

Steuerliche Behandlung „wertloser“ Kapitalanlagen – für eine Wende zur Systemkonsequenz

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. Bisheriger Diskussionsstand

Seit dem Veranlagungszeitraum 2009 hat sich mit der Einführung eines besonderen Steuersatzes auf Kapitaleinkünfte und der sogenannten Abgeltungsteuer ein Systemwechsel vollzogen. Während bis dahin Wertveränderungen nur im Rahmen der sogenannten Spekulationsfrist oder in (oft streitigen) Sonderfällen der Abgrenzung zwischen laufenden Erträgen und Änderungen auf der Vermögensebene der Besteuerung unterlagen, wurde durch § 20 Abs. 2 EStG in der aktuellen Fassung eine grundsätzliche Steuerbarkeit auch von Wertveränderungen eingeführt. Dies gilt sowohl für diesbezügliche Gewinne wie auch Verluste. Flankiert wird dies durch § 20 Abs. 3 EStG, der auch sonstige Entgelte oder Vorteile, die neben den vorbezeichneten Einnahmen oder statt Ihnen gewährt werden, der Besteuerung unterwirft. Aufgrund des bei den Kapitaleinkünften bestehenden besonderen Steuer-Regimes ist jedoch eine Verlustverrechnung gem. § 20 Abs. 6 EStG nur innerhalb der entsprechenden Einkunftsart möglich. Dies erscheint aufgrund des im Regelfall fixierten Steuersatzes als Ausnahme gegenüber den übrigen Einkunftsarten jedenfalls systemkonsequent. Darüber hinaus werden gem. § 20 Abs. 6 Satz 4 EStG noch innerhalb derselben Einkunftsart zwei sogenannte „Verlustverrechnungstöpfe“ gebildet. Ob dies ebenfalls systembedingt oder eher durch fiskalische Interessen begründet ist, mag an dieser Stelle dahinstehen.

Im hier interessierenden Zusammenhang gilt jedenfalls, daß grundsätzlich der sogenannte „capital gain“ bei Einkünften aus Kapitalvermögen nunmehr seit vielen Jahren ebenso einer Besteuerung unterliegt, wie umgekehrt Verluste – zumindest innerhalb dieser Einkunftsart – abgezogen werden können, auch wenn sie sich „nur“ auf der Vermögensebene abspielen.

Da dieser Mechanismus jedoch gem. § 20 Abs. 2 in allen seinen Ziffern stets eine „Veräußerung“ voraussetzt und auch § 20 Abs. 3 EStG nur Nebenleistungen oder Surrogate derartiger Veräußerungen als Auffangnorm der Besteuerung unterwirft, ergab sich schnell die Frage, was als „Veräußerung“ in diesem Sinne zu verstehen sei. Grundsätzlich wird bei jedenfalls prinzipieller Übereinstimmung hinsichtlich eines „weiten Veräußerungsbegriffs“¹ davon ausgegangen, daß auch entsprechend dem Wortlaut von § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG die (zivilrechtliche) Form der Realisierung einer Wertveränderung am „Ende“ der Innehabung einer Kapi-

talanlage nicht entscheidend sein soll, so daß auch die Einlösung, Rückzahlung, Abtretung oder verdeckte Einlage in eine Kapitalgesellschaft hiervon umfaßt sind. Zugleich vertritt aber die wohl zumindest in der Praxis herrschende Meinung in der Rechtsprechung² und auch der Literatur³ die Auffassung, daß der schlichte Wertverfall terminologisch nicht als „Veräußerung“ im Sinne des Gesetzes angesehen werden könne. Dementsprechend bleibe er nach wie vor als solcher steuerlich unberücksichtigt und führe insbesondere nicht zu (mit anderen Kapitaleinkünften verrechenbaren) Verlusten. In der Literatur wurde dies vielfach kritisiert, insbesondere auch unter Hinweis auf eine insoweit zu engstirnige „wortgetreue“ Auslegung des Begriffs der Veräußerung vor dem Hintergrund des § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG und insbesondere auch der – mangelnden – Systemkonsequenz im Falle einer Außerachtlassung von Verlusten, welche nicht durch eine Veräußerung in diesem eng verstandenen Sinne bedingt wären.⁴

