

Kapitalanlagen und Scheinrenditen – jetzt vierfacher Schaden für die Anleger?

Prof. Dr. Thomas Zacher, MBA, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht, Köln¹

I. Einleitung

Die schon seit vielen Jahren so bezeichnete „ständige Rechtsprechung des BFH“ zu sog. Scheinrenditen, insbesondere bei sog. Schneeballsystemen, ist in 2010 durch ein weiteres Urteil² ausdrücklich bestätigt worden. Die Verfestigung dieser Rechtsprechung wäre an sich allenfalls eine Urteilsanmerkung wert, auch wenn sie von der Praxis³ und auch einigen Finanzgerichten nach wie vor durchaus kritisiert wird.⁴ Aber dem jüngsten Revisionsurteil des BFH lag ein sog. „Rüttelurteil“ zugrunde, mit dem das erstinstanzlich befaßte Finanzgericht⁵ den BFH nochmals zu einer Überprüfung und ggf. Korrektur seiner Rechtsprechung veranlassen wollte.⁶ Der BFH nahm den Fall zum Anlaß, seine Rechtsprechung zu bekräftigen und dabei nochmals einige maßgebliche Gesichtspunkte zu betonen, aber auch immerhin einige Grenzen aufzuzeigen.⁷ Dies allein würde allerdings für den Anleger „lediglich“ die bereits bekannte Situation⁸ des „doppelten Schadens“ verfestigen, in der dieser

- nicht nur sein Kapital verloren und es dabei gerade wegen des anfänglichen scheinbaren Zuflusses von Renditen regelmäßig auch versäumt hat, das Kapital rechtzeitig wieder abzuziehen bzw. Rückzahlungsansprüche geltend zu machen, sondern auch
- die bilanziell eindeutig vorliegende Auszahlung „eigenen“ Kapitals bzw. vor Vermögenswerten, die von seinen Mitanlegern stammen, auch noch in voller Höhe versteuern muß.

Hinzu kam – in den Altfällen –, daß auch der (Teil-)Verlust des eingesetzten Kapitals im Privatvermögen steuerlich nicht berücksichtigt werden konnte. Dieser ohnehin traurige Befund erhält durch aktuelle Urteile des BGH zwei zusätzliche Facetten, die nicht nur bedenklich stimmen müssen, sondern – auch wenn man im Zusammenspiel zwischen Steuer- und Zivilrecht Einschränkungen des Grundsatzes der „Einheit der Rechtsordnung“ hinzunehmen durchaus bereits gewohnt ist – einen bitteren Nachgeschmack hinterlassen.

II. Vom „doppelten“ zum „vierfachen“ Schaden

Der BGH hat hinsichtlich der Anfechtbarkeit gemäß § 134 Abs. 1 InsO jüngst seine Rechtsprechung bekräftigt, nach der Auszahlungen einer (späteren) Insolvenzschuldnerin auf von in Schneeballsystemen erzielten Scheingewinnen als objektiv unentgeltliche Leistung nach § 134 Abs. 1 InsO durch den Insolvenzverwalter anfechtbar sind.⁹ Dem Anle-

ger steht dabei nicht die Befugnis zur Aufrechnung des (regelmäßig bestehenden) Schadensersatzanspruchs gegen die Insolvenzschuldnerin, notfalls aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, zu. Der BGH betont auch, daß – anders als bei offenen Rückzahlungen auf das Kapital – weder eine entgeltliche Leistung im insolvenzrechtlichen Sinne vorliege, noch eine Saldierung mit der ursprünglichen Einlage des Anlegers hätte erfolgen dürfen. Damit kann es zu einer „dritten“ Schädigung des Anlegers kommen,

- da dieser bei rechtzeitiger Anfechtung durch den Insolvenzverwalter Scheingewinne auch noch zurückzahlen muß.

Den Reigen beschließt vorläufig das Urteil des BGH vom 23.11.2010¹⁰, welches die Frage eines Entschädigungsanspruches für Scheingewinne nach dem Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetz im Fall „Phoenix“ betrifft. Der 11. Zivilsenat des BGH verneint dort aus grundsätzlichen Erwägungen einen Entschädigungsanspruch im Hinblick auf in Kontoauszügen und Saldenbestätigungen dem gutgläubigen Anleger mitgeteilte Scheingewinne, die aber noch nicht abgeflossen waren. Nach den Grundsätzen dieses Urteils gibt es viertens

- auch keinen Anspruch gegen die Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen, wenn Scheingewinne in Kontoauszügen ausgewiesen, aber noch nicht liquide ausgezahlt worden sind.

