

### Totalverlust von Kapitalanlagen als Veräußerung – § 20 Abs. 2 EStG wird (endlich) systemkonsequent ausgelegt

Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht, Steuerberater, Rechtsanwälte Zacher & Partner, Köln und Fachhochschule der Wirtschaft, Bergisch Gladbach

#### 1. § 20 Abs. 2 EStG im neuen Gewand

Das steueranwaltsmagazin kann zwischenzeitlich nicht nur auf die 100. (Jubiläums-)Ausgabe zurückblicken – manchmal gehen auch dort geäußerte Wünsche fachlicher Art in Erfüllung. So war vor gut einem Jahr hier an einigen besonderen Fällen und der Entwicklung der Rechtsprechung auch des BFH zu bestimmten Konstellationen aufgezeigt worden, daß und warum die – bisher – jedenfalls für die Praxis herrschende Meinung, daß bei einem schlichten Totalverlust von Kapitalanlagen kein gem. § 20 Abs. 2 EStG zu würdiger Verlust vorliege, nicht gefolgt werden könne.<sup>1</sup> Nicht nur aus rechtssystematischer Sicht<sup>2</sup>, sondern auch und gerade aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei einer dem gegenüber sich immer mehr im Dickicht durchaus ihrem Gehalt nach ähnlicher Einzelfälle bei allerdings unterschiedlicher steuerlicher Würdigung verästelnden Rechtsprechung erschien es sowohl für den schlichten Steuerbürger als auch den professionellen Steuerjuristen kaum verständlich, warum mal ein Wertverlust bei Kapitalanlagen im Sinne von § 20 Abs. 2 EStG berücksichtigungsfähig sein sollte, mal jedoch weder eine Veräußerung noch ein Veräußerungssurrogat im Sinne von § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG anzunehmen sein sollte. Auf dem Boden dieser kaum geradlinig gepflügten Ackerkrume blühten dann auch – insoweit wieder durchaus konsequent – seltsame Gewächse in Form von zweifelhaften Gestaltungsempfehlungen, wie etwa der Veräußerung einer an sich wertlos gewordenen Kapitalanlage zu einem eher symbolischen Preis an einen Dritten, um (mit Ausnahme eben dieses symbolischen Gegenwertes) den Verlust doch noch durch einen „Veräußerungsvorgang“ zu realisieren.<sup>3</sup> Der Bundesfinanzhof hat nun durch sein zum Jahresende 2017 bekannt gewordenes Urteil vom 24.10.2017<sup>4</sup> hier ein bemerkenswert klares Urteil entgegen der Vorinstanz<sup>5</sup> gefällt, daß die eingangs skizzierten Bedenken aus Literatur und Praxis sowohl in systematischer Hinsicht als auch aufgrund der wirtschaftlichen Betrachtungsweise aufnimmt. In bemerkenswerter Eindeutigkeit justiziert er nun, daß der Ausfall einer Kapitalforderung im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG (auch) im Rahmen der privaten Vermögenssphäre nach der Einführung der Abgeltungsteuer zu einem steuerlich anzuerkennenden

Verlust führe. Von diesem Urteil als Weihnachtsgeschenk zu sprechen, mag angesichts des vorweihnachtlichen Datums naheliegen; ein „Geschenk“ im eigentlichen Sinne ist es jedoch sicher nicht, da damit wohl nicht die Interessen einer bestimmten Gruppe von Steuerpflichtigen – erst recht nicht einseitig – bevorzugt werden, sondern vielmehr grundsätzlich eine Schneise in ein Dickicht überwucherner Einzelfallbetrachtung und zweifelhafter Hilfskriterien geschlagen wurde.

