

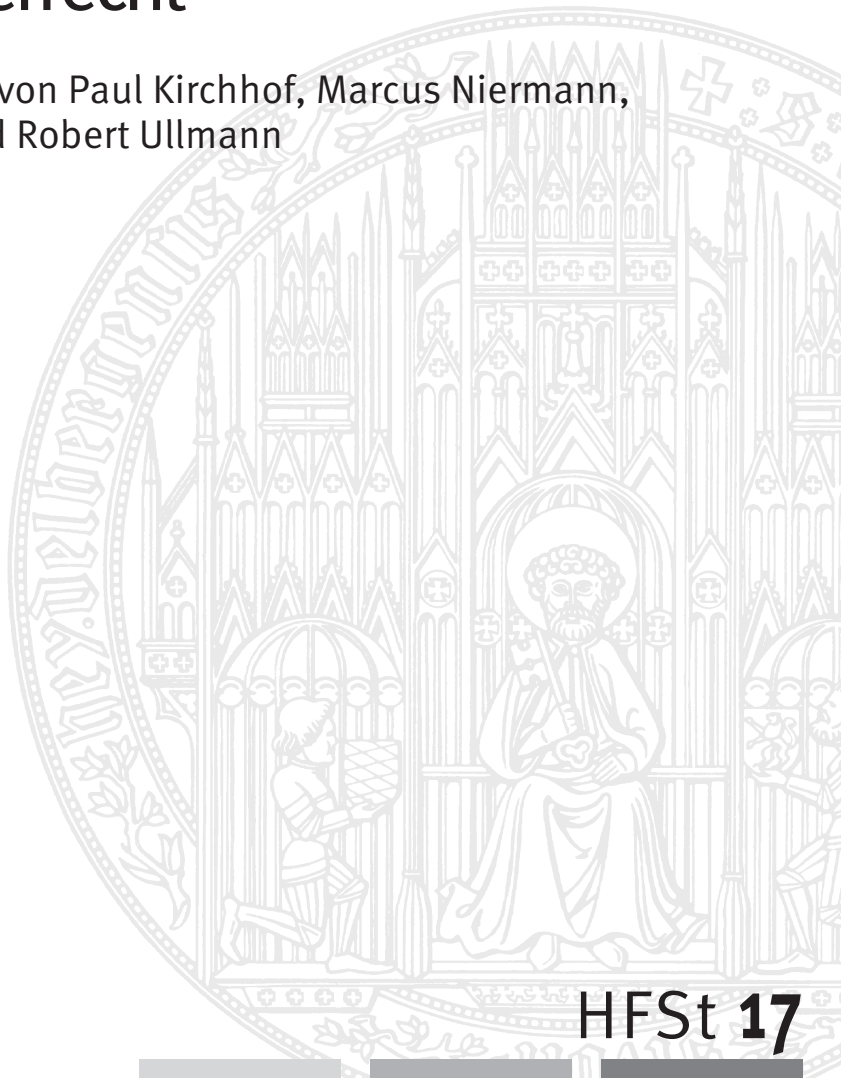


INSTITUT FÜR
FINANZ- UND
STEUERRECHT


Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.)

Das negative Vorzeichen im Steuerrecht

mit Beiträgen von Paul Kirchhof, Marcus Niermann,
Eva Oertel und Robert Ullmann



HFSt 17



Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Das negative Vorzeichen im Steuerrecht
Online-Fassung: <http://journals.ub.uni-heidelberg.de/index.php/hfst/index>

Zitiervorschlag:

Autor, in HFSt (17) 2021, Seite.

© beim Autor

Umschlagsgestaltung: Atelier Peter Nardo, Mannheim

Druck: docupoint GmbH, Magdeburg

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliografische Daten sind im
Internet über www.dnb.de abrufbar.

Herausgeber:

Prof. Dr. Hanno Kube, LL.M. (Cornell), Prof. Dr. Ekkehart Reimer

Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Institut für Finanz- und Steuerrecht

ISBN 978-3-96543-282-6

Lehmanns Media, Berlin 2021

Helmholtzstraße 2-9

10587 Berlin

www.lehmanns.de

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Das negative Vorzeichen in der Dogmatik des Einkommensteuerrechts	5
	<i>Robert Ullmann</i>	
§ 2	Negative Einlagezinsen bei Privatanlegern – ein Anwendungsbeispiel negativer Einnahmen	23
	<i>Marcus Niermann</i>	
§ 3	Negativzins – Diskussionsbemerkungen zum Symposium der Steuerrechtswissen- schaftlichen Vereinigung Heidelberg e.V. vom 12. Mai 2021.....	53
	<i>Paul Kirchhof</i>	
§ 4	Drei Thesen und einige Gedanken zum negativen Vorzeichen im Steuerrecht.....	59
	<i>Eva Oertel</i>	

Vorwort

Das Steuerrecht ist unmittelbar geld- und damit zahlenbezogen. Betriebs-einnahmen und Betriebsausgaben, private Einnahmen und Werbungskosten, Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen gehen in Gestalt numerischer Geldbeträge in die Bemessungsgrundlage ein, auf die der Tarif, seinerseits eine Prozentzahl, angewandt wird. Diese Beträge haben, auch wenn es sich um Abzugspositionen handelt, in der Regel einen positiven Wert. Mit diesem sind sie in der Systematik zur Ermittlung der festzusetzenden Steuer zu berücksichtigen.

Gelegentlich nehmen Zahlen im Steuerrecht aber auch negative Werte an, haben ein negatives Vorzeichen. So wird beispielsweise dann, wenn Lohn fälschlich doppelt ausgezahlt wurde und zurückgezahlt werden muss, von einer negativen Einnahme des Arbeitnehmers ausgegangen, um eine Aufzehrung des Werbungskosten-Pauschbetrags zu vermeiden. Aktuell ist auf die negativen Einlagezinsen zu verweisen, mit denen Bankkunden seit einiger Zeit konfrontiert sind. Mitunter wird gefordert, auch diese Zinsen als negative Einnahmen einzuordnen, nicht zuletzt mit Blick auf die Beschränkung des Werbungskostenabzugs gemäß § 20 Abs. 9 EStG (Sparer-Pauschbetrag). Die Finanzverwaltung erfasst Negativzinsen demgegenüber als Verwarentgelte und deshalb als Werbungskosten. Auch Werbungskosten selbst, ebenso Sonderausgaben und außergewöhnliche Belastungen sollen negative Werte annehmen können; im Fall von Sonderausgaben und außergewöhnlichen Belastungen schon deshalb, weil es – etwa in der Situation einer phasenverschobenen Rückerstattung – keine dogmatischen Gegenbegriffe gibt (wie auf Ebene des objektiven Nettoprinzips).

