

II. Übergangsrecht

Im Hinblick auf die Neugestaltung der Besteuerung privater Kapitaleinkünfte durch die Abgeltungsteuer stellt sich für vor 2009 angeschaffte Anlagen die Frage der Anwendbarkeit der neuen bzw. Fortgeltung der alten Regeln. Der VIII. Senat des BFH hat hierzu unter zwei Aspekten Stellung genommen, nämlich der Berücksichtigung einer bereits eingetretenen Entstrickung (dazu 1.) und der stichtagsbezogenen Anwendung des Abgeltungsteuertarifs (dazu 2.).

1. Wahrung einer bereits eingetretenen Entstrickung

a) Tausch von Altanteilen (§ 20 Abs. 4a Satz 2 EStG)

Nach altem Recht konnten mit Ablauf der Veräußerungsfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG a. F. Aktien steuerfrei veräußert, d. h. auch getauscht werden. Im Hinblick auf § 20 Abs. 4a EStG, wonach für bestimmte Fälle des Tausches der Steuerzugriff auf die stillen Reserven verschoben wird, stellt sich die Frage, ob durch diese Verschiebung nach altem Recht bereits entstrickte Anlagen erneut der „späteren“ Besteuerung unterliegen. Der BFH hat sich in zwei Entscheidungen in den Verfahren VIII R 10/13⁵ und VIII R 42/13⁶ grundsätzlich dagegen ausgesprochen:

Wird danach bei einem Aktientausch für vor dem 1. Januar 2009 erworbene ausländische Aktien ein Barausgleich gezahlt, so ist dieser nicht gem. § 20 Abs. 4a Satz 2 EStG in eine einkommensteuerpflichtige Dividende umzuqualifizieren, wenn die Anteile wegen Ablaufs der einjährigen Veräußerungsfrist bereits steuerentstrickt waren. Denn die Anwendung von § 20 Abs. 4a Satz 2 EStG setzt voraus, dass es sich um eine steuerbare Gegenleistung für den Erhalt der Anteile handelt; die Regelung beschränkt sich auf die bloße Umqualifizierung der Barkomponente in eine Dividende und begründet kein Besteuerungsrecht für bereits steuerentstrickte Vermögenswerte. Andernfalls käme es zu einem verfassungsrechtlich unzulässigen Steuerzugriff auf bereits steuerentstrickte Vermögenspositionen.⁷ Denn eine Besteuerung verletzt die verfassungsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes, soweit sie auf Vermögensgegenstände zugreift, die steuerentstrickt waren und bis zum Zeitpunkt der Verkündung der neuen gesetzlichen Rege-

5 BFH v. 20.10.2016, VIII R 10/13, BFHE 255, 537, BStBl II 2017, 262.

6 BFH v. 20.10.2016, VIII R 42/13, BFH/NV 2017, 283.

7 BFH v. 20.10.2016, VIII R 10/13, BFHE 255, 537, BStBl II 2017, 262, Rn 9.

lung steuerfrei realisiert worden sind oder steuerfrei hätten realisiert werden können.⁸

b) Bezugsrechte und junge Aktien von sog. Altanteilen (§ 20 Abs. 4a Satz 4 EStG)

Parallele Fragen der Verstrickung stellen sich im Hinblick auf § 20 Abs. 4a Satz 4 EStG, wonach der Teil der Anschaffungskosten der Altanteile, der auf das Bezugsrecht entfällt, mit 0 € angesetzt wird. Die Regelung – so der BFH im Verfahren VIII R 54/14⁹ – erfasst auch die Veräußerung von jungen Aktien, die aufgrund der Ausübung eines Bezugsrechts erworben wurden. Eine Kapitalerhöhung gegen Einlage führt grundsätzlich zu einer Substanzabspaltung von den Altanteilen auf die erworbenen Neuanteile. Die Anschaffungskosten der bereits bestehenden Anteile sind anteilig auch den neuen Anteilen zuzuordnen (Gesamtwertmethode).¹⁰ Bei handelbaren Bezugsrechten fehlt es aber häufig am ersten Handelstag an einem Kurs, auf dessen Grundlage die Berechnung erfolgen kann, bei nicht handelbaren Bezugsrechten wird kein Kurs festgestellt und bei im Ausland stattfindenden Kapitalmaßnahmen fehlt es regelmäßig an ausreichenden Informationen für die Qualifikation und Bewertung von Bezugsrechten.¹¹ § 20 Abs. 4a Satz 4 EStG soll dem in der Weise begegnen, dass bei Kapitalerhöhungen eine Aufteilung der Anschaffungskosten auf die Altaktien und die Bezugsrechte vermieden wird¹², indem die Besteuerung lediglich zeitlich verschoben wird.¹³