#### 2. Kerngehalt und Argumentation des Urteils

In geradezu klassischer Anwendung des Repertoires der Auslegungsmethodik verweist der Bundesfinanzhof zunächst auf den historischen Willen des Gesetzgebers, zusammen mit der Einführung der sogenannten Abgeltungssteuer im Unternehmensteuereformgesetz 2008 vom 14.08.2007<sup>6</sup>, eine vollständige steuerliche Erfassung aller Wertveränderungen im Zusammenhang mit Kapitalanlagen zu erreichen. Die bis dahin herrschende Trennung von Vermögens- und Ertragsebene für Einkünfte aus Kapitalvermögen bei nur ausnahmsweiser Erfassung von Wertveränderungen auf der Bestandsebene sollte zu Gunsten einer umfassenden Besteuerung von laufenden wie endgültigen Wertveränderungen aufgegeben werden. Der Bundesgerichtshof verweist zusätzlich auf einige ergänzende Hilfsnormen, so etwa § 52 Abs. 28, S. 16 Hs.3 EStG n.F. bzw. § 52a Abs. 10, S. 7 Hs.3 EStG a.F., aus denen sich ebenfalls der deutliche Wille des historischen Gesetzgebers erkennen lasse, auch bei einer weiterhin möglich erscheinenden Unterscheidung zwischen Ertrags- und Vermögensebene eine

1 Vgl. hierzu Zacher, steueranwaltsmagazin 2017, S. 3 ff.

2 Vgl. hierzu etwa Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 36. Auflage, § 120 Rz. 126 und 148 m.w.N. und mit kritischer Würdigung der bisherigen Rechtsprechung hierzu.

3 Vgl. jüngst etwa FG München 17.07.2017 – 7 K 1888/16, Revision eingelegt unter BFH VIII R 9/17, in DStRK 2018, S. 30.

4 VIII R 13/15

5 FG Düsseldorf 11.03.2017 – 7 K 3661/14 E, DStR 2016, S. 523 ff.

6 BGBl. I, 2007, S. 1912 ff.

umfassende Besteuerung der Gewinne aus beiden Bereichen – aber eben auch der Verluste – sicherzustellen. Bei einer unter dem Nenn- bzw. Anschaffungswert bleibenden Rückzahlung auf eine Forderung sei es daher geboten, die entsprechende Differenz auch dann anzuerkennen, wenn der Rückzahlungsbetrag „0“ wäre und dementsprechend der niedrigere Rückzahlungsbetrag zwar mathematisch in gleicher Weise zu berechnen wäre, er sich jedoch nicht als Differenz zu einem echten Veräußerungs- bzw. Rückzahlungsbetrag, sondern nur der Rechengröße der „künstlichen“ Zahl 0 darstelle. Voraussetzung dafür wäre allerdings, daß dieser Wert – bei wiederum wirtschaftlicher Betrachtung – endgültig feststehe. Ausdrücklich nimmt der Senat den Forderungsverzicht aus seiner Betrachtung heraus, obwohl auch dort „endgültig“ die zweite Rechengröße zur Ermittlung des negativen Differenzbetrages feststeht; insoweit jedoch durch eine willensabhängige Entscheidung des Gläubigers und damit Steuerpflichtigen, der dem Grunde nach Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt. Dies zunächst – da nicht entscheidungserheblich – offenzulassen erscheint nachvollziehbar, um auf dem gerade betretenden Neuland nicht ungewollt zweifelhaften Gestaltungen oder gar Mißbräuchen gleichzeitig die Tür aufzustoßen.<sup>7</sup>

Der Bundesfinanzhof sichert diese grundsätzlichen Überlegungen aber auch durch den Gedanken der Systemkonsequenz innerhalb der Vorschrift des § 20 Abs. 2 EStG ab. Er verweist darauf, daß der enge Veräußerungsbegriff ohnehin in § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG durch verschiedene Ersatztatbestände erweitert würde, welche wirtschaftlich vergleichbare Sachverhalte der Veräußerung gleichstellen würden. Zwar setze eine Veräußerung grundsätzlich auch einen Rechtsträgerwechsel voraus; da jedoch auch bei dem gesetzlich geregelten Ersatztatbestand der Rückzahlung in § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG kein solcher Rechtsträgerwechsel einträte, könne dieses Merkmal nicht als entscheidende Anforderung für die Anerkennung eines wirtschaftlich eingetretenen Verlustes gelten. Schließlich schließen sich die bereits angesprochenen wirtschaftlichen Überlegungen auch in den Urteilsgründen des Bundesfinanzhofs an die Aspekte des historischen Willens des Gesetzgebers und die Gesetzssystematik als weiteren Schritt an. Er verweist darauf, daß eine – nach dortiger Auffassung sogar völlig entgeltlose – Übertragung zu einer Veräußerung führen würde, die dem Gesetzeswortlaut auch bei enger Auslegung entspräche, womit die völlige wirtschaftliche Gleichstellung zwischen „Veräußerung zu 0“ bzw. „Verlust zu 0“ auf der Hand läge.