Die mit ►► gekennzeichneten Entscheidungen können unter www.steuerrecht.org in der Online-Variante dieses Hefts abgerufen werden.

1 Rechtsanwälte Zacher & Partner, Köln und Fachhochschule der Wirtschaft, Bergisch Gladbach.

2 BFH, Urteil vom 16.03.2010 – VIII R 4/07.

3 Zur grundsätzlichen Kritik vgl. schon Zacher, steueranwaltsmagazin 2009, S. 189 ff.

4 Vgl. etwa ►► FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 10.02.2004 – 2 K 1550/03, hiergegen jedoch die Revisionsentscheidung des BFH, Urteil vom 28.10.2008 – VIII R 36/04; ►► FG München, Urteil vom 10.02.2002 – 2 K 426/99 (rkr.).

5 ►► FG Saarland, Urteil vom 06.12.2006 – 1 K 165/03.

6 Vgl. hierzu die Anmerkung von RIBFH Moritz, in BB 2010, S. 1738.

7 Vgl. hierzu nachfolgend III.

8 Vgl. FN 2.

9 BGH, Urteil vom 22.04.2010 – IX ZR 225/09.

10 BGH, Urteil vom 23.11.2010 – XI ZR 26/10.

Können diese Leitlinien in der Rechtsprechung widerspruchsfrei nebeneinander bestehen?

III. Grundsätze und Einschränkungen der Besteuerung nach der Rechtsprechung des BFH

Der BFH stützt seine Rechtsprechung primär auf die Interpretation von § 11 Abs. 1 EStG, nach der Einnahmen (§ 8 Abs. 1 EStG) dann zugeflossen seien, sobald der Steuerpflichtige über sie wirtschaftlich verfügen könne. Deshalb könne auch eine Gutschrift in der Buchführung des Verpflichteten einen Zufluß bewirken. Voraussetzung sei aber, daß die entsprechende Gutschrift nicht allein „das buchmäßige Festhalten“ einer Schuld darstelle, sondern Ausdruck der Verwendungsbefugnis des Berechtigten über diesen Betrag sei.¹¹

Die entsprechende Rechtsprechung wird zusätzlich auf den Aspekt der Schuldumwandlung (Novation) gestützt, wonach der aufgrund der Altforderung geschuldete Betrag dann im Sinne von § 11 Abs. 1 EStG zugeflossen sei, wenn – nunmehr – aufgrund einer einvernehmlichen Regelung der bisherige Schuldgrund durch ein neues Rechtsverhältnis (z. B. ein Darlehen oder eine Wiederanlage) ersetzt worden sei. In der Ausübung bzw. der Mitwirkung bei dieser Disposition läge die entsprechende wirtschaftliche Verfügung im Sinne von § 11 Abs. 1 EStG.¹²

Die vorstehend skizzierte Begründung der Rechtsprechung des BFH unterliegt allerdings bestimmten Einschränkungen, die zugleich auch ihre Schwäche offenbaren.

Zunächst soll allein das „buchmäßige Festhalten einer Schuld“ noch nicht ausreichen. Vielmehr müsse hinzukommen, daß durch dieses „Festhalten“ der Betrag dem Berechtigten von nun an zur Verwendung zur Verfügung stehe. Daraus ist zu folgern, daß eine Schuldumwandlung im eigentlichen Sinne wohl nicht stets erforderlich ist, da offensichtlich auch die Bestätigung im Sinne eines schlichten (deklaratorischen) Schuldanerkenntnisses ausreichend sein soll. Andererseits bleibt dann zu fragen, durch welchen rechtserheblichen Schritt – unterhalb der Schwelle der Novation – zum Ausdruck gebracht wird, daß der Betrag von nun an dem Berechtigten zur Verfügung stehen solle.

Auch hier schränkt die BFH-Rechtsprechung nun ein, daß der Gläubiger in der Lage sein müsse, den Leistungserfolg auch ohne weiteres Zutun des im übrigen leistungsbereiten und leistungsfähigen Schuldners herbeizuführen.¹³ Da aber offensichtlich der „Streßtest“ des tatsächlichen Abzugs der Gutschrift nicht zwingende Voraussetzung für die Annahme eines Zuflusses ist, kommt wieder der Gedanke der Novation ins Spiel. Sie soll offensichtlich nur ein möglicher Anwendungsfall der Herbeiführung des Leistungserfolges durch den Gläubiger ohne weiteres Zutun des Schuldners sein. Dies ist streng genommen inkonsequent, da eine Novation stets einen gemeinsamen rechtsgeschäftlichen

Willen zur Schuldumwandlung voraussetzt.