Weitergehende Folgen ergäben sich jedoch bei Kapitalerhöhungen gegen Einlage bei Altanteilen, die vor dem 1. Januar 2009 angeschafft wurden und bei denen die Veräußerungsfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG a. F. zum Zeitpunkt der Veräußerung der jungen Aktien bereits abgelaufen war. Hier käme es nicht nur zu einer zeitlichen Verschiebung der Besteuerung, sondern zu einer erneuten Steuerverhaftung von stillen Reserven. Werden doch die jungen Aktien im Zeitpunkt der Ausübung des Bezugsrechts angeschafft¹⁴ und fallen so unter die Abgeltungsteuer. Damit wären bei einem Ansatz der Anschaffungskosten der jungen Aktien in Höhe von 0 € auch die gesamten von den Altanteilen auf die jungen Aktien übergegangenen stillen Reserven wieder steuerbar. Verhindern könnte der Steuerpflichtige

8 BVerfG v. 07.07.2010, 2 BvL 14/02, 2 BvL 2/04, 2 BvL 13/05, BVerfGE 127, 1, 21 ff., BStBl II 2011, 76.

9 BFH v. 09.05.2017, VIII R 54/14, BFHE 258, 111, BFH/NV 2017, 1245, Rn 14, 24.

10 BFH v. 09.05.2017, VIII R 54/14, BFHE 258, 111, BFH/NV 2017, 1245, Rn 16.

11 BT-Drucks. 16/10189, 50.

12 BFH v. 09.05.2017, VIII R 54/14, BFHE 258, 111, BFH/NV 2017, 1245, Rn 3, 19; BT-Drucks. 16/10189, 50.

13 BFH v. 09.05.2017, VIII R 54/14, BFHE 258, 111, BFH/NV 2017, 1245, Rn 19.

14 So auch BMF v. 18.01.2016, IV C 1–S 2252/08/10004:017, BStBl I 2016, 85, Rn 110.

dieses Ergebnis lediglich dadurch, dass er die Bezugsrechte, die ihm aus den Altanteilen zustehen, steuerfrei veräußert – denn das Anschaffungsdatum der Altanteile geht im Falle der Veräußerung auf die Bezugsrechte über¹⁵ – und direkt im Anschluss die Bezugsrechte wieder zurückkauft, wodurch die Anschaffungskosten der Bezugsrechte nun in Höhe dieses Kaufpreises, der die stillen Reserven enthält, anzusetzen sind. Da aber die übergegangenen stillen Reserven wegen des Ablaufs der Veräußerungsfrist i. S. v. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG a. F. nicht mehr steuerbar waren, dürfen sie auch nicht wegen der Kapitalerhöhung bei einer Weiterveräußerung der jungen Aktien wieder steuerverhaftet werden.¹⁶ Erfährt doch der Gesellschafter durch die „Verwässerung“ seiner Beteiligung keinen realen Wertzuwachs. § 20 Abs. 4a Satz 4 EStG ist daher bei der Ermittlung des Veräußerungsgewinns einer Aktie, die durch die Ausübung eines Bezugsrechts erworben wurde, das von einer vor dem 1. Januar 2009 erworbenen und bereits steuerentstrickten Aktie abgespalten wurde, dahingehend verfassungskonform¹⁷ zu reduzieren, dass die Anschaffungskosten des Bezugsrechts in der tatsächlichen Höhe angesetzt werden.

2. Stichtagsbezogene Anwendung des „neuen“ Rechts der Abgeltungsteuer

a) Abgeltungsteuertarif

Der Abgeltungsteuertarif von 25 % (§ 32d Abs. 1 Satz 1 EStG) ist erstmals auf Kapitalerträge anzuwenden, die dem Gläubiger nach dem 31. Dezember 2008 zufließen, d. h. ab dem 1. Januar 2009 (§ 52a Abs. 1 EStG a. F.).

