

## II. Steuertatbestand und Verlustverrechnung

### 1. Allgemeines

Insbesondere der Tatbestand der Kapitalerträge und damit verbundene Fragen der Verlustverrechnung im Rahmen der Abgeltungsteuer waren und sind hoch umstritten. Denn die Neukonzeption der Kapitalerträge als Besteuerung einer Schedule in Form der Abgeltungsteuer wirft Fragen auf, die sich nach altem Recht nicht in gleicher Weise stellten. Bei den tatbestandlichen Fragen bezüglich der Kapitalerträge im Rahmen des § 20 EStG handelt es sich in der Regel um Auslegungsfragen, die sich nach Schaffung der Schedule neu stellen.

Die Zulässigkeit eines Sondertarifs für die Einkünfte aus Kapitalvermögen hat das BVerfG bereits 1991 im Verfahren 2 BvR 1493/89 bestätigt.<sup>4</sup> Jedoch gewinnt das Folgerichtigkeitsgebot im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen eine neue Bedeutung. Die Schedule ist gerade das Ergebnis einer Systemausnahme zur synthetischen Einkommensteuer, aus der § 2 Abs. 5b Satz 1 EStG die privaten Kapitaleinkünfte ausnimmt und der Abgeltungsteuer unterwirft. Ein Rückgriff auf die Folgerichtigkeit gegenüber einer der synthetischen Einkommensteuer unterliegenden Einkünfte ist nicht mehr zwingend, wenn die Einkünfte aus Kapitalvermögen einer schedularen Sonderbesteuerung unterliegen und die Abgeltungsteuer mit ihren speziellen Regularien gerade den Grundsätzen der synthetischen Einkommensteuer nicht folgt.

Daher ist primär eine Folgerichtigkeit innerhalb der Schedule geboten. Diesbezüglich hat die Rechtsprechung des BFH in den vergangenen Jahren viele Zweifelsfragen geklärt, aber auch neue aufgeworfen.

### 2. Einkünfteerzielungsabsicht bei Verlusten

Die Einkommensteuer belastet das Ergebnis wirtschaftlicher Ertragserzielung,<sup>5</sup> d. h. einer mit Einkünfteerzielungsabsicht vorgenommenen Erwerbstätigkeit im Unterschied zur Einkommensverwendung für andere private Zwecke.<sup>6</sup> Dies gilt für alle Einkunftsarten unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen Besonderheiten im Hinblick auf die Einkünfteermittlung.

---

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG v. 27.6.1991, 2 BvR 1493/89, BVerfGE 84, 239, BSTBl II 1991, 654, Rz 144.

<sup>5</sup> *Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern, 2003, 99 ff. m. w. N.

<sup>6</sup> Vgl. nur § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG („erzielt“) oder § 15 Abs. 2 Satz 1 EStG („Absicht, Gewinn zu erzielen“); dazu stv. *Schmid*, Nachträgliche Schuldzinsen bei den Überschusseinkünften, 2016, 46 ff. m. w. N.; *Jachmann*, Nachhaltige Entwicklung und Steuern, 2003, 107 ff.

Die Relevanz der Einkünfteerzielungsabsicht ist in der Schedule der Abgeltungsteuer<sup>7</sup> durch besondere Umstände geprägt, die speziell nur die Kapitalerträge betreffen: So entscheiden über den Ertrag in Form von Zinsen und Dividenden die Währungspolitik sowie der Aktienkurs, welche langfristig nicht zu prognostizieren sind.<sup>8</sup> Gleichzeitig wollte der Gesetzgeber – im Unterschied zu den übrigen Überschusseinkunftsarten – mit der Abgeltungsteuer in § 20 EStG umfassend alle in Betracht kommenden Kapitalanlagen erfassen,<sup>9</sup> insbesondere auch realisierte Wertsteigerungen des Kapitalstamms (§ 20 Abs. 2 EStG). Hinzu kommen Werbungskostenabzugsverbot (§ 20 Abs. 9 EStG) und Verlustverrechnungsbeschränkungen (§ 20 Abs. 6 EStG). Im Rahmen des Abzugsverfahrens hat zudem der Schuldner der Kapitalerträge bzw. die auszahlende Stelle die Einkünfteerzielungsabsicht zu prüfen. Diese Besonderheiten modifizieren auch die Prüfung der Einkünfteerzielungsabsicht. Daher war von Anfang an fraglich, ob es innerhalb der Schedule der Abgeltungsteuer einer Prüfung der Einkünfteerzielungsabsicht bedarf und wie diese ausgestaltet ist.<sup>10</sup>