2. Haltung der Finanzverwaltung

Für die Veranlagungspraxis herrscht(e) lange Zeit „Ruhe im Land“, da nach dem BMF-Schreiben vom 09.10.2012⁵ schlichte Wertverluste und Forderungsausfälle keine „Veräußerungen“ und damit steuerlich relevanten Vorgänge sein sollten. Dies wurde durch das aktuelle BMF-Schreiben vom 18.01.2016⁶ noch bekräftigt und verstärkt. Dort werden zudem auch manche „echten“ Veräußerungsfälle einer gesonderten Behandlung zugeführt. So soll eine – berücksichtigungsfähige – Veräußerung auch dann nicht vorliegen, wenn sich der Veräußerungspreis niedriger als die tat-

1 Vgl. hierzu *Schmidt/Weber-Grellet*, EStG, § 20 Rz. 126.

2 FG Düsseldorf, Urteil vom 11.03.2015 – 7 K 3661/14 E, Revision eingelegt, AZ des BFH VIII R 13/15, mit expliziten Ausführungen auch zur neuen Rechtslage; kritisch hierzu *Aigner*, DStR 2016, S. 345 ff.

3 Vgl. hierzu *Schmidt/Weber-Grellet*, a.a.O.; aktuell *Jansen*, DStR 2016, 2729, m.w.N. in Rz. 8; auch mit Hinweisen auf die dort durchaus umstrittenen Haltung.

4 Vgl. auch hierzu aktuell *Jansen*, a.a.O.; *Schmitt-Hoffmann*, BB 2010, S. 353.

5 IV. C1-S 2252/10/10013.

6 IV. C 1-S 2252/08/10004.

sächlichen Transaktionskosten darstellt⁷ oder wenn sich die Veräußerung als teilentgeltlich darstellt. Nach Auffassung der Finanzverwaltung soll dann nicht etwa ein insgesamt (niedrigerer) Veräußerungserlös angenommen werden, sondern die Transaktion soll in einen (voll) entgeltlichen Teil und einen weiteren (voll) unentgeltlichen – und damit insoweit nicht berücksichtigungsfähigen – Teil aufgespalten werden⁸. In der Praxis wird die Bedeutung dieser auch im Bundessteuerblatt veröffentlichten Auffassung der Finanzverwaltung dadurch verstärkt, daß der Gesetzgeber durch das Steueränderungsgesetz 2015 § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG dahin ergänzt hat, daß der von den Zahlstellen vorzunehmende Steuerabzug „unter Beachtung der im Bundessteuerblatt veröffentlichten Auslegungsvorschriften“ der Finanzverwaltung für Rechnungen des Anliegers vorzunehmen ist. Diese schon systematisch recht bedenkliche Regelung⁹ zwingt Banken und andere Zahlstellen de facto dazu, im Zweifelsfall zunächst einmal der Auffassung der Finanzverwaltung zu folgen, auch um selbst vor Sanktionen geschützt zu sein.