Der unübersichtliche Befund legt eine grundsätzlichere Befassung mit der Thematik nahe. Aus diesem Grund war das Symposium der Steuerrechtswissenschaftlichen Vereinigung Heidelberg e. V., das im Mai 2021 – pandemiebedingt – virtuell stattfand, dem negativen Vorzeichen im Steuerrecht gewidmet. Kundige Experten behandelten die sich stellenden Fragen zum einen in grundsätzlicher, systematisierender Art und Weise, zum anderen veranschaulicht am Beispiel des negativen Einlagezinses. Die reichhaltigen Erträge des Symposiums sind im vorliegenden Tagungsband vereint.

Wir danken den Referenten, die zugleich die Autoren dieses Bandes sind, ganz herzlich für ihre Teilnahme am Symposium, für ihre vielfältigen Einsichten und für ihre Bereitschaft, diese zu verschriftlichen. Herrn Moritz Teichmann gebührt Dank für die sorgfältige Redaktion. Die Steuerrechtswissenschaftliche Vereinigung Heidelberg e. V. hat das Symposium ebenso wie die Publikation des Bandes ideell und finanziell unterstützt, wofür wir ebenfalls Dank sagen.

Heidelberg, im November 2021

Hanno Kube
Ekkehart Reimer

§ 1 Das negative Vorzeichen in der Dogmatik des Einkommensteuerrechts

Robert Ullmann

I.	Zahlenräume in der Mathematik.....	6
II.	Fallgruppe 1: Wo gibt es das negative Vorzeichen im Einkommensteuerrecht im Wortlaut?	7
	1. „Negativ“ unmittelbar im Gesetzeswortlaut.....	7
	2. „Negativ“ mittelbar im Gesetzeswortlaut	7
III.	Fallgruppe 2: Wo kann es das negative Vorzeichen denkgesetzlich nicht geben?	8
	1. Allgemeines.....	8
	2. In der Steuerwelt eher Darstellungskonvention.....	8
	3. Exkurs: Skontoziehung durch Kunde	9
IV.	Fallgruppe 3: Wo wird das negative Vorzeichen ausdrücklich verhindert?.....	10
	1. Punktueller Abzugsbeschränkungen	10
	2. Systematische Beschränkungen durch asymmetrische Behandlung spiegelbildlicher Fälle.....	11
V.	Fallgruppe 4: Wo kann es das negative Vorzeichen geben; es wurde aber nicht (richtig) „mitgedacht“?	14
	1. Mit dogmatischem Gegenbegriff.....	14
	2. Ohne dogmatischen Gegenbegriff.....	18
VI.	Schlusswort.....	22

Das Thema meines heutigen Vortrags¹ lautet „Das negative Vorzeichen in der Dogmatik des Einkommensteuerrechts“. Ich möchte den Herren Prof. Dr. *Ekkehart Reimer* und Prof. Dr. *Hanno Kube* für die Einladung hier in das Symposium der Steuerrechtswissenschaftlichen Vereinigung Heidelberg e.V. danken und freue mich natürlich auf ein Wiedersehen nach der Corona-Pandemie einmal in Heidelberg. Ich habe das Thema so ausgefüllt, dass ich gerne versuchen möchte, Ihnen einen Überblick zu geben über verschiedene Bereiche des Einkommensteuerrechts, in denen das negative Vorzeichen vorkommen oder eben auch gerade nicht vorkommen kann. Darauf aufbauend soll jeweils auch die Frage diskutiert werden, wie in

¹ Die Vortragsdiktation wurde für den vorliegenden Beitrag weitgehend beibehalten.

ebendiesen Bereichen mit dem negativen Vorzeichen umgegangen wird. Die nachfolgende Darstellung soll in vier Fallgruppen geschehen, die sich in ihrer Regelungsdichte im Einkommensteuerrecht sowie in der Häufigkeit der auftretenden Lebenssachverhalte doch deutlich unterscheiden. Während die Fallgruppen 1 und 2 mehr einleitender und abgrenzender Natur sind, sind die Fallgruppen 3 und insbesondere 4 letztlich die Hinführung zu unserem großen Thema und werden uns selbstverständlich am meisten beschäftigen. Somit bildet mein Vortrag auch die Vorbereitung zu dem Folgevortrag von Herrn Dr. *Marcus Niermann* sowie der Podiumsdiskussion gemeinsam mit ihm, Frau Dr. *Eva Oertel* und Herrn Prof. Dr. Dres. h. c. *Paul Kirchhof*. Die Fallgruppen im Einzelnen:

- Fallgruppe 1: Wo gibt es das negative Vorzeichen im Einkommensteuerrecht im Wortlaut?
- Fallgruppe 2: Wo kann es das negative Vorzeichen denkgesetzlich nicht geben?
- Fallgruppe 3: Wo wird das negative Vorzeichen ausdrücklich verhindert?
- Fallgruppe 4: Wo kann es das negative Vorzeichen geben; es wurde aber nicht (richtig) „mitgedacht“?

Diese Fallgruppen haben naturgemäß eine gewisse Überlappung, sind also weder nach innen noch nach außen trennscharf. Sie erlauben es uns aber, in einer quasi-strukturierten Weise über das hier vorgegebene Oberthema nachzudenken.