Gleichwohl sieht der BFH die Novation zunächst „als Folge der Ausübung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht des Gläubigers (Steuerpflichtigen) über den Gegenstand der Altforderung“¹⁴, schließt aber zugleich ein weiteres Entscheidungskriterium an. Die Schuldumwandlung indiziere nur dann die Verfügungsmacht des Gläubigers über den Gegenstand der Altforderung, wenn sie im alleinigen oder überwiegenden Interesse des Gläubigers erfolge. „Bleibt die Schuld hingegen im Interesse des Schuldners bestehen, liegt wirtschaftlich gesehen trotz der Novation lediglich eine Stundung der ursprünglichen Schuld vor.“¹⁵ Dies ist streng genommen ein Widerspruch in sich, da dann, wenn „die Schuld“ bestehenbleibt, schon begrifflich kaum von einer Novation die Rede sein kann.

Wohl auch deshalb fügt der BFH in seiner jüngsten Rechtsprechung zwar weitere Kriterien an, die eine wohl auch von dort als zu weit gehend empfundene Anwendung der Rechtsprechungsgrundsätze wieder eingrenzen sollen. Hier ist zunächst das Kriterium der Möglichkeit, von der objektiven Bereicherung auch Kenntnis zu nehmen, zu nennen. Dabei ist es nicht unbedingt erforderlich, daß im konkreten Einzelfall die positive Kenntnis des Steuerpflichtigen von seinem Anspruch und dessen neuer Qualität vorliegt; die – ausreichende – Möglichkeit zur Kenntnisnahme kann auch auf ständiger Übung beruhen. Eine solche ständige Übung wird z. B. in der Verzinsung ab einem bestimmten Stichtag gesehen.

Schließlich wird insoweit eine Konzession an die tatsächliche Vermögenslage gegenüber dem reinen Vorstellungsbild des Anlegers gemacht, als dieser auch objektiv in der Lage hätte sein müssen, eine konkrete Auszahlung in seinem Fall erreichen zu können. Dabei ist die Möglichkeit einer hypothetischen Zahlung an alle Anleger zur gleichen Zeit nicht der Maßstab. Die objektiv wertlose Forderung auch bei der einzelfallbezogenen Betrachtung soll jedoch dann vorliegen, wenn ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt ist.¹⁶

Damit bejaht der BFH explizit einen wirtschaftlichen Zufluß auch dann, wenn das „Schneeballsystem“ zusammenbrechen würde, wenn alle oder eine große Anzahl von Anlegern gleichzeitig „ihren“ Zufluß realisieren wollten.

11 Vgl. BFH, Urteil vom 16.03.2010 – VIII R 4/07 84/07 und die dort zitierte vorausgegangene Rechtsprechung des BFH.

12 Vgl. BFH, a. a. O.

13 Ständige Rechtsprechung seit BFH, Urteil vom 14.02.1984 – VIII R 221/80.

14 Vgl. BFH, Urteil vom 16.03.2010 und die dort zitierte Rechtsprechung.

15 BFH, a. a. O.

16 Ständige Rechtsprechung, vgl. BFH, Urteil vom 28.10.2008 – VIII R 36/04, m. w. N.

Schon oberhalb dieser Schwelle stellt der BFH nunmehr allerdings einen Zufluß dann in Frage, wenn der Zahlungspflichtige eine sofortige Auszahlung ablehnt und stattdessen über andere Zahlungsmodalitäten verhandelt. Es soll hierbei wohl wieder auf die bereits oben angesprochene Einschränkung zurückgegriffen werden, daß bei einem Bestehenbleiben der Schuld im überwiegenden Interesse des Schuldners auch nach Auffassung des BFH ein eher stundungsähnlicher Vorgang vorläge, der aus der Sicht des Anlegers als Gläubiger nicht als Disposition und damit Zufluß im Sinne von § 11 Abs. 1 EStG gewertet werden kann. Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß der BFH dabei auch von der Möglichkeit einer im Zeitablauf wechselhaften Interessenlage ausgeht. Er spricht in den Urteilsgründen, mit denen er dem FG weitere tatsächliche Feststellungen aufgibt, die Möglichkeit an, daß selbst bei Feststellung einer auch für den Einzelfall fehlenden Leistungsbereitschaft des Gläubigers es nicht ausgeschlossen wäre, daß diese später wieder eingetreten sei.