Ist ein negativer Kapitalertrag ohnehin ausgeschlossen, erübrigt sich die nähere Prüfung der Einkünfteerzielungsabsicht. Dies ist der Fall, 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).<sup>11</sup> Kann ein negativer Kapitalertrag in Betracht kommen, stellt sich die Frage nach dem Zeitraum für eine positive Einkünfteprognose. Bei diversen Kapitalanlagen ohne Befristung<sup>12</sup> ist freilich 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 Jahren<sup>13</sup> willkürlich, da eine übliche Nutzungsdauer wie bei einem Wohnhaus nicht annäherungsweise im Raum steht. Anders als die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung sind die Einkünfte bei § 20 EStG gerade nicht prognostizierbar,

---

7 Zur Beachtlichkeit etwa *Weiss*, *StuB* 2016, 852 (854); *von Beckerath*, in: *Kirchhof*, *EStG*, 16. Aufl., § 20 Rz 8; *Ratschow*, in: *Blümich*, § 20 EStG, Rz 45 m. w. N.; *Aigner*, *DStR* 2016, 345 (349).

8 Vgl. *P. Kirchhof*, *StuW* 2017, 3 (12); *Haisch/Krampe*, *DStR* 2011, 2178 (2182).

9 BT-Drucks. 16/4841, 33.

10 Dazu *BFH v. 14.3.2017*, VIII R 38/15, *BFHE* 258, 240; vorgehend *FG Düsseldorf v. 23.10.2015*, 1 K 2011/13 E, *EFG* 2016, 377 mit Anm. *Adamek* und VIII R 25/14, *BFHE* 258, 237, *BStBl II* 2017, 1038; dazu *Jachmann-Michel*, *DStR* 2017, 1849 ff.

11 Vgl. *Jochum*, in: *Kirchhof/Söhn/Mellinghoff*, *EStG*, § 20 Rz K 46; *Schlottter/Jansen*, *Abgeltungsteuer*, 2008, 93 f.; *Kanzler*, in: *Kanzler/Kraft/Bäumli*, *EStG*, 2. Aufl., § 2 Rz 204.

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

13 Vgl. zu § 21 EStG: *BFH v. 6.11.2001*, IX R 97/00, *BFHE* 197, 151, *BStBl II* 2002, 726, Rz 26; v. 6.10.2004, IX R 30/03, *BFHE* 208, 142, *BStBl II* 2005, 386, Rz 23; v. 28.11.2007, IX R 9/06, *BFHE* 220, 63, *BStBl II* 2008, 515, Rz 18 ff.

auch nicht nach einer langen Periode. In aller Regel werden positive Einkünfte gerade auch zu Beginn erzielt und Anfangsverluste sind bei Kapitalanlagen nicht typisch.<sup>14</sup>

Bei realitätsgerechter, wirtschaftlicher Auslegung muss es also reichen, wenn ein irgendwie gearteter 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 aufleben kann, wenn die Währungspolitik ihn wieder positiv gestaltet.

Diese Spezifika der Kapitalerträge führen nach Ansicht des BFH in zwei Verfahren zu einer tatsächlichen Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht.<sup>15</sup> Diese 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.<sup>16</sup> Die praktische Unmöglichkeit, Marktentwicklungen zuverlässig vorherzusagen, kann insoweit nicht zu Lasten des Steuerpflichtigen gehen. Die Feststellungslast trifft das Finanzamt.

Fälle, in denen die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht widerlegt wäre, wären etwa ein fest vereinbarter Negativzins (negative Einnahmen). Wenngleich es sich hier nicht um Liebhaberei im Sinne der Verfolgung persönlicher Neigungen geht,<sup>17</sup> kommen doch Motive aus dem nicht steuerbaren Bereich in Betracht, insbesondere Negativzins für sichere Verwahrung von Geld.<sup>18</sup> Sind künftig positive Zinseinnahmen möglich, greift die Vermutung.