Diese Stichtagsregelung ermöglicht eine zielgerichtete Nutzung des alten höheren Regeltarifs für Verluste und des neuen Tarifs für positive Erträge. Zu denken ist etwa an eine entsprechende zeitliche Zuordnung von Zwischengewinnen.¹⁸ Dabei führen hohe (negative) Zwischengewinne beim Erwerb von Anteilen an einem Investmentfonds nicht ohne weiteres zur Annahme eines Steuerstundungsmodells i. S. d. § 20 Abs. 7 Satz 1 EStG (§ 20 Abs. 2b Satz 1 EStG a. F.) i. V. m. § 15b EStG. Hierfür genügt es nicht, dass eine (in Fachkreisen) bekannte Gestaltungsidee mit dem Ziel einer sofortigen Verlustverrechnung aufgegriffen wird. Vielmehr muss eine umfassende und regelmäßig an mehrere Interessenten gerichtete Investitionskon-

15 BMF v. 18.01.2016, IV C 1–S 2252/08/10004:017, BStBl I 2016, 85, Rn 109.

16 BFH v. 21.09.2004, IX R 36/01, BFHE 207, 543, BStBl II 2006, 12.

17 BFH v. 09.05.2017, VIII R 54/14, BFHE 258, 111, BFH/NV 2017, 1245, Rn 21 m. w. N.

18 BFH v. 28.06.2017, VIII R 57/14, BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144.

zeption erstellt werden.¹⁹ Nach § 20 Abs. 7 Satz 2 EStG soll zwar ein vorgefertigtes Konzept auch vorliegen, wenn die positiven Einkünfte nicht der tariflichen Einkommensteuer unterliegen. Eine Einschränkung der Verlustverrechnung scheidet also aus, wenn der Steuerpflichtige positive Einkünfte aus Fondsanteilen erzielt, die dem progressiven Einkommensteuertarif gem. § 32a EStG unterliegen. I.Ü. sollte die Norm Modelle erfassen, die das Steuersatzgefälle zwischen tariflicher Einkommensteuer und dem gesonderten Steuertarif für Einkünfte aus Kapitalvermögen gem. § 32d EStG auszunutzen versuchen. Dies kommt aber – so der BFH im Verfahren VIII R 57/14 – im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck.²⁰ Er lässt schon offen, in welchem Veranlagungszeitraum die positiven Einkünfte nicht der tariflichen Einkommensteuer unterliegen müssen. Letztlich ist auch der Sondertarif eine tarifliche Besteuerung und dem Regeltarif unterliegt jedenfalls nur das zu versteuernde Einkommen, nicht aber tun das positive Einkünfte.

b) Werbungskostenabzugsverbot

Die Stichtagsregelung in § 52a Abs. 10 Satz 10 EStG bestimmt den zeitlichen Anwendungsbereich für das Werbungskostenabzugsverbot in § 20 Abs. 9 EStG und ist nur darauf bezogen, die abziehbaren und die nicht abziehbaren abgeflossenen Werbungskosten voneinander abzugrenzen.²¹ In § 52a Abs. 10 Satz 10 EStG ist nicht geregelt, dass ab 2009 einerseits die Abgeltungsteuer mit dem Abzugsverbot des § 20 Abs. 9 EStG als Kernbestandteil eingeführt und daneben andererseits für Aufwendungen, die durch vor dem 1. Januar 2009 zugeflossene Einkünfte veranlasst waren, zeitlich unbefristet (mit der Notwendigkeit einer Einzelfallprüfung) die Möglichkeit gewährt werden sollte, solche Aufwendungen als negative Einkünfte aus Kapitalvermögen neben dem Sparer-Pauschbetrag abzuziehen.

Das Werbungskostenabzugsverbot gem. § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG findet danach auch dann Anwendung, wenn nach dem 31. Dezember 2008 getätigte Ausgaben mit Kapitalerträgen zusammenhängen, die vor dem 1. Januar 2009 zugeflossen sind.²² Ausgaben, die vor dem 1. Januar 2009 erfolgten, sind voll abzugsfähig, auch wenn die Zinsen erst im Veranlagungszeitraum 2009 zugeflossen sind.²³ Auch Schuldzinsen für die Finanzierung der Anschaffung einer im Privatvermögen erhaltenen wesentlichen Beteiligung,

19 BFH v. 28.06.2017, VIII R 57/14, BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144, Rn 17; vgl. auch BFH v. 17.01.2017, VIII R 7/13, BFHE 256, 492, BStBl II 2017, 700; v. 06.02.2014, IV R 59/10, BFHE 244, 385, BStBl II 2014, 465.