Denkbare Mißbräuche bei einer dadurch entstehenden Verlustnutzung auch durch den schlichten Forderungsausfall bezieht der Bundesfinanzhof in seine Überlegungen ein. Er vergleicht aber auch diese ggf. unerwünschten Folgen mit den durch die Gestaltung eines Forderungsverkaufes schon jetzt naheliegenden Gestaltungen oder gar Mißbräuchen und weist schließlich daraufhin, daß durch die beschränkte Verrechenbarkeit derartiger Verluste durch

§ 20 Abs. 6 EStG ja ohnehin ein nur eingeschränktes „Verwendungspotenzial“ für derart ggf. „kreierte“ Verluste bestünde.

Diese Argumente auf verschiedenen Ebenen führen zu der Grundaussage, daß letztlich eine Endbesteuerung von Gewinnen und Verlusten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen unabhängig von dem konkreten Weg, der zu ihrem endgültigen Anfall führt, steuerlich geboten sei. Das der Bundesfinanzhof dies – neben der bereits angesprochenen Ausnahme des Forderungsverzichts aus der Argumentation im Rahmen der Urteilsgründe, nicht jedoch im Sinne einer explizit gegenteiligen Auffassung – ausdrücklich zunächst nur auf Forderungsausfälle im Rahmen von § 2 Abs. 1 Nr. 7 bzw. Abs. 2 Nr. 7 EStG bezieht, ergibt sich aus dem dort (allein) streitgegenständlichen Kapitalforderungen im Sinne der genannten Vorschrift.

Explizit ausgeführt wird allerdings noch ein weiterer Gedanke, der in casu auch zur Zurückweisung an das Finanzgericht führen mußte. Auch insoweit „konsequent“ nimmt der Bundesfinanzhof die Frage der wirtschaftlichen Betrachtungsweise hinsichtlich der Feststellung des Realisationszeitpunktes dieses Verlusts wieder auf und stellt fest, daß dieser Zeitpunkt regelmäßig nicht allein durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens markiert wäre. Vielmehr müsse auch wirtschaftlich feststehen, daß eine Rückzahlung tatsächlich nicht mehr (ganz oder teilweise) zu erwarten sei<sup>8</sup>, wozu das Erstgericht – auf dem Boden seiner Rechtsauffassung konsequent – keine Feststellung getroffen hatte. Für die Praxis ergeben sich hieraus einige Folgeprobleme in- und außerhalb des Insolvenzverfahrens. Im Rahmen des Insolvenzverfahrens selbst wird das Kriterium des „endgültigen Forderungsausfalls“ teilweise als generell zu eng definiert empfunden, teilweise als durch den Berichtstermin gem. § 156 InsO oder durch den Prüftermin gem. § 174 ff. InsO zu konkretisieren dargestellt<sup>9</sup>. Erst recht gilt dies natürlich für die Feststellung des Zeitpunktes des wirtschaftlichen (Total-)Verlusts außerhalb eines förmlichen Insolvenzverfahrens. Nicht immer wird überhaupt ein Insolvenzantrag gestellt, womit ggf. die Ablehnung mangels Masse (§ 26 InsO) in Betracht käme. Auch bei Kapitalanlagen ist oft der Wertverlust ein schleichender Prozeß, bei dem die Übergänge zwischen Zahlungsunwilligkeit, (partieller) Zahlungsunfähigkeit und bezogen auf das konkrete Asset eingetretenen Totalverlust fließend sind. Ebenso wie die schlichte Behauptung eines (ggf. im Interesse des Steuerpflichtigen sehr frühzeitig postulierten) Totalverlusts nicht immer hinreichend sein kann, sollten hier umgekehrt in der Praxis der Finanzverwaltung keine wirk-

7 Vgl. hierzu nachfolgend die Diskussion des Forderungsverzichts unter 3.

8 Zur Betonung dieses komplementären Aspekts siehe auch die Urteilsbesprechung v. VRIinBFH *Jachmann-Michel* in *Juris* 2018, S. 124 ff.