<sup>14</sup> So auch *Haisch/Krampe*, DStR 2011, 2178 (2182).

<sup>15</sup> Vgl. auch *Ratschow*, in: Kirchhof, EStG, 16. Aufl., § 20 EStG, Rz 45; *Steck*, NWB 2007, 2445 ff.; *Moritz/Strohm*, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 20 (n. F.), Rz. 62 (Der Steuerpflichtige werde bei den laufenden Einnahmen „in aller Regel ein positives Gesamtergebnis anstreben“, wobei dies in Fällen des § 20 Abs. 2 EStG nicht gelte, in denen es ihm beim Halten und Veräußern einer Kapitalanlage gerade um die Erzielung eines Verlustes gehe). *Weber-Grellet*, in: Schmidt, EStG, 36. Aufl. 2017, § 20 Rz 12 (Einkünfteerzielungsabsicht ist „auch weiterhin Voraussetzung für die Besteuerung der Kapitaleinkünfte“, allerdings ist in der Regel von deren Vorliegen auszugehen). *Haisch/Krampe*, DStR 2011, 2178 (2179); *Günther*, StBW 2014, 622 (626); BMF v. 18.1.2016, „Einzelfragen zur Abgeltungsteuer“ VI C 1 – S 2252/08/10004, BStBl I 2016, 85, Rz 125 („Bei den Einkünften aus Kapitalvermögen ist infolge des beschränkten und pauschalierten Werbungskostenabzugs regelmäßig von einer Einkünfteerzielungsabsicht auszugehen“).

<sup>16</sup> So auch *Kahlert*, DStR 2018, 229 (231).

<sup>17</sup> Vgl. *Musil*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, EStG/KStG, § 2 EStG, Rz 463.

<sup>18</sup> Vgl. *Tröger*, NJW 2015, 657 (658); *Langner/Müller*, WM 2015, 1979 (1980). Die Finanzverwaltung versteht den Negativzins als Gebühr, die unter das Werbungskostenabzugsverbot fällt, BMF v. 18.1.2016, „Einzelfragen zur Abgeltungsteuer“ VI C 1 – S 2252/08/10004, BStBl I 2016, 85, Rz 126a.

**a) Verluste aus dem Verkauf einer Lebensversicherung**

Bei der Veräußerung von Ansprüchen aus einer Lebensversicherung im Verfahren VIII R 38/15<sup>19</sup> war zu entscheiden, ob ein resultierender Verlust bei den Einkünften aus Kapitalvermögen nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 EStG zu berücksichtigen ist. Dabei handelte es sich um den Verkauf eines Alt-Vertrages, bei dem die 12-Jahresfrist für die Besteuerung der Zinsen aus den Sparanteilen nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG a. F.<sup>20</sup> 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 Einnahmen aus der Veräußerung nach Abzug der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Veräußerungsgeschäft stehen, und den Anschaffungskosten (§ 20 Abs. 4 Satz 1 und 4 EStG n. F.) wieder steuerbar. Hätte sich der Kläger gegen die Besteuerung eines Veräußerungsgewinns gewandt, wären ggf. Vertrauensschutzaspekte zu prüfen gewesen, als durchgehend nur der Rückkauf, nicht aber die Veräußerung gem. § 23 EStG steuerbar war. Für den umgekehrten Fall des streitigen Verlust war aber stattdessen die Frage offen, ob das Finanzgericht dessen Anerkennung wegen fehlender Einkünfteerzielungsabsicht verneinen durfte. Insoweit war nach relevanten Aspekten für eine Widerlegung der Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht zu fragen.

Maßgeblicher Zeitpunkt hierfür konnte nur der Veräußerungszeitpunkt sein, mit der der Kläger seine ursprüngliche Investitionsplanung geändert hat. Erst diese Planänderung erfüllt auch den maßgeblichen Steuertatbestand des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 EStG n. F. Bei ursprünglich geplantem Lauf der Dinge wären weder hinsichtlich der Substanz (Jahresfrist nach § 23 EStG a. F.) noch für die Erträge (12-Jahresfrist nach § 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG a. F.) steuerbare Einkünfte angefallen.