Aus der Sicht der Praxis und dem Interesse der Finanzverwaltung wird für diese insoweit durchaus einengende Handhabung angeführt, daß ansonsten Mißbrauchsmöglichkeiten nahelägen. Denkbar ist z. B., daß „verdeckte Schenkungen“ zunächst als Darlehen deklariert würden, um dann nach einiger Zeit erlassen, oder bei nicht (mehr) hinreichender Bonität des Schuldners als wertlos steuerlich deklariert würden. Schenkungssteuerpflichtige Sachverhalte würden so in verrechenbare Verluste umgemünzt. Unabhängig davon, wie hoch man die reale Gefahr derartiger denkbarer Mißbräuche einschätzt, gibt es jedoch mindestens zwei Einwände hiergegen: Würde sich ein Finanzinstrument in einem Betriebsvermögen befinden, welches sein Ergebnis im Rahmen einer Bilanz darstellt, sind – übrigens auch nach Auffassung der Finanzverwaltung – selbst noch nicht realisierte Verluste auch aufgrund eines lediglich niedrigeren Marktwertes des Finanzinstruments, aber natürlich erst Recht bei einem Wertverfall, durch Wertberichtigung zu erfassen.¹⁰ Wenn dies also im Grundsatz im Rahmen anderweitiger Einkünfte (vgl. § 20 Abs. 8 EStG) möglich ist, dürfte es – ungeachtet der weiteren Unterschiede in der „Besteuerungstechnik“ bei den Einkünften aus Kapitalvermögen im Privatvermögen – schwer zu begründen sein, warum hier gleichartige Verluste generell keine Rolle spielen dürfen. Denkbare Mißbrauchsfälle wären durchaus im Rahmen von § 42 AO zweckgerecht zu behandeln. Zugleich wird aber durch diese einengende Sichtweise ein Einfallstor für entsprechende Gestaltungsempfehlungen geschaffen, welches viel umfassender sein kann. Denn der Inhaber einer bestimmten Kapitalanlage ist aus steuerlicher Sicht geradezu gehalten, statt der Hinnahme eines nicht steuerbaren Ausfalls notfalls noch kurz vor dem Eintritt des Totalverlustes eine „echte“ Veräußerung vorzunehmen, die ihm dann die entsprechende Nutzbarmachung der Verluste ermöglicht. Dieser Gestaltungshinweis ist weder ein Ge-

heimtipp noch per se rechtsmißbräuchlich; wann hier die Grenze zu § 42 AO überschritten wird, dürfte nicht einfach festzustellen sein.

Die Sichtweise der Finanzverwaltung ist damit theoretisch zumindest angreifbar und profiskalisch orientiert; selbst wenn man der Absicht der Mißbrauchsverhütung gerade im täglichen Veranlagungsgeschäft einen anerkenntenswerten Stellenwert einräumen möchte, muß man jedoch berücksichtigen, daß hierdurch allenfalls ein Problem durch die Schaffung anderweitiger Diskussionsfelder eingedämmt werden kann.

Aufgrund der eindeutigen Position der Finanzverwaltung und der schon angesprochenen Verpflichtung der depotführenden Stellen, wegen § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG im Zweifel der Auffassung der Finanzverwaltung zu folgen, hat es der Steuerpflichtige nicht einfach. Er muß derartige Fälle selbst erkennen und im Rahmen seiner Einkommensteuererklärung die entsprechenden Verluste geltend machen. Diese sind jedoch – entsprechend der Auffassung des BMF – gerade nicht in seiner Jahresertragnisaufstellung und der Steuerbescheinigung enthalten. Zwar weisen einige Institute in den Wertpapierabrechnungen daraufhin, daß sie unter Anwendungen des BMF-Schreibens bestimmte Verluste nicht ausgewiesen hätten, dies ist aber keineswegs flächendeckend verbreitet. Es bleibt für den Anleger ein „dornenreicher Weg“ über das Rechtsbehelfsverfahren und ggf. die Finanzgerichte.

3. Optionen als Sonderfall?

Allerdings scheinen sich hier in jüngerer Zeit Lichtblicke ergeben zu haben. Zunächst zu Altfällen¹¹, dann aber auch zu Neufällen¹² hat der BFH entschieden, daß jedenfalls bei Optionsgeschäften der schlichte Verfall einer Option durchaus einen steuerbaren und verrechenbaren Verlust begründen könne. Begründet wird dies systematisch mit dem verfassungsrechtlichen Gebot der Gleichbehandlung und auch der praktischen Überlegung, daß das Verlangen der tatsächlichen Ausübung einer Option zur Realisierung des Verlustes wohl nur als „bloße Förmelerei“ angesehen werden könne, wollte man es steuerrechtlich fordern. In gleicher Weise hat sich auch das niedersächsische Finanzgericht in seinem Urteil vom 28.10.2015¹³ geäußert. Die Parallele