I. Zahlenräume in der Mathematik

Ich würde den Vortrag gerne beginnen mit einer „kleinen Schulstunde“. Konkret könnte man sich die Frage stellen, ob A plus B größer, kleiner oder gleich C ist. Was müssen wir für die Beantwortung dieser Frage wissen? Gehen wir einmal davon aus, wir würden den Zahlenraum der Natürlichen Zahlen verwenden.² In diesem Zahlenraum können Sie sicher sagen, dass C größer(gleich) als A und größer(gleich) als B sein muss. Die Antwort auf

² Also den Zahlenraum derjenigen positiven Zahlen, die keine Nachkommastellen besitzen. Indes ist in der Mathematik strittig, ob die Null als eine Natürliche Zahl anzusehen ist. Jedenfalls gemäß der DIN-Norm 5473 wird die Null vom Zahlenraum der Natürlichen Zahlen erfasst.

meine ursprünglich gestellte Frage verändert sich aber schon dann, wenn Sie nur in den Zahlenraum der sogenannten Ganzen Zahlen blicken.³ Konkret kann jetzt C sehr wohl kleiner als A oder B sein und natürlich auch größer als A oder B; Sie können es aus der einfachen Formel ohne weitere Informationen, Regeln oder Annahmen schlichtweg nicht mehr ableiten. Ähnliche Probleme ergeben sich in unserer eigentlichen Thematik: dem negativen Vorzeichen im Einkommensteuerrecht.

II. Fallgruppe 1: Wo gibt es das negative Vorzeichen im Einkommensteuerrecht im Wortlaut?

1. „Negativ“ unmittelbar im Gesetzeswortlaut

Um uns dem Thema anzunähern, habe ich zunächst einmal relativ schlicht das Einkommensteuergesetz nach dem Begriff „negativ“ durchsucht. Dies liefert mehr als 40 Treffer. Diese Suchergebnisse bestehen weitestgehend aus Kleinstgruppen aus nur einem einzigen Treffer. So gibt es beispielsweise jeweils einmal den Begriff „negativer Jahresbetrag“ im § 5 Abs. 7 EStG, den Begriff „negatives Kapitalkonto“ im § 15a EStG und den Begriff „negative Kapitalerträge“ im § 43a Abs. 3 EStG. Sehr viel häufiger gibt es den einen Begriff „negative Einkünfte“. Dieser kommt beispielsweise vor in § 2a EStG, § 3a Abs. 3 EStG und § 10d EStG. Diese relativ schlichte erste Untersuchung kann uns meines Erachtens bereits zeigen, dass in dieser Unterfallgruppe an Normen schon dem Gesetzgeber vollkommen bewusst war, dass es eben auch „positive Jahresbeträge“, „positive Kapitalkonten“, „positive Kapitalerträge“ und „positive Einkünfte“ geben muss.

2. „Negativ“ mittelbar im Gesetzeswortlaut

Daneben steht direkt die Unterfallgruppe der Fälle, in denen der Begriff „negativ“ nur mittelbar im Gesetzeswortlaut zu finden ist. Ich habe diese Unterfallgruppe weiter in zwei Unterunterfallgruppen unterschieden. Die erste Unterunterfallgruppe enthält Begriffe mit einem dogmatischen Gegenbegriff. Dieser Unterunterfallgruppe sind beispielsweise zuzuordnen

³ Also derjenigen Zahlen, die positiv und negativ sein können, aber weiterhin keine Nachkommastelle besitzen.

die negativen Begriffe „Betriebsausgaben“, „Werbungskosten“ und „Aufwand“. Als dogmatische Gegenbegriffe dieser drei stehen natürlich die Begriffe „Betriebseinnahmen“, „Einnahmen“ und „Erträge“. Mithin zeigt sich auch in dieser ersten Unterunterfallgruppe, dass dem Gesetzgeber vollkommen bewusst war, dass es insoweit sowohl positive als auch negative Vorzeichen geben kann. Als zweite Unterunterfallgruppe sind diejenigen negativen Begriffe ohne dogmatischen Gegenbegriff zu nennen. In dieser Unterunterfallgruppe enthalten sind beispielsweise die „Sonderausgaben“ und die „außergewöhnlichen Belastungen“. Zu diesen gibt es gerade keinen unmittelbaren Gegenbegriff. Insoweit ist der Wille des Gesetzgebers nicht offenkundig.

Es drängt sich mithin die Frage auf, ob die Behandlung eines negativen Vorzeichens in den vorgenannten Begrifflichkeiten, abhängig von der Unterunterfallgruppe, möglicherweise unterschiedlich ist. Diese Frage wird uns in der Fallgruppe 4 nochmals eingehender beschäftigen.

III. Fallgruppe 2: Wo kann es das negative Vorzeichen denkgesetzlich nicht geben?

1. Allgemeines

Fallgruppe 2 soll der Abgrenzung dienen. Wir wollen hier das Gedankenexperiment anstellen, ob es möglich ist, dass Begrifflichkeiten oder auch Sachverhalte im Steuerrecht existieren, in denen ein negatives Vorzeichen nicht vorstellbar ist. In denen also die Hürde für ein negatives Vorzeichen in einer Begrifflichkeit derart hoch ist, dass sich ein negatives Vorzeichen denkgesetzlich ausschließt. Diese Frage ist auch nicht ganz so abwegig, wie sie auf den ersten Blick erscheint. Denn in der „normalen“ Welt kann sehr vieles nicht negativ sein. Beispielsweise gibt es Längen, Zeitspannen, Volumen, Lautstärken und Helligkeit jeweils nur in einem positiven Sinne. Die niedrigste Helligkeit, die denkbar ist, ist dunkel. Eine negative Helligkeit kann es denkgesetzlich nicht geben.

2. In der Steuerwelt eher Darstellungskonvention

Nun war es natürlich meine Aufgabe, mir im Rahmen der Vorbereitung dieses Vortrages darüber Gedanken zu machen, ob es ähnlich gelagerte Fälle auch im Steuerrecht geben kann. Jedenfalls ich bin zu der Erkenntnis

gekommen, dass dies nicht der Fall ist. In der Steuerwelt sind wir im Bereich der nicht denkbaren negativen Werte allenfalls in Darstellungskonventionen angelangt. So stellt es sich beispielsweise im Rahmen der doppelten Buchführung durchaus so dar, dass selbstverständlich regelmäßig negative Zahlen zu verarbeiten sind. Diese werden aber gerade nicht mit negativem Vorzeichen verarbeitet, sondern sie werden letztlich auf der betreffenden Seite eines spezifischen Soll-Haben-Kontos verbucht. Die Seite innerhalb des Kontos zeigt also an, ob die Werte positiv oder negativ sind. Gleichwohl gibt es freilich auch vereinzelt Ausnahmen. So muss beispielsweise bei Kapitalgesellschaften seit dem BilMoG⁴ der Betrag nicht eingeforderter Bareinlagen gemäß § 272 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 HGB zwingend negativ auf der Eigenkapitalseite der Bilanz ausgewiesen werden.⁵ Der Regelfall ist eine solche Darstellung aber nicht.