Ausgehend vom maßgeblichen Veräußerungszeitpunkt genügt jedoch allein das negative Ergebnis der Veräußerung nicht für die Widerlegung der Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht. Denn nach der gesetzgeberischen Intention sollten nicht nur Veräußerungen mit positivem Ergebnis steuerbar sein, sondern der Steuertatbestand aus § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 6 EStG soll gerade auch den Verlustfall erfassen.<sup>21</sup> Etwas anderes wäre nicht folgerichtig (Art. 3 Abs. 1 GG). Im Übrigen diene die Veräußerung nach der vom FG festgestellten Intention des Klägers der Verlustminimierung.<sup>22</sup> Nach

---

<sup>19</sup> BFH v. 14.3.2017, VIII R 38/15, BFHE 258, 240.

<sup>20</sup> Fassung vor Einführung des Alterseinkünftegesetzes v. 5.7.2004, BGBl I, 1427.

<sup>21</sup> Vgl. auch *Haisch/Krampe*, DSiR 2011, 2178 (2183) und *Moritz/Strohm* in: *Frotscher/Geurts*, EStG, § 20 (n. F.), Rz 62.

<sup>22</sup> FG Düsseldorf v. 23.10.2015, 1 K 2011/13 E, EFG 2016, 377, Rz 8.

allgemeinen Grundsätzen ist für die Einkünfteerzielungsabsicht von Relevanz, 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.<sup>23</sup> Wie dem Inhaber einer notleidenden Option nicht zugemutet wird, sie mit einem noch höherem Verlust ausüben zu müssen, um den Verlust des Verfalls geltend machen zu können<sup>24</sup>, 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. Während in Leerstandsfällen im Rahmen von § 21 EStG eine Einflussnahme auf die Vermietbarkeit/Ertragsfähigkeit des Vermietungsobjekts verlangt werden kann, um die Annahme der Aufgabe der Einkünfteerzielungsabsicht zu vermeiden,<sup>25</sup> besteht diese Einflussnahmemöglichkeit bei notleidenden Kapitalanlagen gerade nicht. Dem Anleger bleibt nur der Wechsel in eine andere Anlage und davor die Verlustminimierung hinsichtlich der notleidenden Anlage. Dem ist bei der gebotenen wirtschaftlichen Auslegung von § 20 EStG Rechnung zu tragen, zumal es ja gerade die Intention der Einführung der Schedule der Abgeltungsteuer ist, alle wirtschaftlichen Sachverhalte von Kapitalnutzung zu erfassen. Allein das negative Ergebnis eines Veräußerungsverlusts genügt also nicht, die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht zu widerlegen.

### **b) Verluste aus dem Rückkauf einer Sterbegeldversicherung**

Im Fall des Rückkaufs einer Sterbegeldversicherung<sup>26</sup> waren das Erfordernis und das Vorliegen der Einkünfteerzielungsabsicht speziell für den eher atypischen Fall einer Sterbegeldversicherung zugrunde zu legen. Die Kläger kündigten je eine im Jahr 2005 abgeschlossene Sterbegeldversicherung, worauf diese die Versicherung zurück kaufte. Das Versicherungsunternehmen stellte die eingezahlten Beiträge den Rückkaufwerten gegenüber und bescheinigte den Klägern einen Verlust aus Kapitalerträgen. Hier war durch den BFH im Verfahren VIII R 25/14 die Einkünfteerzielungsabsicht für eine Anlage zu prüfen, die bei geplantem Lauf der Dinge weder in der Substanz noch in den Erträgen steuerbar ist. Denn bei einer Sterbegeldversicherung ist kein Erlebensfall geplant (§ 20 Abs. 1 Nr. 6 EStG), vielmehr soll die Aus-

23 BFH v. 29.6.1995, VIII R 68/93, BFHE 178, 160, BStBl II 1995, 722 Rz 26 zu § 17 EStG.

24 So bereits BFH v. 26.9.2012, 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. Vgl. zur neuen Rechtslage auch BFH v. 12.1.2016, IX R 48/14, BFHE 252, 423, BStBl II 2016, 456; v. 12.1.2016, IX R 49/14, BFHE 252, 430, BStBl II 2016, 459; v. 12.1.2016 IX R 50/14, BFHE 252, 436, BStBl II 2016, 462; v. 20.10.2016, VIII R 55/13, BFHE 256, 56.