20 BFH v. 28.06.2017, VIII R 57/14, BFHE 258, 421, BStBl II 2017, 1144, Rn 23 ff.

21 BFH v. 28.02.2018, VIII R 41/15, BFHE 261, 53, BStBl II 2018, 478.

22 BFH v. 02.12.2014, VIII R 34/13, BFHE 248, 51, BStBl II 2015, 387; v. 09.06.2015, VIII R 12/14, BFHE 251, 401, BStBl II 2016, 199.

23 BFH v. 27.08.2014, VIII R 60/13, BFHE 247, 198, BStBl II 2015, 255.

die auf Zeiträume nach Beendigung einer Beteiligung (durch Veräußerung²⁴ oder durch Auflösung der Gesellschaft²⁵) entfallen, können ab dem Veranlagungszeitraum 2009 nicht mehr als nachträgliche Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen abgezogen werden.²⁶

Diese Stichtagsregelung bewegt sich auch im Rahmen des gesetzgeberischen Pauschalierungs- und Typisierungsspielraums. Gerade beim Systemwechsel zur Abgeltungsteuer war aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität eine Stichtagsregelung wie § 20 Abs. 9 EStG i. V. m. § 52a Abs. 2 und Abs. 10 Satz 10 EStG a. F. möglich, weil der Abzug in Gänze neu geregelt wurde und die Stichtagsregelung dem der Einkommensteuer zugrunde liegenden Prinzip der Abschnittbesteuerung entspricht. Eine Ausnahme hätte zu Verkomplizierungen geführt, die mit der mit Einführung der Abgeltungsteuer bezweckten Vereinfachung unvereinbar gewesen wäre.²⁷

24 Vgl. BFH v. 01.07.2014, VIII R 53/12, BFHE 246, 332, BStBl II 2014, 975.

25 BFH v. 28.02.2018, VIII R 41/15, BFHE 261, 53, BStBl II 2018, 478.

26 BFH v. 01.07.2014, VIII R 53/12, BFHE 246, 332, BStBl II 2014, 975, bestätigt durch BFH v. 28.02.2018, VIII R 41/15, BFHE 261, 53, BStBl II 2018, 478 – zur Berücksichtigung nachträglicher Werbungskosten bei den Einkünften aus Kapitalvermögen in Veranlagungszeiträumen ab 2009 vgl. BFH v. 16.03.2010, VIII R 20/08, BFHE 229, 151, BStBl II 2010, 787; VIII R 36/07, BFH/NV 2010, 1795; v. 29.10.2013, VIII R 13/11, BFHE 243, 346, BStBl II 2014, 251.

27 BFH v. 09.06.2015, VIII R 12/14, BFHE 251, 401, BStBl II 2016, 199.

III. Einkünfteerzielungsabsicht

Zentral für die Anwendung von § 20 EStG ist die Prüfung der Einkünfteerzielungsabsicht.²⁸ Sie erweist sich als unproblematisch, sofern ein negativer Kapitalertrag ausgeschlossen ist, so, wenn positive laufende Erträge oder Gewinne i. S. v. § 20 Abs. 1 oder 2 EStG gleich welcher Art und Höhe absehbar sind und das Werbungskostenabzugsverbot greift (§ 20 Abs. 9 EStG). Jenseits dessen wäre aber auch für eine positive Einkünfteprognose ohne Berücksichtigung von Werbungskosten allein nach Maßgabe der zu prognostizierenden Einnahmen ein Prognosezeitraum erforderlich. Bei diversen Kapitalanlagen ohne Befristung²⁹ ist jedoch ein objektivierbarer Prognosezeitraum im Sinne einer Totalperiode nicht feststellbar. Trotz der parallelen Tatbestandsstruktur von § 20 Abs. 1 EStG und § 21 EStG scheint auch die Zugrundelegung von 30 Jahren³⁰ willkürlich gegriffen, da eine übliche Nutzungsdauer wie bei einem Wohnhaus nicht im Raum steht. Anders als die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sind die Einkünfte bei § 20 EStG gerade nicht prognostizierbar, auch nicht nach einer langen Periode. In aller Regel werden positive Einkünfte gerade auch zu Beginn erzielt; Anfangsverluste sind nicht typisch.³¹