9 Vgl. hierzu etwa die Urteilsanmerkung von *Jochaimsthaler* in *Nz1* 2018, S. 168 ff.

lichkeitsfernen Voraussetzungen gefordert werden. Etwa der theoretische Gedanke, daß bei einer wirtschaftlich verlorenen Kapitalanlage nach Jahr und Tag durch die rechtliche und wirtschaftliche Realisierung von Schadensersatzansprüchen gegenüber verantwortlichen Beteiligten und/oder das Auffinden veruntreuter Beträge in fernen Jurisdiktion doch noch eine (anteilige) Werthaltigkeit ergeben könnte, sollte eine Berücksichtigung im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG nicht praktisch weitgehend vereiteln können, zumal in insoweit tatsächlich denkbaren Ausnahmefällen auch eine spätere Korrektur durch § 20 Abs. 3 EStG in Betracht käme.

### 3. Übertragbarkeit dieser Grundsätze auf andere Fälle

Daß diese Grundgedanken aber genauso auf Wertveränderungen im Bestand anderer im Rahmen von § 20 Abs. 1, Abs. 2 EStG zu versteuernder Asset-Klassen zutreffen, liegt auf der Hand<sup>10</sup>; eine insoweit nur auf den streitgegenständlichen Bereich beschränkte Anwendbarkeit wird auch in dem Urteil nirgendwo explizit erwähnt. Warum nicht auch z. B. Totalverluste bei Aktien oder Genußrechten (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG) bzw. (typisch) stillen Beteiligungen oder partiarischen Darlehen (§ 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG) nicht entsprechend behandelt werden sollten, wäre kaum begründbar. Auch hier liegen sowohl der Gedanke der Systemkonsequenz als auch das bisweilen durchaus praktische Bedürfnis dort eingetretener „Totalverluste“ aus Gründen der Steuergerechtigkeit für die betroffenen Steuerpflichtigen auf der Hand.

Zu erinnern ist daran, daß sich der BFH auch gerade bei anderweitigen Asset-Klassen dem jetzt ergangenen Grundsatzurteil bereits partiell „genähert“ hatte. Der zugrundeliegende Fall der Entscheidung des BFH vom 12.05.2015<sup>11</sup> betraf wertlos gewordene Aktien einer insolventen US-amerikanischen Finanzdienstleistungsgruppe. Die Annahme einer „Veräußerung“ im Rahmen des dortigen Insolvenzplanverfahrens wurde damals noch mit der Besonderheit begründet, daß die Aktien aufgrund der dortigen besonderen gesetzlichen Bestimmungen auf die Gläubiger des insolventbefangenen Unternehmens übergangen, was sprachlich die Annahme einer „Übertragung“ erleichterte.

Auch der Fall des BFH-Urteils vom 12.01.2016<sup>12</sup> betraf andere Kapitalanlagen, nämlich Termingeschäfte. Dort wurde der schlichte Verfall einer Option im Rahmen von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3a, Abs. 4 Satz 5 EStG mit dem Argument gewürdigt, daß entsprechend dem gesetzgeberischen Ziel der Erfassung des gesamten wirtschaftlichen Ergebnisses von Termingeschäften es nicht darauf ankommen könne, ob der Verlust der Optionsprämie durch die – sinnlos gewordene – Ausübung der Option einträte oder durch deren schlichten Verfall. Der gegenständliche Anwendungsbereich im Hinblick auf andere Anlagegegenstände

im Sinne des § 20 EStG dürfte daher durch die jetzt erfolgte grundsätzliche Einbeziehung des Totalverlustes auch dem im Übrigen bestehenden Anwendungsbereich dieser Norm entsprechen.