3. Exkurs: Skontoziehung durch Kunde

Allerdings stellt uns schon das Nachdenken über die Bilanz sofort in den richtigen Kontext. Denn stellen wir uns einmal die ganz einfache Behandlung einer Skontobuchung vor: Ihr Kunde zieht ein Skonto. In dem Moment, in dem Sie die Leistung oder die Lieferung als realisiert ansehen, stellen Sie dem Kunden eine Rechnung und buchen zeitgleich eine Forderung – in voller Höhe ohne Berücksichtigung des Skontos – gegen Umsatzerlöse in Ihr Rechnungslegungswerk ein. Eine Woche später zahlt Ihr Kunde unter Abzug von Skonto. Dies haben Sie buchhalterisch selbstverständlich zu berücksichtigen, indem Sie die gesamte Forderung ausbuchen, wobei Sie aber sofort auf das Problem stoßen, dass der bei der Bank eingegangene Betrag den Betrag der eingestellten Forderung unterschreitet. Der fehlende Betrag ist eben das Skonto.

Hier beginnen die Probleme mit dem negativen Vorzeichen bereits. Denn man kann sich jetzt die Frage stellen, ob ein Skonto eine Umsatzreduzierung darstellt oder ob der Umsatz durch den Skontozug des Kunden zwar unverändert bleibt, zugleich aber der Skonto beispielsweise als Zinsaufwand zu verbuchen ist. An dieser Stelle kann man bereits als eine Art Grundgedanken hervorheben, dass dies natürlich auf den Jahresüberschuss keinerlei Auswirkungen hat. Denn auf eine Saldogröße, wie den

⁴ Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts v. 25.5.2009, BGBl I 2009, 1102.

⁵ Man spricht auch vom sog. Nettoausweis. Näher dazu G. Reiner, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), MüKo, HGB, 4. Aufl. 2020, § 272 Rn. 6-20.

Jahresüberschuss, macht es natürlich keinen Unterschied, ob Sie den Umsatz absenken oder den Umsatz unverändert lassen und den Aufwand um den exakt gleichen Betrag erhöhen. Gleichwohl ist die Frage nicht irrelevant. Denn beispielsweise im Rahmen der Berechnung von (Bilanz)Kennzahlen ist es durchaus wichtig, ob ein Skonto nun den Umsatz reduziert oder den Aufwand erhöht hat. Gleiche Problemlagen ergeben sich beispielsweise bei der Bemessung der Umsätze für die originäre steuerliche Buchführungspflicht gemäß § 141 AO, die Kleinunternehmerregelung des § 19 UStG, die Frage der Häufigkeit von Umsatzsteuervoranmeldungen gemäß § 18 UStG und die Indizwirkung des Umsatzes bei der Beantwortung der Frage, ob gemäß § 1 Abs. 2 HGB ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb vorliegt. Zu Ihrer Information wird im Ergebnis der Skonto nach herrschender Meinung als Umsatzreduktion gesehen; analog gilt dies für die nachträgliche Einbuchung von Rabatten.⁶

IV. Fallgruppe 3: Wo wird das negative Vorzeichen ausdrücklich verhindert?

1. Punktuelle Abzugsbeschränkungen

In der Fallgruppe 3 habe ich erneut zwei Unterfallgruppen gebildet, wobei eine der beiden sodann zwei Unterunterfallgruppen umfasst. Zunächst ist zu nennen die Unterfallgruppe der „punktuellen“ Abzugsbeschränkungen. Diese sind wiederum zu unterteilen zum ersten in die Unterunterfallgruppe der allgemeinen Abzugsbeschränkungen. Hierin beispielsweise enthalten sind Ausbildungskosten gemäß § 9 Abs. 6 EStG, Bestechungsgelder gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 10 EStG, Bußgelder gemäß § 4 Abs. 5 S. 1 Nr. 8 EStG und anfallende Werbungskosten bei Anwendung des Sparerpauschbetrages gemäß § 20 Abs. 9 S. 1 EStG. Insofern hat der Gesetzgeber letztlich in verschiedenen Normen und auch aus sehr verschiedenen Gründen punktuelle Abzugsbeschränkungen für spezifische Tatbestandsmerkmale eingefügt. Infolgedessen können Sie ein negatives Vorzeichen schlichtweg nicht in Ihrer Steuererklärung geltend machen. Zum zweiten

⁶ Vgl. etwa *M. Schüppen*, in: Hachmeister/Kahle/Mock/Schüppen (Hrsg.), Bilanzrecht, HGB, 2. Aufl. 2020, § 277 Rn. 11; *G. Reimer*, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), MüKo, HGB, 4. Aufl. 2020, § 277 Rn. 20; *W. Morck/K.-D. Drüen*, in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, HGB, 9. Aufl. 2019, § 277 Rn. 2.

sind als Unterunterfallgruppe Antimissbrauchsnormen zu erwähnen. Hier hat der Gesetzgeber, konkret mit dem Ziel der Vermeidung von Missbräuchen (im weitesten Sinne), ganz bestimmte Aufwendungen nicht zum Abzug zugelassen und die Abzugsbeschränkung an als missbräuchlich eingestufte Sachverhaltsmerkmale geknüpft. Beispiele sind die Zinsschranke gemäß § 4h EStG, die Lizenzschranke gemäß § 4j EStG und auch zukünftig Besteuerungsinkongruenzen, die in § 4k EStG⁷ aufgenommen worden sind. Insgesamt ist insofern davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Beschränkungen durchdacht und gewollt hat.