Es zeigt sich, dass bei Beurteilung der Einkünfteerzielungsabsicht im Rahmen von § 20 EStG der besonderen Typik der Einkünfte von Kapitalvermögen Rechnung zu tragen ist, die sich aus ihrem speziellen wirtschaftlichen Hintergrund – Abhängigkeit etwa von Aktienkurs und Währungspolitik – wie ihrer besonderen normativen Ausgestaltung in der Schedule der Abgeltungsteuer – insbesondere die umfassende Steuerverstrickung (§ 20 Abs. 2 EStG) und das Werbungskostenabzugsverbot (§ 20 Abs. 9 EStG) – ergibt. Dies führt zur tatsächlichen Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht.³²

28 Zur Beachtlichkeit der Einkünfteerzielungsabsicht etwa *Weiss*, StuB 2016, 852, 854; *von Beckerath*, in: Kirchhof, EStG, § 20, Rn 8; *Ratschow*, in: Blümich, EStG, § 20, Rn 45 m. v. N.; *Aigner*, DStR 2016, 345, 349.

29 Zu sog. Kündigungsgeldern BFH v. 15.12.1999, X R 23/95, BFHE 190, 460, BStBl II 2000, 267, Rn 32.

30 Vgl. zu § 21 EStG BFH v. 06.11.2001, IX R 97/00, BFHE 197, 151, BStBl II 2002, 726, Rn 26; v. 06.10.2004, IX R 30/03, BFHE 208, 142, BStBl II 2005, 386, Rn 23; v. 28.11.2007, IX R 9/06, BFHE 220, 63, BStBl II 2008, 515, Rn 18 ff.

31 So auch *Haisch/Krampe*, DStR 2011, 2178, 2182.

32 BFH v. 14.03.2017, VIII R 38/15, BFHE 258, 240, BStBl II 2017, 1040; vorgehend FG Düsseldorf v. 23.10.2015, 1 K 2011/13 E, EFG 2016, 377 mit Anm. *Adamek* und v. 14.03.2017, VIII R 25/14, BFHE 258, 237, BStBl II 2017, 1038; dazu *Jachmann-Michel*, DStR 2017, 1849 ff.; *Levedag*, in: Schmidt, EStG, 37. Auflage 2018, § 20, Rn 12; BMF v. 18.01.2016, IV C 1–S 2252/08/10004:017, BStBl I 2016, 85, Rn 125.

Es reicht danach aus, dass ein positiver Ertrag in Zukunft möglich ist. Hier- von ist regelmäßig auszugehen, es sei denn, es gäbe ex ante konkrete Anhaltspunkte für dauerhaft negative Ergebnisse. Insoweit kann eine etwaige Einkünfteerzielungsabsicht nicht für einen Veranlagungszeitraum deshalb entfallen, weil – aus der Perspektive des Anlegers fremdbestimmt – der Zins negativ wird und wieder steigt, wenn die Währungspolitik ihn wieder positiv gestaltet. Die Vermutung ist widerlegt, wenn ein positives Ergebnis einer Kapitalanlage in laufenden Erträgen oder Gewinnen i. S. v. § 20 Abs. 2 EStG auf Dauer von vorneherein ausgeschlossen erscheint. Die praktische Unmöglichkeit, Marktentwicklungen zuverlässig vorherzusagen, kann insoweit nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen gehen. Die Feststel- lungslast trifft das Finanzamt.

Widerlegt wäre die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht etwa bei einem fest vereinbarten Negativzins (negative Einnahmen).³³ Hier steht eine aus dem nicht steuerbaren Bereich stammende Motivation im Raum, insbesondere die sichere Verwahrung von Geld. Sind künftig positive Zins- einnahmen möglich, greift die Vermutung.

Auf welchen Zeitraum es bei Anwendung dieser Grundsätze ankommt, hatte der BFH im Verfahren VIII R 38/15³⁴ zu klären. Es ging darum, ob ein Verlust aus der Veräußerung von Ansprüchen aus einer Lebensversicherung bei den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 EStG zu berücksichtigen ist. Gegenstand war ein Alt-Vertrag, bei dem die 12-Jah- resfrist für die Besteuerung der Zinsen aus den Sparanteilen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG a. F.³⁵ zwar noch nicht abgelaufen war, dessen Verkauf insgesamt als Kapitalstamm vor dem 1. Januar 2009 nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG wegen Ablaufs der Jahresfrist aber bereits nicht mehr steuerbar gewesen wäre. Erst bei einem Verkauf nach dem 31. Dezember 2008 waren die Gewinne/Verluste in Form des Unterschiedsbetrages zwischen den Ein- nahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen, und den Anschaffungskosten (§ 20 Abs. 4 Sätze 1 und 4 EStG) wie- der steuerbar. Zu entscheiden war, ob das Finanzgericht die Anerkennung des Verlusts wegen fehlender Einkünfteerzielungsabsicht verneinen durfte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Widerlegung der Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht konnte nur der der Veräußerung sein, in dem der Kläger seine ursprüngliche Investitionsplanung geändert hat. Erst diese erfüllt auch den maßgeblichen Steuertatbestand des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 EStG. Bei ursprünglich geplantem Lauf der Dinge wären weder hin- sichtlich der Substanz (Jahresfrist nach § 23 EStG a. F.) noch für die Erträge