Zu berücksichtigen ist natürlich, daß korrespondierend insoweit die allgemeinen Anforderungen des § 20 EStG im Übrigen erfüllt sein müssen, wie etwa die – hier allerdings zu vermutende – Einkünfteerzielungsabsicht<sup>13</sup>. Zu Recht gilt allerdings hier gerade aus Sicht der Praxis eine einkunftsspezifische Betrachtungsweise. Anders als vielleicht bei anderen Einkunftsarten denkbar, dürften bei Kapitalanlagen als solchen selten außerwirtschaftliche Beweggründe in Betracht kommen, die ggf. eine Liebhaberei nahelegen könnten. Selbst der Gedanke der Verrechenbarkeit etwaiger Verluste ist durch § 20 Abs. 6 EStG extrem reduziert. Deshalb wird zu Recht darauf hingewiesen, daß hier trotz der grundsätzlich ebenfalls nötigen Einkünfteerzielungsabsicht nicht nur eine (allenfalls im Ausnahmefall durch das Finanzamt zu widerlegende) Vermutung zu Gunsten des steuerpflichtigen streite, sondern es insbesondere auch nur auf die anfängliche Erzielungsabsicht ankäme. Gerade bei dem bei Kapitalanlagen oftmals wechselvollen Verlauf von positiven und negativen Entwicklungen könne eine steuerliche Berücksichtigung nicht davon abhängen, welches konkrete Zeitfenster der Betrachtung zugrundegelegt werde bzw. ob sich die anfänglichen Hoffnungen auch im Sinne einer wirtschaftlichen Wahrscheinlichkeitsrechnung als überwiegend gerechtfertigt herausstellte<sup>14</sup>.

Daß damit auch unerwünschte „Mitnahmeeffekte“ einhergehen können, mag im Einzelfall sicher zutreffend sein. So wurden schon Stimmen laut, die z. B. die neue Möglichkeit der steuerlichen Geltendmachung von Totalverlusten im Zusammenhang mit einer Risikoabfederung beim Cloud Investing in Startups brachten<sup>15</sup>. Moderne Anlageinstrumente und die Investitionen in Startups mögen volkswirtschaftlich wünschenswert sein – als steuerlicher „Risikopuffer“ ist die neue BFH-Rechtsprechung dabei jedoch sicher nicht gedacht.

Im Hinblick auf den erweiterten Kreis der „Veräußerungstatbestände“ wurde oben schon darauf hingewiesen, daß auch durch den Forderungsverzicht ein Teil- oder Totalverlust einer Forderung eintreten kann, welcher nunmehr grundsätzlich berücksichtigungsfähig ist. Auch wenn das

<sup>10</sup> So etwa die Urteilsanmerkung von *Jochaimsthaler*, a.a.O.; bewußt offengelassen von *Jachmann-Michel*, a.a.O.

<sup>11</sup> IX R 57/13.

<sup>12</sup> IX R 49/14; vgl. hierzu schon die Diskussionen in *Zacher*, *steueranwaltsmagazin* 2017, 3,5.

<sup>13</sup> Vgl. hierzu etwa *Kahlert* in *DStR* 2018, 229, 231.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu die *Kahlert*, a.a.O. m.w.N. zum Meinungsstand; jüngst im Grundsatz bestätigt durch BFH 14.03.2017 – VIII R 38/15 und derzeit durch VorsRiBFH *Jachmann-Michel*, *DStR* 2017, S. 1849 ff.

<sup>15</sup> *Zwinge* in *www.wallstreet-online.de* v. 27.02.2018: „Cloud Investing – Verluste steuerlich geltend machen“.

BFH-Urteil hierzu ausdrücklich keine abschließende Aussage trifft, wird doch in der Literatur bereits jetzt im Sinne einer „herrschenden Meinung“ darauf hingewiesen, daß grundsätzlich der Forderungsverzicht auch nach den gleichen Maßstäben zu berücksichtigen sei.<sup>16</sup> Zugleich wird allerdings darauf hingewiesen, daß bei ggf. teilweise noch werthaltigen Forderungen nur der Verzicht auf den (ohnehin) wertlosen Teil berücksichtigungsfähig sein könne.<sup>17</sup> Begründet wird dies auch mit der Auffassung, daß – in Höhe des werthaltigen Teils – jedenfalls bei Gesellschafterdarlehen entsprechend einer Auffassung des FG Berlin-Brandenburg eine Einlage darstelle.<sup>18</sup>