IV. Anfechtbarkeit der Auszahlung von Scheingewinnen im Insolvenzfall

Der BGH stellt im Rahmen der Prüfung der Insolvenzanfechtung gem. § 134 Abs. 1 InsO ebenfalls die zunächst an der Deklaration orientierte Betrachtung in den Vordergrund. In dem bereits genannten Urteil vom 22.04.2010¹⁷ und einem weiteren Urteil vom gleichen Tage¹⁸ betont er, daß (auch) Scheingewinne objektiv unentgeltliche Leistungen nach § 134 Abs. 1 InsO seien. Insoweit käme es nicht darauf an, wie diese Scheingewinne berechnet wären. Auch eine Saldierung mit der ursprünglich erbrachten Einlage käme nicht in Betracht, obwohl dies – gerade aufgrund der Eigenschaft als „Schein“ – Gewinne¹⁹ – naheläge. In diesem Zusammenhang lehnt der BGH auch eine Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen des getäuschten Empfängers der Scheingewinne ab.

Als entgeltlich und damit nicht anfechtbar sieht der BGH hingegen Auszahlungen an, welche als Rückzahlung auf eine (noch vorhandene) Einlage zu werten seien. Offen blieb im zu entscheidenden Fall, ob diese Unterscheidung letztlich nach objektiven Kriterien oder der subjektiven Vorstellung der Beteiligten zu treffen gewesen wäre. Das Oberlandesgericht hatte hierzu keine Feststellung getroffen; nach den Umständen des Einzelfalles kam es angesichts des noch im Streit stehenden Betrages hierauf jedoch nicht an. Da der BGH insoweit jedoch das Vorstellungsbild der Beteiligten nicht anspricht, hilfsweise auf eine Nachberechnung der Kontenstände durch den Insolvenzverwalter verweist und schließlich auch darauf, daß der Anleger durch die Rückzahlung seiner Einlage zugleich einen „Anspruch auf Rückzahlung der noch vorhandenen Einlage“ verliere – womit die Leistung nicht unentgeltlich sei –, scheint bei der Rückzahlung der Einlage doch eine objektiv-bilanzielle

Betrachtung im Fokus der Richter zu stehen. Diese Argumentation erscheint prima facie nachvollziehbar. Trotzdem steht sie durchaus in einem gewissen Widerspruch zur Behandlung der „Scheingewinne“ in insolvenzrechtlicher Hinsicht (jedenfalls außerhalb des dort entschiedenen Sonderfalls), da Scheingewinne geradezu der Definition nach ebenfalls Entnahmen sind und dementsprechend bilanziell das Kapitalkonto mindern, weshalb auch insoweit „der Anspruch auf Rückzahlung der Einlage“ vermindert wird, was der BGH als ausreichende Voraussetzung der „Entgeltlichkeit“ ansieht.

Die insolvenzrechtliche Rechtsprechung folgt damit zwar zunächst der begriffsorientierten Unterscheidung zwischen (Schein-) Gewinnen und Rückzahlungen der Einlage, reichert diese aber ebenfalls wiederum um objektive, an der vermögensmäßigen Betrachtung orientierte Kriterien an, um unbillige Ergebnisse zu vermeiden.

V. Keine Einlagensicherung für Scheingewinne

Unbillige Ergebnisse vermeiden möchte der BGH in seiner jüngsten Entscheidung vom 23.11.2010²⁰ offensichtlich auch. Hier allerdings im Hinblick auf eine als unbillig empfundene Belastung der Entschädigungseinrichtung der Wertpapierhandelsunternehmen gegenüber den Anlegern. Der 11. Zivilsenat wies damit letztinstanzlich die Klage eines Anlegers ab, der im Rahmen des sog. Phoenix-Managed-Accounts der Phoenix Kapitaldienst GmbH Kapital für Termingeschäfte (Futures und Optionen) angelegt hatte. Statt der entsprechenden Anlage wurde jedoch ein Großteil der Gelder im Rahmen des Schneeballsystems für Zahlungen an Altanleger und für die laufenden Geschäfts- und Betriebskosten verwendet. Neben tatsächlich zugeflossenen Auszahlungen liefen auf dem Konto des Klägers weitere Beträge auf, die dieser nach der Untersagung des Geschäftsbetriebes durch die BaFin abzüglich seines Selbstbehaltes von 10% geltend machte.