25 Vgl. etwa BFH v. 31.1.2017, IX R 17/16 BFHE 257, 85, BStBl II 2017, 633.

26 BFH v. 14.3.2017, VIII R 25/14, BFHE 258, 237, BStBl II 2017, 1038.

zahlung nur unter der Bedingung des Versterbens des Versicherungsnehmers erfolgen.

Wollte man bei der Beurteilung der Einkünfteerzielungsabsicht vom Zeitpunkt des Erwerbs der Versicherung ausgehen, 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 Steuerpflichtigen zur Einkünfteerzielung auszugehen.<sup>27</sup> Die Steuerpflichtigen hatten im entschiedenen Fall aber ex ante (plankonform) nicht die Absicht, steuerbare Einkünfte zu erzielen; steuerbar ist nur der Rückkauf von einer i. Ü. nicht steuerbaren Anlage (§ 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EStG).

Wollte man aber im maßgeblichen Zeitpunkt des Rückkaufs auf die Prognose ab dem Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung abstellen, wäre das eine unzulässige ex tunc Beurteilung der Einkünfteerzielungsabsicht.<sup>28</sup> Es handelt sich bei § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EStG auch nicht um einen gestreckten Tatbestand, der mit dem Abschluss des Versicherungsvertrages beginnen würde.

§ 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 EStG ordnet explizit die Steuerbarkeit des Unterschiedsbetrags zwischen Versicherungsleistung und entrichteten Beträgen an, d. h. gerade nicht lediglich die eines positiven Unterschiedsbetrags. Dem würde es widersprechen, wollte man die Steuerbarkeit eines negativen Unterschiedsbetrags verneinen, indem man die Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht allein wegen des negativen Unterschiedsbetrags als widerlegt betrachtete. Es war also nach Aspekten für die Widerlegung der Vermutung der Einkünfteerzielungsabsicht ab dem Entschluss zum Rückkauf zu fragen. Solche lagen nicht vor, weshalb der Verlust anzuerkennen war.

### 3. Kapitalforderungen

Nachdem große Teile des früheren § 23 EStG a. F. nun als Kapitalerträge im Sinne des § 20 EStG steuerbar sind, hat sich die Trennlinie zwischen den Einkunftsarten verschoben. Gleichwohl sind nicht alle früheren privaten Veräußerungsgeschäfte nunmehr Kapitalerträge geworden, so dass sich eine neue Grenze ergibt, die sich langsam durch die Rechtsprechung des BFH zum neuen Recht abzeichnet.

---

<sup>27</sup> Grundlegend BFH v. 25.6.1984, GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751, Rz 186. Vgl. auch BFH v. 10.5.2012, X B 57/11, BFH/NV 2012, 1307, Rz 8; v. 25.5.2009, VIII B 76/08, Rz 7, 15; v. 15.1.2004 VIII B 300/02, Rz 2; v. 29.6.1995, VIII R 68/93, BFHE 178, 160, BStBl II 1995, 722, Rz 26.

<sup>28</sup> Vgl. auch *Haisch/Krampe*, DStR 2011, 2178 (2180).

### a) Goldinhaberschuldverschreibung

Bei Xetra-Gold Inhaberschuldverschreibungen, die einen Anspruch auf Lieferung von physischem Gold verbriefen und den aktuellen Goldpreis abbilden, handelt es sich nicht um eine Kapitalforderung im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i. V. m. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Denn nach der Rechtsprechung des VIII. Senats des BFH in VIII R 35/14<sup>29</sup> setzt der Begriff der Kapitalforderung in diesem Sinne eine auf Geldleistung gerichtete Forderung voraus.