Sachlich zwingend erscheint diese erste „herrschende Meinung“ indes nicht. Sicher mag es merkwürdig und ggf. mißbräuchlich (§ 42 AO?) erscheinen, wenn jemand „freiwillig“ auf eine eigentlich werthaltige Forderung bzw. ihren werthaltigen Teil verzichtet. Indes ist schon die Frage der objektiven Werthaltigkeit oder gar des werthaltigen Anteils einer Forderung in der finanzwirtschaftlichen Praxis selten eindeutig und mit genauer Trennschärfe zu entscheiden; außerhalb des Bereichs der Gesellschafterfremdfinanzierung kommt noch hinzu, daß selbst bei objektiver Feststellbarkeit dem Gläubiger bzw. Inhaber der entsprechenden Kapitalanlage oft die Kenntnis hierüber fehlen wird. Ist die Forderung objektiv (und erkennbar) bereits ganz oder teilweise wertlos geworden, wäre nach den Leitlinien des neuen BFH-Urteils eigentlich ohnehin schon ein Verlust im Sinne von § 20 Abs. 2 EStG eingetreten. Des ergänzenden Forderungsverzichts bedürfte es in diesen Fällen eigentlich konstruktiv nicht (mehr). Umgekehrt ließe sich argumentieren, daß ja gerade in dem Bereich, in dem der entsprechenden Forderung objektiv noch ein Wert zukommt, erst durch den Verzicht ein echter wirtschaftlicher Verlust für den Steuerpflichtigen eintritt. Warum dieser dann wiederum nicht berücksichtigungsfähig sein soll, ist nicht unbedingt einsichtig. Soweit bei dieser Differenzierung der Gedanke des willensgetragenen Verlustes mitschwingen mag, muß dieser jedenfalls nicht zwingend zur Aberkennung eines steuerlich relevanten Verlustes führen. Generell wird ja auch bei einer Veräußerung im engen Wortsinne der Veräußerungspreis intersubjektiv und nicht immer nach objektiven Maßstäben bestimmt, so daß er „zu hoch bzw. zu niedrig“ aufgrund dieser willensgesteuerten Elemente sein kann. Darüber hinaus muß sich der betreffende Steuerpflichtige dieser Abweichung (selbst wenn sie objektiv feststünde) nicht unbedingt bewußt sein und schließlich ließe sich auch hier etwaigen Gestaltungsmissbräuchen durch einen allzu „leichterzigen“ Forderungsverzicht auf der privaten Ebene auch durch das anderweitige Instrumentarium des Steuerrechts für solche Fälle begegnen. Man darf also gespannt bleiben, nach welchen Maßstäben der (Teil-)Forderungsverzicht bei privaten Kapitalanlagen als Unterfall des Forderungsverlusts in toto oder nur partiell in die neue Rechtsprechung miteinbezogen wird.

Einschränkend ist im Hinblick auf einige aktuell in der

allgemeinen Presse besprochene Problemfälle bei Kapitalanlagen darauf hinzuweisen, daß diese natürlich grundsätzlich unter § 20 EStG einzuordnen sein müssen, um jedenfalls potenziell der neuen Rechtsprechung zu unterfallen. Gestaltungen wie etwa der Ankauf und spätere schlichte Verkauf von Edelmetallen, aber auch Mobilien wie Containern etc. mag zwar von der Interessenlage her eine Kapitalanlage des Steuerpflichtigen sein; er unterfällt meist jedoch nicht dem § 20 EStG, sondern – gerade konzeptionsgemäß – nur dem § 23 Abs. 1 EStG. Spannend könnte hier sein, ob aufgrund der jetzt erfolgten Rechtsprechungsänderung zur Berücksichtigung von Totalverlusten sich die bisher typische Interessenlage von Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen partiell umkehrt: Während bisher manche derartigen Modelle mit Blick auf die Besteuerung von Gewinnen von der Finanzverwaltung doch dem Bereich des § 20 EStG zugeordnet wurden, könnten nunmehr im Verlustfalle die Steuerpflichtigen ein Interesse hieran haben.