Vergleicht man die Argumentation des Klägers mit der des BFH in seiner Rechtsprechung zur Steuerbarkeit von Scheingewinnen, so springen entsprechende Parallelen ins Auge. Auch der Kläger hatte darauf verwiesen, daß ihm in der Vergangenheit entsprechende Gutschriften auch stets ausgezahlt worden waren. Er konnte also durchaus davon ausgehen, daß die entsprechenden Gutschriften jedenfalls in seinem Fall von einem leistungsbereiten Schuldner hätten ausgezahlt werden können, auch wenn dieser vielleicht

¹⁷ Vgl. FN 8.

¹⁸ XI ZR 163/09.

¹⁹ In diesem Sinne die Vorinstanz OLG München, ZIP 2009, S. 918.

²⁰ Vgl. FN 9.

nicht in der Lage gewesen wäre, alle entsprechenden Gutschriften gleichzeitig zu bedienen. Dies zeigte sich daran, daß dem Kläger tatsächlich betragsmäßig ein großer Teil seiner Einzahlungen – auf seine Disposition über entsprechende Guthaben hin – ausgezahlt worden war. Der 11. Zivilsenat des BGH stellte jedoch nunmehr die bilanzielle Betrachtungsweise in den Vordergrund. Er sah die Gutschriftsbeträge als solche nicht als „Verpflichtungen eines Instituts zur Rückzahlung von Geldern, die den Anlegern aus Wertpapier geschuldet werden oder gehören und die für deren Rechnung im Zusammenhang mit Wertpapiergeschäften gehalten werden (vgl. § 1 Abs. 4 Satz 1 des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes), an. Vielmehr stellte der 11. Zivilsenat auf die tatsächliche Vermögenslage ab. Er gab der Revision des Klägers nur zu einem (geringen) Teil insoweit statt, als die bisherigen Auszahlungen noch nicht den Betrag der Nettoanlagesumme erreicht hatten. Die Kontoauszüge und Saldenbestätigungen als solche wären jedoch weder abstrakte Schuldversprechen noch Schuldanerkenntnisse, welche Grundlage als Entschädigungsanspruch sein könnten. Darüber hinaus müsse dieser aber auch aus grundsätzlichen Erwägungen verneint werden. Weder der Wortlaut des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes noch der Gesetzesmaterialien oder der Anlegerentschädigungsrichtlinie 97/9/EG vom 03.03.1997 geböte es, den Entschädigungsanspruch auf Scheingewinne auszudehnen.

VI. Fazit

Dem 11. Zivilsenat des BGH mag man folgen. Was jedoch gegenüber der Entschädigungseinrichtung für Wertpapierhandelsunternehmen recht erscheint, müsste im Verhältnis zum Fiskus erst recht billig sein. Nicht nur die Wertungswidersprüche in verschiedenen Rechtsgebieten, sondern auch die als solche durchaus nachvollziehbaren und begrüßenswerten Einschränkungen der steuerlich prinzipiell am subjektiven Vorstellungsbild der Beteiligten orientierten Rechtsprechung zeigen, daß man – erst recht – im Steuerrecht zugunsten des Steuerpflichtigen bei der viel zitierten wirtschaftlichen Betrachtungsweise bleiben sollte. Weder die Anknüpfung an subjektive Vorstellungen des Anlegers bzw. eine einzelfallbezogene Leistungsbereitschaft des Gläubigers noch die Anknüpfung an begriffliche Unterscheidungen wie bloße Stundungsvereinbarung im Gegensatz zu steuerauslösender Novation, und schließlich auch die Korrektur der hiernach gefundenen Ergebnisse durch objektive Kriterien im Extremfall des gänzlich verlorenen Kapitals, vermögen zu überzeugen. Dies gilt zunächst für die Altfälle. Im Rahmen des neuen Steuerregimes für Einkünfte aus Kapitalvermögen bei grundsätzlicher Berücksichtigung sowohl von echten Erträgen wie von Veränderungen auf der Vermögensebene könnte man meinen, daß diese Fragen zukünftig an Brisanz verlören. Dies wäre jedoch nur dann der Fall, wenn die Rechtsprechung der Finanzgerichte nicht ggf. auch auf der Vermögensebene die bisherige Rechtsprechung zu Scheingewinnen „konsequent“ auf scheinbare Kapitalveränderungen ausweiten würde. Daß jedenfalls dies nicht eintritt, bleibt zu hoffen.