Es spricht viel dafür, dass diese auf Geldleistung gerichtete Forderungen von Anfang an auf eine Geldleistung gerichtet sein muss, so auch das Thüringer FG<sup>30</sup> (Rev. anh. VIII R 7/17). Danach kann es nicht genügen, wenn durch das Wertpapier ein Anspruch auf Lieferung von physischem Gold verbrieft wird, der Inhaber des Wertpapiers jedoch gemäß den Vertragsbedingungen nach einer jederzeit möglichen Kündigung das Recht hat, die vollständige oder teilweise Rückzahlung seiner Gold Bullion Securities in bar oder Gold zu verlangen und die Rückzahlung in bar dadurch erfolgt, dass der bei der Veräußerung des dem Wertpapier zugewiesenen Goldes am Goldmarkt dem Inhaber ausgekehrt wird. Vielmehr muss von Anfang an eine gegen den Emittenten gerichtete Kapitalforderung auf eine Geldleistung bestehen, um sie als Forderung im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG qualifizieren zu können. Denn letztlich ist die Wahl bei der Kündigung der Schuldverschreibung, die Rückzahlung in bar statt in Gold zu erlangen, lediglich eine Form des abgekürzten Zahlungswegs. Der Emittent hat sich in den Vertragsbedingungen lediglich zusätzlich verpflichtet, auf Wunsch des Inhabers des Wertpapiers, nach Kündigung den Verkauf des Goldes zu besorgen und statt der Lieferung des Goldes, den Erlös aus dem Verkauf aus-zuzahlen.

### b) Fremdwährungsgeschäfte

Bezüglich Fremdwährungsgeschäften meint die Finanzverwaltung, die Anschaffung und Veräußerung von Fremdwährungsbeträgen könne auch ein privates Veräußerungsgeschäft i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG sein.<sup>31</sup> Auch hier hat sich die Abgrenzung zwischen Kapitaleinkünften und privaten Veräußerungsgeschäften, deren Regelungen nach § 23 Abs. 2 EStG subsidiär sind, verschoben. Danach sind Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften den Einkünften aus anderen Einkunftsarten zuzurechnen, soweit sie zu diesen gehören. Dementsprechend kann es nur dann zu einem

---

29 BFH v. 12.5.2015, VIII R 35/14, BFHE 250, 71, BStBl II 2015, 834; v. 12.5.2015, VIII R 4/15, BFHE 250, 75, BStBl II 2015, 835.

30 Thüringer FG v. 27.6.2017, 2 K 60/16, Rz 14; Rev. anh. VIII R 7/17.

31 BMF v. 18.1.2016, „Einzelfragen zur Abgeltungsteuer“ VI C 1 – S 2252/08/10004, BStBl I 2016, 85, Rz 131.

privaten Veräußerungsgeschäft kommen, wenn kein Tatbestand des § 20 EStG erfüllt ist.

§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG setzt eine Kapitalforderung im Sinne des Abs. 1 Nr. 7 voraus. Darunter fallen alle auf eine Geldleistung gerichteten Forderungen.<sup>32</sup> Dafür muss nur die Rückzahlung des Kapitalvermögens oder ein Entgelt für die Überlassung des Kapitalvermögens zur Nutzung zugesagt oder geleistet worden sein, auch wenn die Höhe der Rückzahlung oder des Entgelts von einem ungewissen Ereignis abhängt.

Die Zusage der Rückzahlung oder eines Entgeltes ist jedenfalls dann erfüllt, wenn mit einem Fremdwährungsguthaben eine Fremdwährungsanleihe mit Verzinsung erworben wird.<sup>33</sup> Deren Zins unterfällt der Besteuerung nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, der Währungsgewinn bzw. -verlust wird von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i. V. m. Satz 2 EStG bei „Rückzahlung“ der Anleihe erfasst.<sup>34</sup> Dies sieht die Gewinnermittlungsvorschrift in § 20 Abs. 4 Satz 1 Halbs. 2 EStG ausdrücklich vor. Für § 23 EStG bleibt kein Raum.

Gleiches gilt aber auch schon dann, wenn das Fremdwährungsguthaben auf einem Konto einer ausländischen oder inländischen Bank liegt. Denn bei Einzahlung von Geld bei einer Bank besteht kein Eigentum mehr am Geld, sondern lediglich eine Forderung auf Auszahlung des dem Konto gutgeschriebenen Betrages. Es handelt sich somit unzweifelhaft um eine Kapitalforderung im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Dass diese auf ausländischer Währung lautet, ändert hieran ebenso wenig wie eine fehlende Verzinsung des Guthabens.<sup>35</sup> Denn der Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG lässt die Rückzahlungszusage genügen.