#### 4. Neue Perspektiven im Zusammenhang mit der geänderten Rechtsprechung zu Forderungsausfällen im Rahmen von § 17 EStG?

Angerissen werden kann in diesem Zusammenhang nur der Zusammenhang mit der Neukonzeption des „Eigenkapitalrechts“ in der Rechtsprechung des BFH.<sup>19</sup> Da jedenfalls zukünftig nach dieser Rechtsprechung verlorene Gesellschafterdarlehen nur noch eingeschränkt im Rahmen von § 17 EStG berücksichtigungsfähig sein werden, stellt sich dann die Frage, ob dann nicht konsequenterweise eine Berücksichtigung im Rahmen zumindest von § 20 Abs. 2 EStG zu erfolgen hätte. Hinzu kommt, daß bei derartigen, nach der jüngsten Rechtsprechung nicht mehr bei § 17 EStG berücksichtigungsfähigen Gesellschafterdarlehen auch im Bereich von § 20 EStG die Beschränkungen der Verlustverrechnung gem. § 20 Abs. 6 EStG wie auch die Beschränkungen beim Werbungskostenabzug gem. § 20 Abs. 9 EStG oft nicht eingreifen – siehe § 32d Abs. 2 Nr. 1 EStG, wenn der Gesellschafter zumindest mit 10% an der betreffenden Kapitalgesellschaft beteiligt ist.

Im Übrigen könnten auch Gesellschafterdarlehen bei Kapitalgesellschaften, welche schon nach der bisherigen Rechtsprechung bestimmte Kriterien des § 17 EStG nicht erfüllen, nunmehr im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG zu wür-

16 Vgl. etwa *Kahlert*, a.a.O., im Rahmen der Besprechung des Urteils.

17 Vgl. die Vorgenannten, jeweils a.a.O.

18 Vgl. *Berlin-Brandenburg* 20.01.2016 – 14 K 14040/13; Revision eingelegt unter BFH – VIII R 18/16, ablehnend allerdings z.B. *Förster/Cöln*, DB 2017, 2886, 2890, m.w.N.

19 *BFH* 11.07.2017 – zur Korrelation mit dem hier behandelten Thema vgl. etwa *Crezelius*, NZI 2018, S. 58, 59; *Kahlert*, a.a.O.

digen sein, jedenfalls soweit sie aus der Zeit der Einführung des neuen Steuer-Regimes mit einer grundsätzlichen Besteuerung auch der Wertveränderung aus der Vermögensebene stammen. Ein weites Feld von Fragen eröffnet sich, was für den steuerlichen Berater wiederum zu der Empfehlung führen muß, in diesbezüglichen Zweifelsfällen zumindest die betreffenden Bescheide noch offen zu halten.

## 5. Ausstrahlung auf Rechtsgebiete außerhalb des Steuerrechts

Auch in anderen Ecken des Rechts könnten sich aufgrund der neuen BFH-Rechtsprechung Folgewirkungen ergeben. Gerade bei komplett gescheiterten Kapitalanlagen oder sogar (zunächst unerkannt) strafrechtlich relevanten Schneeballsystemen etc., bei denen der BFH im Hinblick auf die laufenden Einnahmen bisher sehr großzügig eine Besteuerung auch der sogenannten Scheinrenditen als wirtschaftlich „zugeflossen“ annimmt<sup>20</sup>, könnte sich durch diese Rechtsprechung ein gewisses Korrektiv ergeben. Denn der schlußendlich eingetretene Totalverlust – einschließlich der scheinbar wieder angelegten „Gewinne“, welche der BFH als laufende Zuflüsse besteuert wissen will – würde wiederum gegenläufig steuermindernd bei den Einkünften aus Kapitalvermögen zu würdigen sein. Dies mindert aber wiederum im Einzelfall auch ggf. den insgesamt eingetretenen wirtschaftlichen Schaden im zivilrechtlichen Sinne, da der betreffende Anleger ja zumindest eine Steuergutschrift in Höhe von 25 % (ggf. zusätzlich Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) nutzbar machen könnte. Ob dieser im Schadensersatzprozeß dann wiederum aufgrund der recht großzügigen zivilrechtlichen Rechtsprechung von der „Aufrechnung“ der steuerlichen Anrechnung des Verlusts mit der Steuerbarkeit der begehrten Schadensersatzleistung in Fortfall gerät<sup>21</sup>, bleibt ebenso abzuwarten wie der denkbare Einwand, daß nach dem Normzweck eine solche steuerliche Entlastung nicht den Schädiger begünstigen solle.