2. Systematische Beschränkungen durch asymmetrische Behandlung spiegelbildlicher Fälle

a. *Allgemeines*

Als zweite Unterfallgruppe sind systematische Beschränkungen durch eine asymmetrische Behandlung spiegelbildlicher Fälle zu nennen. Im Grundsatz dürfen bei Vorliegen steuerfreier Einnahmen wirtschaftlich zusammenhängende Ausgaben die Bemessungsgrundlage gemäß § 3c Abs. 1 EStG nicht reduzieren.⁸ Gleiches gilt im Zusammenspiel zwischen § 3 Nr. 40 EStG und § 3c Abs. 2 EStG auch für teilweise Steuerfreiheiten im Teileinkünfteverfahren. Neben diesem doch sehr zentralen Grundsatz stehen einige durchaus wichtige Ausnahmen. Nachfolgend seien drei beispielhaft aufgeführt.

b. *Veräußerungsgewinne an Anteilen einer Körperschaft durch eine Körperschaft*

Die erste Ausnahme ist zugegebenermaßen nicht ganz innerhalb unseres Themas. Denn es handelt sich um die steuerliche Behandlung von Veräußerungsgewinnen an Anteilen einer Körperschaft durch eine Körperschaft. Hier regelt § 8b Abs. 2 S. 1 KStG, dass Veräußerungsgewinne steuerfrei

⁷ Die Neuregelung wurde bereits durch den Bundestag verabschiedet. Vgl. für eine erste Einordnung etwa *M. Greinert/T. Siebing*, Ubg 2020, 589; *C. Kahlenberg/R. Rein*, SWI 2020, 189.

⁸ Bereits weit vor Einführung des § 3c Abs. 1 EStG wurde dieser Rechtsgrundsatz von der Rechtsprechung entwickelt. Hierzu ausführlich *M. Desens*, in: H/H/R, EStG, 304. EL 06.2021, § 3c Rn. 6.

sind. Zugleich wird in § 8b Abs. 3 S. 1 KStG eine nicht abziehbare Betriebsausgabe in Höhe von 5 % des eigentlich steuerfreien Veräußerungsgewinns fingiert. Die Hinzurechnung dieser fiktiven nicht abziehbaren Betriebsausgabe führt wirtschaftlich dazu, dass im Ergebnis positive Veräußerungsgewinne zu 95 % steuerfrei vereinnahmt werden können.⁹

Wechselt man nun aber auf die Seite der negativen Veräußerungsgewinne, so findet nach herrschender Meinung § 8b Abs. 3 S. 3 KStG Anwendung.¹⁰ Negative Veräußerungsgewinne sind mithin als „Gewinnminderung“ zu 100 % steuerunwirksam. Betrachtet man nun wiederum § 8b Abs. 3 S. 1 KStG, so sind nach dem Wortlaut ausschließlich die Gewinne konkret im Sinne des § 8b Abs. 2 S. 1, 3 und 6 KStG zu berücksichtigen. Mithin findet die Fiktion einer nicht abziehbaren Betriebsausgabe auf negative Veräußerungsgewinne im Sinne des § 8b Abs. 3 S. 3 KStG keine Anwendung.¹¹

Dies unterstellt, dass es eine „negative fiktive nicht abziehbare Betriebsausgabe“ nicht geben kann. Dieser kurze Begriff enthält im Übrigen in sich gleich drei Formen der Darstellung von negativ, nämlich „negative“, „nicht abziehbare“ und „-ausgabe“. Rein mathematisch würde sich also dreimal ein Vorzeichenwechsel vollziehen. Dies ging dem Gesetzgeber wohl doch zu weit.

c. *Betriebsstättengewinne in Freistellungsstaaten*

Die zweite, hier zu erwähnende Ausnahme ist die Behandlung von Betriebsstättengewinnen in Freistellungsstaaten. Während positive Betriebsstättengewinne eindeutig im Betriebsstättenstaat zu besteuern sind, trifft dies auf negative Betriebsstättengewinne nicht zwingend zu. Denn zwar gilt im Grundsatz die Symmetriethese, sodass auch laufende negative Be-

⁹ Vgl. *H. Watermeyer*, in: H/H/R, KStG, 304. EL 06.2021, § 8b Rn. 103.

¹⁰ Vgl. etwa *J. Rengers*, in: Blümich, KStG, 157. EL 05.2021, § 8b Rn. 282; *H. Watermeyer*, in: H/H/R, KStG, 304. EL 06.2021, § 8b Rn. 105; *A. Herlinghaus*, in: Rödter/Herlinghaus/Neumann, KStG, 1. Aufl. 2015, § 8b Rn. 295; auch BFH, U. v. 13.10.2010 - I R 79/09, BStBl. II 2014, 943 (946 f.); BFH, U. v. 12.3.2014 - I R 87/12, BStBl. II 2014, 859 (861).

¹¹ Vgl. *J. Rengers*, in: Blümich, KStG, 157. EL 05.2021, § 8b Rn. 263.

triebsstättengewinne schließlich im Betriebsstättenstaat der Steuer zu unterwerfen sind.¹² Ist dies jedoch endgültig nicht möglich, so kennt man jedenfalls im EU-Kontext das Konzept der finalen Verluste, das diese negativen Betriebsstättengewinne letztlich in den Ansässigkeitsstaat des Unternehmens bzw. des Stammhauses zieht.¹³ Betriebsstättengewinne mit negativem Vorzeichen werden innerhalb dieser Sachverhalte also systematisch anders behandelt als Beträge mit positivem Vorzeichen.

d. *Veranlassungsprinzip*

Als letzte Ausnahme sei hier das Veranlassungsprinzip zu erwähnen. Das Veranlassungsprinzip sagt im Grundsatz, dass sowohl auf der Einnahmenseite als auch auf der Ausgabenseite die auftretenden Beträge nach ihrer Veranlassung in die betriebliche Sphäre, beruflich veranlasste private Sphäre oder (ebenfalls private) Sphäre der Lebensführung aufzuteilen sind. Dieses im Grundsatz sehr elegante Konzept stößt in realen Lebenssachverhalten ganz regelmäßig an Grenzen der Nachweisbarkeit. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber auf der Ausgabenseite mit § 12 EStG ein Aufteilungsverbot für Mischfälle in das Gesetz aufgenommen. Während das Aufteilungsverbot vom BFH eine ganze Zeit lang als allgemeines Aufteilungsverbot verstanden wurde,¹⁴ wird es heute so ausgelegt, dass nur noch diejenigen Mischfälle dem Aufteilungsverbot nach § 12 EStG unterfallen, bei denen eine Aufteilung nach objektiven Maßstäben nicht möglich ist.¹⁵ Soweit ersichtlich, greift § 12 EStG insbesondere auch nicht analog auf der Einnahmenseite.¹⁶ Mithin finden wir auch hier erneut eine asymmetrische Behandlung des positiven und des negativen Vorzeichens.