Für die Anwendung von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG bleibt damit sehr wenig Raum. Lediglich in Fällen, in denen die Devisen tatsächlich physisch beim Steuerpflichtigen vorgehalten werden, besteht keine Kapitalforderung im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG, denn selbst bei der Annahme, Geld sei eine Forderung gegen den ausgebenden Staat durch die Zentralbank, bestünde diese auf Herausgabe des darin hinterlegten Gegenwerts, jedoch nicht als „Kapital“-forderung im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.

### 4. Verluste aus Termingeschäften

Mit Einführung der Abgeltungsteuer zählen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG und § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a) EStG Wertzuwächse aus Termingeschäften zu den Einkünften aus Kapitalvermögen.<sup>36</sup>

32 BFH v. 12.5.2015, VIII R 35/14, BFHE 250, 71, BStBl II 2015, 834; v. 12.5.2015, VIII R 4/15, BFHE 250, 75, BStBl II 2015, 835.

33 *Delp*, DB 2015, 1919 (1921).

34 *Steinlein/Storg/Tischbein*, Die Abgeltungsteuer in der Praxis, 2. Auflage 2010, Rz 394.

35 So aber *Delp*, DB 2015, 1919 (1921).

36 BT-Drucks. 16/4841, S. 55.



### a) Das Termingeschäft

Das Termingeschäft ist in § 20 Abs. 2 EStG nicht definiert. Voraussetzung für die Annahme eines steuerbaren Termingeschäfts gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a) EStG ist, dass der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt. Nach Ansicht des BFH in VIII R 35/15<sup>37</sup> sind demnach von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a) EStG nur solche Termingeschäfte erfasst, die auf die Erzielung eines Differenzausgleiches gerichtet sind, nicht aber Termingeschäfte, die auf die tatsächliche („physische“) Lieferung des Basiswertes am Ende der Laufzeit gerichtet sind.

Ein solches, auf Differenzausgleich gerichtetes Devisentermingeschäft, liegt nur dann vor, wenn die Vertragsbeteiligten ausdrücklich oder stillschweigend vereinbaren, dass keine effektive Lieferung, sondern ein Differenzausgleich erfolgen soll. Das bedeutet, beide Geschäfte müssen derart miteinander verknüpft sein, dass der auf die Realisierung einer positiven oder negativen Differenz aus Eröffnungs- und Gegengeschäft gerichtete Wille der Vertragsbeteiligten erkennbar ist. Demgegenüber genügt es nicht, dass dem Eröffnungsgeschäft tatsächlich ein Gegengeschäft lediglich nachfolgt, das dessen Erfüllung dient.

### b) Das Verfallenlassen einer Option

Nach der Rechtsprechung des IX. Senats des BFH in IX R 48/14<sup>38</sup> ist besteuerauslösender Moment nicht mehr die Durchführung des Basisgeschäfts oder des Differenzausgleichs als „Beendigung des Rechts“. Damit sind künftige Wertzuwächse unabhängig von dem Zeitpunkt der Beendigung des Rechts steuerbar.<sup>39</sup>

Vor diesem Hintergrund legt der BFH den Begriff des Vorteils in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a) EStG entsprechend weit aus. Er ist als dritte Tatbestandsvariante Auffangvorschrift zur Umschreibung der Art der von der Vorschrift erfassten Termingeschäfte.<sup>40</sup> Damit wird ein Vorteil aus einem Termingeschäft bereits mit dem Erwerb der Option auf einen Barausgleich erworben. Es kommt nicht darauf an, ob ein Barausgleich im Fall der günstigen Wertentwicklung durchführt wird oder ob die Option im Fall einer ungünstigen Wertentwicklung verfällt. In jedem Fall ist der Ausgang des Geschäfts ohne zeitliche Beschränkung in vollem Umfang steuerbar, nicht nur eine positive Differenz, sondern folgerichtig auch als negative Differenz,

<sup>37</sup> BFH v. 24.10.2017, VIII R 35/15, BFHE nn.