Schließlich führen derartige Betrachtungen bis hin ins Familienrecht. Die dort inzwischen zum Grundsatz gewordene Berücksichtigung der sogenannten latenten Steuerlast bei der Bewertung von Vermögensgegenständen<sup>22</sup> kann gerade bei solchen Assets, die einen Verlust darstellen, nicht ohne die – wenn auch nur teilkompensatorische – Berücksichtigung der entsprechenden Steuergutschrift gewürdigt werden. Nun kann es im Extremfall sogar dazu kommen, daß eine eigentlich wertlos gewordene Kapitalanlage keine latente Steuerlast, sondern eine „latente Steuergutschrift“ in Höhe von mindestens 25 % des Verlustes aufweist. Auch hier wird zum Teil das Tor zu Neuland aufgestoßen, daß ggf. noch zu „beackern“ sein wird.

## 6. Ausblick

Der jetzt erfolgte mutige Schritt des Bundesfinanzhofs über die Schwelle der vollständigen Verlustanerkennung bei den Einkünften aus Kapitalvermögen unabhängig von dem Weg zu ihrer Realisation hat die Tür zu einem weiten Raum aufgestoßen, dessen Ausmaße noch nicht feststehen und in einigen Fragen sicher noch auszuloten sind. Trotz der unbestreitbaren Systemkonsequenz und wirtschaftlichen Folgerichtigkeit mag es auch in diesem Raum einige Ecken geben, in die ein trübes Licht fällt. Denkbare unerwünschte Gestaltungsmöglichkeiten oder gar Gestaltungsmissbräuche können jedoch auch dort mit dem bestehenden Instrumentarium und notfalls § 42 AO beugend werden – es wird jedoch durch diese konsequente Rechtsentwicklung keineswegs ein größeres Mißbrauchspotenzial geschaffen im Vergleich zu der Grauzone, die gerade durch die steuerliche Einzelfallbetrachtung aufgrund der bisherigen Rechtsanwendung bestand. Für die Praxis ist zu hoffen, daß die Finanzverwaltung die Leitlinien des Urteils jetzt auch ebenso konsequent und umfassend anwendet. Wie erste Äußerungen von dort zeigen, ist man sich der ggf. umfassenden Bedeutung wohl bewußt und wartet auf entsprechende Verwaltungsanweisungen zur praktischen Handhabung. Zu hoffen bleibt, daß diese nicht „Steine statt Brot“ geben und statt einer umfassenden Neuordnung den Finanzämtern in der nur ein schrittweises Abgehen von der bisherigen Beurteilung bei gleichzeitigem Kampf um jeden Einzelfall ermöglichen<sup>23</sup>. Zugleich wird es umfassende Folgewirkungen innerhalb und außerhalb des Steuerrechts geben. Dies sowohl im Hinblick auf eine denkbare (teilweise) Kompensation der neuen Rechtsprechung zu Gesellschafterfremdfinanzierung im Rahmen von § 17 EStG als auch bis hin zu scheinbar weit entfernten Fragen wie etwa der Bewertung wertlos gewordener Kapitalanlagen im Zugewinnausgleich, die nun statt einer latenten Steuerlast eine „latente Steuergutschrift“ aufweisen können.

20 Vgl. nur z.B. *BFH* 02.04.2014 – VIII R 38/13

21 Vgl. etwa *BGH* 18.12.2012 – II ZR 259/11 und *Martini*, DStR 2014, 2160 ff.

22 Hierzu etwa in *Überblick Kuckenburg*, FuR 2015, 95 ff.

23 Vgl. z.B. OFD NRW, Kurzinformation EStG vom 23.01.2018 in DB 2018, 415.