7 A.a.O.; Rz. 59, zur Kritik hieran vgl. *Jansen*, a.a.O.

8 Vgl. Fußnote 6 Rz. 60 a ff.

9 Vgl. hierzu kritisch *Jansen*, a.a.O., S. 2735; *Zacher*, steueranwaltsmagazin 2016, 130 ff.

10 Vgl. hierzu jüngst FG München, Urteil vom 23.03.2015 – 7 K 1790/12.

11 Vgl. BFH, Urteil vom 10.11.2015 – IX R 20/14.

12 Vgl. BFH, Urteil vom 12.01.2016 – IX R 48/14.

13 Vgl. 3 K 420/14 – Revision anhängig beim BFH unter dem AZ VIII R 40/15.

zum Verfall von Forderungen (Schuldverschreibungen), aber auch bei Beteiligungen wie etwa Aktien,¹⁴ liegt nahe. Kann es wirklich entscheidend sein oder wäre es nicht auch hier eine bloße Förmelerei, wenn man statt dem Verfall die noch kurz vorher vorgenommene Übertragung gegen einen ganz geringen Betrag „anerkennen bzw. fordern“ würde?¹⁵

4. (Unbedingte) Termingeschäfte als Sonderfall?

Ein Termingeschäft im Sinne der steuerlichen Terminologie liegt dann vor, wenn der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert oder veränderliche Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt.¹⁶ Zu ergänzen ist, daß dies regelmäßig in der Zukunft liegt, denn bei bereits aktuell feststehenden Werten würde eine Partei vernünftigerweise ein solches Geschäft nicht abschließen. Optionen sind ihrerseits Termingeschäfte, welche (im Gegensatz zu unbedingten Termingeschäften) in der Weise bedingt sind, daß der Optionsinhaber nur das Recht, aber nicht die Pflicht hat, eine bestimmte wirtschaftliche Folge herbeizuführen. Wie schon oben dargelegt, verzichtet der BFH in inzwischen feststehender Rechtsprechung darauf, den Optionsinhaber bei sicher eintretendem Verlust aus steuerlichen Gründen zur Ausübung der Option „zu zwingen“.

Erst recht muß dies aber dann gelten, wenn ein sonstiges unbedingtes Termingeschäft vorliegt, weil dann (noch nicht einmal) der eintretende wirtschaftliche Nachteil von einer Willensentscheidung abhängt. Der BFH begründet auch überzeugend, daß es jedenfalls nach dem aktuellen Gesetzeswortlaut nicht mehr darauf ankommen könne, ob das bzw. die Basisgeschäfte durchgeführt würden oder lediglich ein Spitzenausgleich bzw. das sogenannte „Netting“ vereinbart worden ist.¹⁷ Der Gedanke der – auch steuerwirksamen – Verlustrealisierung, unabhängig von der tatsächlichen Ausführung der optional oder bindend vereinbarten Basisgeschäfte, gilt allgemein.

5. Swaps als Sonderfall?

Die derzeit zivilrechtlich besonders häufig diskutierten Swap-Geschäfte bilden ihrerseits wiederum einen Unterfall zu den Termingeschäften. Sie kennzeichnet die Besonderheit, daß hier regelmäßig Zahlungsströme über eine bestimmte Laufzeit mit unterschiedlichen Berechnungsgrundlagen ausgetauscht werden, die je nach Entwicklung dieser Berechnungsgrundlagen mal in die eine Richtung, mal in die andere Richtung einen Überschuß aufweisen. Zugleich kommt es regelmäßig zum Ende der Laufzeit zu einer Differenzberechnung, da auch die zugrunde gelegten Bestände (allerdings je nach Art des Swap-Geschäftes) eine unterschiedliche Entwicklung, jedenfalls bezogen auf die

lokale Währung, genommen haben können. Hier geht die Finanzverwaltung allerdings – jedenfalls unter dem aktuellen Steuer-Regime seit 2009 – durchaus davon aus, daß auch ein steuerbarer Gewinn oder Verlust gem. § 20 Abs. 2 Nr. 3 EStG (auch) hinsichtlich der Schlußzahlung eingreift. Entgegen einer früher zum Teil verbreiteten Behandlung des einheitlichen Swap-Geschäftes als gegenläufige Darlehen, wird der Swap jetzt auch steuerlich als einheitliches Rechtsgeschäft angesehen.¹⁸ Auch hier spielt es im Übrigen nach aktuellem Recht keine Rolle, ob die Schlußzahlungen hin- und her geleistet werden oder lediglich ein Spitzenausgleich erfolgt.¹⁹