Im Übrigen wird konkret diese Frage hinsichtlich der Veranlagungszeiträume 2020 und 2021 durchaus relevant werden, weil wir dann auch auf der Einnahmenseite gehäuft mit Sachverhalten der gemischten Veranlas-

¹² Vgl. nur BFH, U. v. 5.2.2014 - I R 48/11, BFHE 244, 371 (373 f.); BFH, U. v. 9.6.2010 - I R 107/09, BFHE 230, 35.(38 f.).

¹³ Für einen aktuellen Überblick über die bereits ergangene Rechtsprechung und die beim BFH anhängigen Verfahren vgl. *W. Niemann/P. Dodos*, DStR 2021, 441 (441-443).

¹⁴ Vgl. nur BFH, B. v. 19.10.1970 - GrS 2/70, BStBl. II 1971, 17.

¹⁵ Vgl. BFH, B. v. 21.9.2009 - GrS 1/06, BStBl. II 2010, 672.

¹⁶ Vgl. etwa BFH, U. v. 28.1.2003 - VI R 48/99, BStBl. II 2003, 724 (726).

sung konfrontiert werden. Denn einige der Überbrückungshilfen zur Abfederung der wirtschaftlichen Schäden aus der Corona-Pandemie enthalten auch die Möglichkeit einer teilweisen privaten Verwendung.

V. Fallgruppe 4: Wo kann es das negative Vorzeichen geben; es wurde aber nicht (richtig) „mitgedacht“?

1. Mit dogmatischem Gegenbegriff

Auch für die letzte Fallgruppe 4 möchte ich eine Unterscheidung in Unterfallgruppen vornehmen. Wir beginnen mit der Unterfallgruppe derjenigen Fälle, die einen dogmatischen Gegenbegriff haben. Welche Fälle sich hierin beispielsweise einordnen können, haben wir bereits in Fallgruppe 2 diskutiert. Jedoch werden wir nun einige Beispielfälle aus der BFH-Rechtsprechung betrachten. Konkret soll es in unserer Diskussion gehen um die Fälle a) Einnahmen und Werbungskosten, b) Hinzurechnungen und Kürzungen und c) den Gewinnbegriff im Einkommensteuerrecht. Diesen Fällen mit dogmatischem Gegenbegriff ist gemein, dass die Fragestellung, ob nun beispielsweise Einnahmen oder negative Werbungskosten bzw. im umgekehrten Fall negative Einnahmen oder Werbungskosten auftreten, für die ertragsteuerliche Bemessungsgrundlage im Regelfall irrelevant ist. Denn ähnlich wie bei unserem obigen Skontobeispiel macht es für die Saldogröße „Bemessungsgrundlage“ natürlich zunächst keinen Unterschied, ob ich die Einnahmen senke oder die Werbungskosten erhöhe. Indes treten in dieser Unterfallgruppe gleichwohl regelmäßig Probleme auf. Dies immer dann, wenn das Steuerrecht Klippen für uns bereithält, die gerade nicht an dem Saldo, sondern an einem seiner Bestandteile orientiert sind. Beispiele hierfür sind Freibeträge und Freigrenzen für Einnahmen, sowie bei Anwendung des Sparerpauschbetrags gemäß § 20 Abs. 9 EStG komplette Abzugsverbote – also letztlich eine Klippe von 0,00 Euro.

Die von mir gewählten Urteile und Fälle sind dabei nicht unbedingt die aktuellsten oder allgemeingültigsten. Es geht mir vielmehr jeweils um eine Darstellung der Grundproblematik.

a. *Einnahmen (§ 8 EStG) und Werbungskosten (§ 9 EStG)*

Beginnen wir mit dem Fall einer phasenverschobenen Rückerstattung von Werbungskosten.¹⁷ In diesem Urteil hatten Vermieter die von ihnen im Jahr 1 gezahlte Grundsteuer als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gemäß § 21 EStG angegeben. Aufgrund einer rückwirkenden Herabsetzung des Einheitswerts des Grundstücks erhielten sie phasenverschoben eine Rückerstattung ebendieser Grundsteuer. Ausgehend von dem eigentlich im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung geltenden Zufluss- bzw. Abflussprinzip gemäß § 11 EStG stellte sich nun die Frage, ob diese Rückerstattung als Einnahmen oder als negative Werbungskosten im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zu behandeln sei. Der BFH urteilte:

„Wird einem Hauseigentümer ein Teil der Grundsteuer, die er bei der Ermittlung seiner Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung als Werbungskosten geltend gemacht hat, in einem späteren Jahr erstattet, so ist der erstattete Betrag in diesem Jahr im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung als Einnahme anzusetzen.“¹⁸

Umgekehrt gelagert ist der Fall eines Gesellschafter-Geschäftsführers, der ein Darlehen an seine GmbH vergab.¹⁹ Hierfür bezog er naturgemäß Zinsen. Analog zum ersten Fall waren Teile dieser Zinsen phasenverschoben an den Gesellschafter-Geschäftsführer rückzuerstatten. Es stellte sich nun die Frage, ob beim Darlehensgeber diese Rückerstattung Werbungskosten oder negative Einnahmen bei den Einkünften aus Kapitalvermögen seien. Insofern urteilte ebenfalls der VI. Senat, dass hier die Rückzahlung von Zinsen als negative Einnahmen im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen zu erfassen seien.²⁰ Dies führte insbesondere zu dem Ergebnis, dass die zurückgezahlten Zinsen nicht als Werbungskosten den seinerzeit noch gültigen Werbungskostenpauschbetrag des § 9a S. 1 Nr. 2 EStG alte Fassung aufzehrten.²¹

¹⁷ BFH, U. v. 30.10.1964 - VI 346/61 U, BStBl. III 1965, 67.

¹⁸ BFH, U. v. 30.10.1964 - VI 346/61 U, BStBl. III 1965, 67 (67).

¹⁹ BFH, U. v. 13.12.1963 - VI 22/61 S, BStBl. III 1964, 184.

²⁰ Vgl. BFH, U. v. 13.12.1963 - VI 22/61 S, BStBl. III 1964, 184 (185).

²¹ Vgl. BFH, U. v. 13.12.1963 - VI 22/61 S, BStBl. III 1964, 184 (185).