33 Vgl. dazu stv. *Niermann*, jM 2016, 426.

34 BFH v. 14.03.2017, VIII R 38/15, BFHE 258, 240, BStBl II 2017, 1040.

35 Fassung vor Einführung des Alterseinkünftegesetzes vom 05.07.2004, BGBl I 2004, 1427.

(12-Jahresfrist nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG a. F.) steuerbare Einkünfte angefallen.

Ausgehend vom maßgeblichen Veräußerungszeitpunkt genügte allein das negative Ergebnis der Veräußerung nicht für die Widerlegung der Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht. Denn § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 EStG soll gerade auch den Verlustfall erfassen.³⁶ Im Übrigen diene die Veräußerung der Verlustminimierung.³⁷ Wesentliches Merkmal bei der Feststellung der Einkünfteerzielungsabsicht ist aber, wie der Steuerpflichtige auf eine Verlustperiode reagiert, insbesondere ob er sie unverändert fortführt oder sich um eine Beendigung bemüht, wenn er erkennt, dass ein Gewinn nicht zu erzielen ist.³⁸ Wie dem Inhaber einer notleidenden Option nicht zugemutet wird, sie mit einem noch höheren Verlust ausüben zu müssen, um den Verlust aus dem Verfall geltend machen zu können³⁹, ist auch die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht im Rahmen von § 20 Abs. 2 EStG nicht dadurch widerlegt, dass der Steuerpflichtige sich zu einer Veräußerung entschließt, um eine sich negativ entwickelnde Anlage zu beenden und so einen noch höheren Verlust zu vermeiden.

Im Verfahren VIII R 25/14 (Rückkauf einer Sterbegeldversicherung)⁴⁰ kündigten die Kläger je eine im Jahr 2005 abgeschlossene Sterbegeldversicherung, worauf diese die Versicherung zurückkaufte, die eingezahlten Beiträge den Rückkaufwerten gegenüberstellte und den Klägern einen Verlust aus Kapitalerträgen bescheinigte. Die besondere Typik dieser Anlage bestand darin, dass sie bei geplantem Lauf der Dinge weder in der Substanz noch in den Erträgen steuerbar gewesen wäre – bei einer Sterbegeldversicherung ist der Erbensfall nicht geplant (§ 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prüfung der Einkünfteerzielungsabsicht konnte dementsprechend nicht der Zeitpunkt des Erwerbs sein; damit würde verkannt, dass mit dem Entschluss zu der den Rückkauf auslösenden Kündigung der Versicherungen die ursprüngliche Investitionsplanung geändert wurde. Im Übrigen wäre eine Prognose für den Fall des Scheiterns der ex ante intendierten Anlage aufzustellen, während es in der Systematik der Prüfung von Einkünfte- und Gewinnerzielungsabsicht liegt, vom Plan des Steuerpflichti-

36 Vgl. auch *Haisch/Krampe*, DStR 2011, 2178, 2183; *Moritz/Strohm*, in: *Frotscher/Geurts*, EStG, § 20 (n. F.), Rn 62.

37 FG Düsseldorf v. 23.10.2015, 1 K 2011/13 E, EFG 2016, 377, Rn 8.

38 BFH v. 29.06.1995, VIII R 68/93, BFHE 178, 160, BStBl II 1995, 722, Rn 26 zu § 17 EStG.

39 So bereits BFH v. 26.09.2012, IX R 50/09, BFHE 239, 95, BStBl II 2013, 231; v. 10.11.2015, IX R 20/14, BFHE 251, 381, BStBl II 2016, 159; zur neuen Rechtslage BFH v. 12.01.2016, IX R 48/14, BFHE 252, 423, BStBl II 2016, 456; v. 12.01.2016, IX R 49/14, BFHE 252, 430, BStBl II 2016, 459; v. 12.01.2016 IX R 50/14, BFHE 252, 436, BStBl II 2016, 462; v. 20.10.2016, VIII R 55/13, BFHE 256, 56, BStBl II 2017, 264.