6. Schadensersatzzahlungen für gescheiterte Kapitalanlagen als „umgekehrter Sonderfall“

Die im Kapitalmarktrecht häufigen Fälle der sogenannten „Rückabwicklung“ negativ verlaufender Kapitalanlagen aufgrund von Prospektmängeln, Beratungsfehlern etc. werden in der Praxis hingegen scheinbar ohne nähere Problematisierung steuerlich als der Veräußerung gleichgestellte Fälle im Sinne von § 20 Abs. 2, 3 EStG behandelt.

Zwei Fragen sind hier zu trennen: Erstens stellt sich die Frage, ob die durch Urteil oder Vereinbarung (Vergleich) erzielte Leistung überhaupt eine Gegenleistung für bestimmte Kapitalanlagen ist. Selbst das BMF fordert, daß ein „unmittelbarer Zusammenhang zu einer konkret einzelnen Transaktion“ bestehen muß.²⁰ Diese Grundvoraussetzung scheint in der Praxis allerdings manchmal von den Finanzämtern vor Ort übersehen zu werden. Werden entsprechende Regelungen mit Banken oder anderen Finanzinstituten getroffen, wird oftmals – als Teil der Gesamtregelung – auch ein Verzicht auf (denkbare) Schadensersatzansprüche hinsichtlich der bestehenden Kapitalanlagen vereinbart. Manchmal hat die entsprechende Vereinbarung eher den Hintergrund eines „Sanierungsvergleiches“, bei der die gewährende Bank zur Vermeidung noch nachteiligerer Folgen für den Kunden und ggf. auch unter Einbeziehung streitiger Gegenansprüche auf bestimmte Beträge verzichtet oder solche noch zur Verfügung stellt, dann aber unter Übertragung vorhandener Assets. Ist diese Übertragung je-

14 Vgl. hierzu etwa den Fall BFH, Urteil vom 12.05.2016 – IX R 57/13, allerdings aufgrund von Besonderheiten des US-amerikanischen Insolvenzrechts.

15 In diesem Sinne vgl. etwa FG Düsseldorf, Urteil vom 26.02.2014 – 7 K 2180/13 I; Urteil vom 06.10.2015 – 2 K 309/13.

16 Vgl. BGH, Urteil vom 12.01.2016 – IX R 49/14.

17 Vgl. BFH a.a.O.

18 Zur Aufgabe der sog. Trennungstheorie vgl. BFH, Urteil vom 12.01.2016 – IX ZR 48/14, allerdings für den Fall von Optionen.

19 Vgl. hierzu ausführlich Zacher, *steueranwaltsmagazin* 2016, 147 ff.

20 Vgl. hierzu Rz. 83 des BMF-Schreibens; vgl. oben Fußnote 8.

doch nur „Nebenfolge“ einer Gesamtregelung mit völlig anderem Hintergrund, besteht kein unmittelbarer Zusammenhang zum Ausgleich eines konkreten Verlustes bei einer oder mehreren hiervon mitumfaßten Kapitalanlagen. Eine schlichte Zuordnung nach wirtschaftlichen (Verhältnis-)Maßstäben, wie sie teilweise ohne nähere Begründung vorgenommen wird, verbietet sich von daher. Auch hier stehen die Banken allerdings durch § 44 Abs. 1 Satz 3 EStG unter einem gewissen Druck, im Zweifelsfall „vorsorglich“ Kapitalertragssteuer abzuführen.