Beide Urteile sind selbstverständlich nur eine Auswahl und es finden sich sowohl eine Reihe weiterer Urteile²² als auch eine lange Reihe von Diskussionen in der Literatur.²³

b. Hinzurechnungen (§ 8 GewStG) und Kürzungen (§ 9 GewStG)

Sodann möchte ich die Hinzurechnungen gemäß § 8 GewStG und die Kürzungen gemäß § 9 GewStG thematisieren. Konkret geht es in unserem ersten Fall der Hinzurechnungen um einen typischen stillen Gesellschafter, der sich an einer GmbH beteiligt hatte.²⁴ Im Rahmen der vereinbarten Verlustübernahme hatte er Beträge an die GmbH zu leisten. Diese Beträge flossen selbstverständlich in die Einkünfte aus Gewerbebetrieb der GmbH ein. Im Rahmen der Ermittlung der gewerbesteuerlichen Bemessungsgrundlage stellte sich sodann die Frage, ob die Zahlungen des typischen stillen Gesellschafters an die GmbH nicht als negativer Gewinnanteil der Hinzurechnung gemäß § 8 Nr. 1 lit. c GewStG unterfallen müssten. Der BFH urteilte, dass entsprechende Fälle mit negativem Vorzeichen bei der Hinzurechnung zu berücksichtigen sind (als sogenannte negative Hinzurechnung).²⁵ Der seinerzeit noch gültige Freibetrag von 100.000 Euro²⁶ gemäß § 8 Nr. 1 am Ende GewStG ist zudem nicht spiegelbildlich anzuwenden.²⁷ Dieser erste Fall wird uns übrigens auch gleich im Vortrag von Herrn Dr. *Marcus Niermann* noch einmal in größerem Detail beschäftigen.

²² Vgl. für eine Übersicht über die Rechtsprechung *J.-H. Kister*, in: H/H/R, EStG, 304. EL 06.2021, § 8 Rn. 33.

²³ Vgl. für den Rückfluss von Einnahmen nur *V. Kreft*, in: H/H/R, EStG, 304. EL 06.2021, § 9 Rn. 80; *C. Fuhrmann*, in: Korn (Hrsg.), EStG, 130. EL 05.2021, § 9 Rn. 66 f.; *R. Seer*, in: Kirchhof/Seer (Hrsg.), EStG, 20. Aufl. 2021, § 8 Rn. 13; *C. Gröpl*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG, 315. EL 06.2021, § 8 Rn. B 66 f.; *K. v. Bornhaupt*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG, 315. EL 06.2021, § 9 Rn. B 227-B 230; *R. Ettlich*, in: Blümich, EStG, 157. EL 05.2021, § 8 Rn. 53. Für die Rückerstattung von Werbungskosten vgl. nur *V. Kreft*, in: H/H/R, EStG, 304. EL 06.2021, § 9 Rn. 85-87; *C. Fuhrmann*, in: Korn (Hrsg.), EStG, 130. EL 05.2021, § 9 Rn. 65; *K. v. Bornhaupt*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG, 315. EL 06.2021, § 9 Rn. B 64; *R. Ettlich*, in: Blümich, EStG, 157. EL 05.2021, § 8 Rn. 54.

²⁴ BFH, U. v. 28.1.2016 - I R 15/15, BStBl. II 2017, 62.

²⁵ Vgl. BFH, U. v. 28.1.2016 - I R 15/15, BStBl. II 2017, 62 (63). Bestätigung des U. v. 1.10.2015 - I R 4/14, BStBl. II 2017, 59.

²⁶ Der Freibetrag in § 8 Nr. 1 am Ende GewStG wurde durch das Zweite Corona-Steuerhilfegesetz v. 29.6.2020 (BGBl. I 2020, 1512) nunmehr auf 200.000 Euro erhöht.

²⁷ Vgl. BFH, U. v. 28.1.2016 - I R 15/15, BStBl. II 2017, 62 (63).

Auf der umgekehrten Seite der Kürzungen findet sich ein Fall aus dem Jahre 1974.²⁸ Hier ging es um die Frage, ob ein inländisches Bauunternehmen die Verluste einer ausländischen Betriebsstätte, die nicht in einem Freistellungsstaat belegen war, über die Kürzungsvorschrift des § 9 Nr. 3 GewStG wieder herausrechnen müsse. § 9 Nr. 3 GewStG regelt den Fall, in dem ausländische Betriebsstättengewinne bei der Ermittlung der inländischen Einkünfte aus Gewerbebetrieb erhöhend eingeflossen sind. Diese sind gemäß § 9 Nr. 3 GewStG wieder zu kürzen, was auch dem Inlandscharakter der Gewerbesteuer entspricht. Der BFH urteilte letztlich, dass auch Verluste einer ausländischen Betriebsstätte über die Norm des § 9 Nr. 3 GewStG als negative Kürzungen wieder herausgerechnet werden müssen.²⁹ Es ist allerdings zuzugestehen, dass diese Rechtsprechung tendenziell nur einen theoretischen Charakter hat, weil freilich schon gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 und 3 GewStG die positiven oder negativen Betriebsstättengewinne einer im Ausland belegenen Betriebsstätte nicht der deutschen Gewerbesteuer unterfallen dürften.³⁰ Gleichwohl zeigt dieser Fall auf, dass auch der BFH auf der Seite der Kürzungen gemäß § 9 GewStG durchaus auch mit negativen Kürzungsbeträgen leben könnte.

c. *Gewinnbegriff im Einkommensteuerrecht*

Zuletzt sei ein kleiner Exkurs in den Gewinnbegriff im Einkommensteuerrecht erlaubt.³¹ Der Begriff des „Gewinns“ ist im allgemeinen Sprachgebrauch wohl eher mit positiven Dingen belegt. Beispiele sind der Begriff „Quartalsgewinn“, der „Lottogewinn“ oder auch der „Punktgewinn“ im Rahmen diverser Sportarten. Ungeachtet dessen gehen wir im Steuerrecht

²⁸ BFH, U. v. 10.7.1974 - I R 248/71, BStBl. II 1974, 752.

²⁹ Vgl. BFH, U. v. 10.7.1974 - I R 248/71, BStBl. II, 752 (753).