40 BFH v. 14.03.2017, VIII R 25/14, BFHE 258, 237, BStBl II 2017, 1038.

gen zur Einkünfteerzielung auszugehen.⁴¹ Die Steuerpflichtigen hatten im entschiedenen Fall aber ex ante (plankonform) nicht die Absicht, steuerbare Einkünfte zu erzielen. Geboten war also eine Prognose im Zeitpunkt des Rückkaufs. Diese Prognose konnte nicht auf den Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung bezogen werden, wäre dies doch eine unzulässige ex tunc Beurteilung der Einkünfteerzielungsabsicht. Zu fragen war nach Aspekten für die Widerlegung der Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht ab dem Entschluss zum Rückkauf, allein der negative Unterschiedsbetrag genügte hierfür nicht.

⁴¹ Grundlegend BFH v. 25.06.1984, GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751, Rn 186. Vgl. auch BFH v. 10.05.2012, X B 57/11, BFH/NV 2012, 1307, Rn 8; v. 28.05.2009, VIII B 76/08, Rn 7, 15; v. 15.01.2004 VIII B 300/02, Rn 2; v. 29.06.1995, VIII R 68/93, BFHE 178, 160, BStBl II 1995, 722, Rn 26.

IV. § 20 Abs. 1 EStG

§ 20 Abs. 1 EStG regelt die Kapitaleinkünfte im Sinne der Früchte, die durch Einsatz des Kapitalstamms erwirtschaftet werden. Deren Besteuerung wurde durch die Einführung der Abgeltungsteuer nicht in gleicher Weise wie die des Vermögensstammes (§ 20 Abs. 2 EStG)⁴² einer neuen Systematik unterstellt. Gleichwohl sind auch die Tatbestände von § 20 Abs. 1 EStG im Sinne der Binnensystematik der Schedule auszulegen. Auch in diesem Bereich hat die neuere Rechtsprechung des BFH Konkretisierungen vorgenommen.

Im Verfahren VIII R 30/15⁴³ hat der BFH festgestellt, dass § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG a. F. nicht unterschiedslos alle wiederkehrenden oder einmaligen Zahlungen einer Stiftung erfasst, die von den beschlussfassenden Stiftungsgremien aus den Erträgen der Stiftung an den Stifter, seine Angehörigen oder deren Abkömmlinge während des Bestehens der Stiftung oder anlässlich ihrer Auflösung ausgekehrt werden.⁴⁴ Die Auszahlung des Liquidationsendvermögens an den ausschließlich Anfallberechtigten ist nicht – wie von § 20 Abs. 1 Nr. 9 EStG a. F. vorausgesetzt – mit Gewinnausschüttungen i. S. d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG wirtschaftlich vergleichbar.

Gem. § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG und § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG zählen Wertzuwächse aus Termingeschäften zu den Einkünften aus Kapitalvermögen. Dabei betrifft § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG nur die Besteuerung der Stillhalterprämie und der Glattstellungsgeschäfte. Insoweit unterscheidet sich die Regelung von der zu dem Gewinn aus dem Termingeschäft in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG. Lediglich die in einem Glattstellungsgeschäft gezahlten Prämien (§ 20 Abs. 1 Nr. 11 Halbs. 2 EStG) sowie der Sparrer-Pauschbetrag, nicht hingegen die Barausgleichszahlungen⁴⁵ und die übrigen tatsächlichen Werbungskosten (§ 20 Abs. 9 Satz 1 EStG) sind abziehbar.⁴⁶ Eine analoge Anwendung von § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG auf den Barausgleich kommt im Hinblick auf § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG nicht in Betracht.

42 Dazu unten V.

43 BFH v. 28.02.2018, VIII R 30/15, BFHE 261, 47.

44 A. A. BMF v. 27.06.2006, IV B 7-S 2252- 4/06, BStBl I 2006, 417.

45 Zum Barausgleich s. u. V. 2.

46 BFH v. 20.10.2016, VIII R 55/13, BFHE 256, 56, BStBl II 2017, 264, Rn 32; vgl. auch *Philippowski*, DStR 2017, 1362, 1367.