereich des InvStG entstandenen Erträgen aufgrund der Übergangsregelung des § 18 Abs. 1 Satz 1 InvStG ausgeschlossen, nach der die Verlustverrechnungsregelung des § 3 Abs. 4 InvStG nur auf Erträge und Verluste anzuwenden ist, die nach dem Inkrafttreten des InvStG entstanden sind.
- 27** b) Der Anteilsscheininhaberin sind aufgrund der Anwendung des Verlustverrechnungsverbots gemäß § 23 Abs. 3 EStG auf der Fondsebene demnach in den Veranlagungszeiträumen 2000 bis 2004 entweder zu hohe ausschüttungsgleiche Erträge oder keine negativen ausschüttungsgleichen Erträge zugerechnet worden. Selbst wenn eine Korrektur der rechtswidrigen Körperschaftsteuerfestsetzungen 2000 bis 2004 bei der Anteilsscheininhaberin nach § 174 Abs. 3 AO aus materiellen oder verfahrensrechtlichen Gründen nicht mehr möglich wäre, ist die rechtliche Position des Klägers durch das BMF-Schreiben in BStBl I 2008, 375 i.V.m. §§ 163, 227 AO ausreichend geschützt. Danach sind die im Anwendungsbereich des KAGG vorgetragenen Altverluste aus Termingeschäften unter Geltung des InvStG bei Anwendung der Billigkeitsregelungen der §§ 163, 227 AO mit Neuerträgen aus Termingeschäften verrechenbar.
- 28** c) Die Verfassungsmäßigkeit der Anwendungsbestimmung in § 18 Abs. 1 InvStG und der Billigkeitsregelung im BMF-Schreiben in BStBl I 2008, 375 wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass im Ergebnis auf der Fondsebene keine

Verrechnung der Altverluste aus Termingeschäften mit Neuerträgen aus Zinsen und inländischen Mieten sowie sonstigen Erträgen, sondern nur mit Neuerträgen aus Termingeschäften möglich ist.

- 29** Zwar verstößt nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 30. September 1998 2 BvR 1818/91 (BVerfGE 99, 88) der völlige Ausschluss der Verlustverrechnung innerhalb einer Einkunftsart gegen die Besteuerung der Leistungsfähigkeit nach Art. 3 Abs. 1 GG. Eine solche Situation ist aber vorliegend nicht gegeben, da der Kläger aufgrund der Billigkeitsregelung im BMF-Schreiben in BStBl I 2008, 375 Altverluste aus Termingeschäften zugunsten der Anteilsscheininhaberin weiter mit Neuerträgen aus Termingeschäften verrechnen kann. Ein definitiver Untergang der Altverluste wird dadurch verhindert.
- 30** d) Es liegt schließlich auch keine Ungleichbehandlung i.S. des Art. 3 Abs. 1 GG im Vergleich zu Anteilsscheininhabern eines Spezial-Investmentfonds vor, die Körperschaften sind und ihre Bezüge aus dem Fonds nach § 8b Abs. 1 des Körperschaftsteuergesetzes in der im Streitzeitraum anzuwendenden Fassung versteuern. Die auf Ebene des Fonds unter Geltung des InvStG neu entstandenen Erträge und Verluste aus Termingeschäften gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG zählen gemäß § 1 Abs. 3 Satz 3 InvStG nicht mehr zu den ausschüttungsgleichen Erträgen. Sie können bei Körperschaften als Anteilsscheininhabern im Streitzeitraum gemäß § 3 Abs. 4 Satz 1 InvStG nur mit neu entstandenen gleichartigen Erträgen bzw. Verlusten (Erträgen aus Wertpapierverkäufen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG und aus Leerverkäufen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG) verrechnet werden (siehe auch Anhang 3 --dort Abbildung 2-- zu Rz 72 des BMF-Schreibens vom 2. Juni 2005, BStBl I 2005, 728).
- 31** 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)