Auch wenn eine konkrete Zuordnung feststeht, bleibt die Grundsatzfrage: Ist die Zahlung aufgrund schadensersatzlicher Rückabwicklungen, eines erfolgreichen Widerrufs o. Ä. die anstelle eines Entgeltes oder Vorteils im Sinne von § 20 Abs. 2 EStG gewährt worden? Denn erstens liegt im Regelfall gerade keine Wertsteigerung zugrunde – sonst wäre es zur Rückabwicklung nicht gekommen – und zweitens ist die Rückabwicklung jedenfalls nicht ohne Weiteres als „Surrogat für eine Veräußerung“ anzusehen, da eine solche jedenfalls grundsätzlich „ein synallagmatisches Austauschverhältnis“ voraussetzt, dessen Hauptleistungspflichten einerseits in einer Geldleistungspflicht der eigenen Vertragspartei und andererseits in einer Sachlieferungspflicht oder der Verpflichtung zur Rechtsübertragung der anderen Vertragspartei besteht.²¹ Die Kapitalanlage wird aber in den entsprechenden Fällen „nur“ deshalb zurückübertragen, weil der Anspruchsgegner im Sinne des Gesamtausgleichs nicht dazu verpflichtet sein kann, neben der Erstattung des vollen Erwerbspreises, dem Anspruchsteller auch noch die Anlage selbst zu belassen. Mit entsprechenden Überlegungen hat jedenfalls das LG Frankfurt²² kategorisch eine Steuerbarkeit entsprechender Schadenersatzleistungen verneint. Ob diese Wertung durch ein zivilrechtliches Instanzgericht allgemeingültigen Charakter hat, mag bezweifelt werden. Im Sinne der Systemgerechtigkeit muß hier tatsächlich konzidiert werden, das im Rahmen des neuen Gesamtkonzepts von § 20 EStG auch solche Leistungen bei Beendigung einer Kapitalanlage steuerlich berücksichtigt werden müssen. Wenn man dies aber hier mit

der im steuerlichen Bereich wohl eindeutig herrschenden Meinung, trotz durchaus bestehender wortlautbezogener Fragezeichen tut, muß es umso mehr erstaunen, wenn an anderer Stelle der Begriff der Veräußerung wiederum sehr einengend interpretiert wird und beim schlichten Verfall zu einem „weißen Bereich“ führen soll.

7. Fazit: Systemkonsequenz!

Die vorstehenden Beispiele zeigen, daß in letzter Zeit durchaus Bewegung in die Behandlung von Gewinnen, aber insbesondere auch Verlusten im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG gekommen ist. Auch wenn die Rechtsprechung nur einzelfallbezogen agieren kann, sollten diese Fälle und die durchaus grundsätzlichere Diskussion in der Literatur dazu führen, auch und trotz Berücksichtigung der Besonderheiten des Steuer-Regimes von Kapitaleinkünften, jedenfalls innerhalb dieser Einkunftsart einer Systemkonsequenz zum Sieg zu verhelfen. Der capital loss muß ebenso wie der capital gain grundsätzlich steuerbar sein, ohne daß hier reine Begrifflichkeiten ausschlaggebend sein dürfen. Zurzeit wird auf der politischen Bühne die Möglichkeit einer künftigen Abkehr vom besonderen Steuersatz und der Abgeltungsteuer hin zu einer Berücksichtigung der Kapitaleinkünfte nach allgemeinen Grundsätzen, verbunden lediglich mit einem anrechenbaren Vorab-Abzug ähnlich der Lohnsteuer, diskutiert. Spätestens dann müßten positive wie negative Wertentwicklungen eine systemisch gleiche Behandlung erfahren – dies sollte auch jetzt schon innerhalb des besonderen Steuer-Regimes der §§ 20, 32d und 43 ff. EStG der Fall sein!

²¹ Vgl. FG Münster, Urteil vom 14.03.2014 – 12 K 3284/13.

²² Vgl. Urteil vom 21.12.2011 – 2-25 O 218/11.