<sup>38</sup> BFH v. 12.1.2016, IX R 48/14, BFHE 252, 423, BStBl II 2016, 456.

<sup>39</sup> Vgl. ausdrücklich BT-Drucks. 16/4841, S. 55.

<sup>40</sup> BFH v. 12.1.2016, IX R 48/14, BFHE 252, 423, BStBl II 2016, 456, Rz 16.

also als Verlust.<sup>41</sup> Damit widerspricht der IX. Senat des BFH der weiterhin unveränderten Ansicht der Finanzverwaltung, wonach der Verfall einer Kaufoption durch den Inhaber am Ende der Laufzeit einkommensteuerrechtlich ohne Bedeutung sei.<sup>42</sup>

### c) Der Barausgleich beim Stillhalter

Im Unterschied zu den Gewinnen aus dem Termingeschäft nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG sind gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 11 EStG nur die (Brutto-) Stillhalterprämien anzusetzen. Lediglich die in einem Glattstellungsgeschäft gezahlten Prämien (§ 20 Abs. 1 Nr. 11 Halbs. 2 EStG) sowie der Sparer-Pauschbetrag, nicht dagegen die Barausgleichszahlungen und die übrigen tatsächlichen Werbungskosten (§ 20 Abs. 9 Satz 1 EStG) sind abziehbar. § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG betrifft damit ausschließlich die Besteuerung der Stillhalterprämie und der Glattstellungsgeschäfte, ohne zugleich auch eine Regelung für den Barausgleich zu treffen.<sup>43</sup> Daher nimmt die Finanzverwaltung an, dass der vom Stillhalter geleistete Barausgleich einkommensteuerrechtlich unbeachtlich ist.<sup>44</sup>

Im Verfahren VIII R 55/13<sup>45</sup> stimmt der BFH der Finanzverwaltung insoweit zu, dass der Barausgleich nicht unter § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG fällt. Dieser ist – mangels einer planwidrigen Regelungslücke – auch nicht analog anwendbar.<sup>46</sup> Vielmehr ordnet das Gesetz für die Besteuerung des Stillhalters eine „getrennte“ Besteuerung von Stillhalterprämie und der Glattstellungsgeschäfte in § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG an, ohne dort auch den Barausgleich zu regeln.<sup>47</sup>

Der Barausgleich fällt nach Ansicht des VIII. Senats des BFH aber unter § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a) EStG, wonach der vom Stillhalter gezahlte Barausgleich als negativer Differenzausgleich und damit als Verlust aus einem Termingeschäft abzugsfähig ist.<sup>48</sup> Diese Barausgleichszahlung kann somit entgegen der Ansicht der Finanzverwaltung<sup>49</sup> über den Umweg

---

41 BFH v. 12.1.2016, IX R 48/14, BFHE 252, 423, BStBl II 2016, 456, Rz 18.

42 BMF v. 18.1.2016, „Einzelfragen zur Abgeltungsteuer“ VI C 1 – S 2252/08/10004, BStBl I 2016, 85, Rz 27, 32.

43 BFH v. 20.10.2016, VIII R 55/13, BFHE 256, 56, BStBl II 2017, 264, Rz 32.

44 BMF v. 18.1.2016, „Einzelfragen zur Abgeltungsteuer“ VI C 1 – S 2252/08/10004, BStBl I 2016, 85, Rz 26 und 34.

45 BFH v. 20.10.2016, VIII R 55/13, BFHE 256, 56, BStBl II 2017, 264.

46 BFH v. 20.10.2016, VIII R 55/13, BFHE 256, 56, BStBl II 2017, 264, Rz 28. So aber noch Niedersächsisches FG v. 28.8.2013, 2 K 35/13, EFG 2014, 541.

47 BFH v. 20.10.2016, VIII R 55/13, BFHE 256, 56, BStBl II 2017, 264, Rz 32.

48 BFH v. 20.10.2016, VIII R 55/13, BFHE 256, 56, BStBl II 2017, 264, Rz 30.

49 BMF v. 18.1.2016, „Einzelfragen zur Abgeltungsteuer“ VI C 1 – S 2252/08/10004, BStBl I 2016, 85, Rz 26 und 34.