³⁰ Zur deklaratorischen Bedeutung des § 9 Nr. 3 S. 1 GewStG vgl. F. Roser, in: Lenski/Steinberg, GewStG, 137. EL 08.2021, § 9 Nr. 3 Rn. 2; D. Gosch, in: Blümich, GewStG, 157. EL 05.2021, § 9 Rn. 212. Aus systematischer Sicht ist die Norm allerdings zwingend notwendig, da der Gewerbeertrag im Sinne des § 7 S. 1 GewStG etwa in Nicht-DBA Fällen insofern auch Gewinne und Verluste ausländischer Betriebsstätten enthalten kann, F. Roser, in: Lenski/Steinberg, GewStG, 137. EL 08.2021, § 9 Nr. 3 Rn. 2 f.

³¹ Die dargestellte Problemlage gilt analog für den Überschussbegriff.

unbeirrt von einem Gewinnbegriff aus, der sowohl positive als auch negative Werte umfassen kann.³² Der Gewinnbegriff ist damit gegebenenfalls sogar sein eigener dogmatischer Gegenbegriff. Gängige Beispiele für die Verwendung im Einkommensteuergesetz sind die „Gewinneinkünfte“ im Sinne von § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG, die „Gewinnermittlung“ gemäß § 4 Abs. 1 und 3 EStG sowie der „Veräußerungsgewinn“ gemäß § 16 Abs. 2 EStG und § 17 Abs. 2 EStG. Entsprechendes gilt jedoch auch für die „Gewinnabführungsverträge“ gemäß § 291 Abs. 1 AktG, die regelmäßig auch Regelungen enthalten über die Übernahme eines etwaig entstehenden Jahresfehlbetrages bei der Organgesellschaft. Gleichwohl erkennt auch die steuergesetzliche Auslegung des Gewinnbegriffs, dass es in bestimmten Konstellationen nur einen positiven Gewinn geben kann. Ein wichtiges Beispiel hierfür ist die Regelung der Überentnahmen gemäß § 4 Abs. 4a EStG. Insoweit ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetzeswortlaut, jedoch aus dem Sinn und Zweck der Norm, dass nur ein positiver Gewinn sinnvoll gemeint sein kann, sofern ein negativer Gewinn bereits für sich zu einer Einschränkung des Schuldzinsenabzugs führen würde. Tätigt ein Steuerpflichtiger allein aufgrund eines negativen Gewinns eine „Überentnahme“ im Sinne der Rechenformel des § 4 Abs. 4a S. 2 EStG, muss der Gewinnbegriff im Wege einer teleologischen Reduktion auf lediglich positive Gewinne eingegrenzt werden. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen ein Steuerpflichtiger im entsprechenden Veranlagungszeitraum überhaupt keine Entnahmen vorgenommen hat.³³

2. Ohne dogmatischen Gegenbegriff

a. *Sonderausgaben (§§ 10 ff. EStG) und außergewöhnliche Belastungen (§ 33 EStG)*

Die zweite Unterfallgruppe umfasst Fälle ohne dogmatischen Gegenbegriff. Wie vorab schon erwähnt, handelt es sich hier zuvorderst um den Begriff der Sonderausgaben gemäß §§ 10 ff. EStG und den Begriff der au-

³² Vgl. unstrittig etwa K. Korn u. a., in: Korn (Hrsg.), EStG, 130. EL 05.2021, § 4 Rn. 163; A. Musil, in: H/H/R, EStG, 304. EL 06.2021, § 4 Rn. 20; auch BFH, B. v. 26.10.1987 - GrS 2/86, BStBl. II 1988, 348 (352).

³³ Vgl. dazu m.w.N. BFH, U. v. 14.3.2018 - X R 17/16, BStBl. II 2018, 744 (747).

ßergewöhnlichen Belastungen gemäß § 33 EStG. Zudem sollen hier negative Verrechnungspreise diskutiert werden. Den Fällen dieser Unterfallgruppe ist nun gemein, dass wegen des fehlenden dogmatischen Gegenbegriffs zwingend ein negatives Vorzeichen innerhalb der Begriffe selbst angenommen werden muss, wenn man eine Zahlung mit negativem Vorzeichen in der tatsächlichen Periode der Zahlung steuerlich erfassen möchte. Anderenfalls bleibt lediglich die Gegenkorrektur im Jahr der ursprünglichen Zahlung der Sonderausgabe bzw. außergewöhnlichen Belastung. Insofern ist die Problemlage noch einmal anders gelagert, als dies bei der vorherigen Unterfallgruppe gegeben war.

Unser erster Beispielfall betrifft die phasenverschobene Rückerstattung geltend gemachter Sonderausgaben.³⁴ Konkret ging es um die Sonderausgabe „Kirchensteuern“. Kirchensteuern sind gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 4 EStG im Jahr der Zahlung als Sonderausgaben bei der Ermittlung der einkommensteuerlichen Bemessungsgrundlage abzuziehen. Indes treten relativ regelmäßig auch Kirchensteuererstattungen aus Vorperioden auf. In diesen Fällen stellt sich die Frage, wie eine solche phasenverschobene Kirchensteuererstattung einkommensteuerlich zu würdigen ist. Der BFH hat sich in einem Urteil aus dem Jahr 2008 für eine wohl eher pragmatische denn dogmatisch zutreffende Lösung entschieden. Denn konkret urteilte er, dass Kirchensteuererstattungen aus Vorperioden gegen Kirchensteuerbelastungen der aktuellen Periode aufgerechnet werden können. Dies aber nur insoweit, als die Erstattungen die Belastungen nicht übersteigen. (Nur) Der Überstiegsbetrag war nicht mehr in dem Jahr der Kirchensteuererstattung zu berücksichtigen, sondern wurde in das ursprüngliche Jahr der Kirchensteuerzahlung zurückgetragen und führte dort zu einer Herabsetzung der angesetzten Sonderausgaben.³⁵ Auch wenn die pragmatische Herangehensweise des BFH für das Massenverfahren der Kirchensteuerzahlung bzw. -erstattung durchaus dankenswert anzunehmen war, so ist die Lösung doch dogmatisch nicht unbedingt nachvollziehbar. Denn entweder sind negative Sonderausgaben denkbar, dann ist freilich auch jedwede Kirchensteuererstattung im Jahr der Erstattung als negative Sonderausgabe geltend zu machen. Oder Sonderausgaben sind eben nicht negativ denkbar, dann ist der gesamte Betrag der Kirchensteuererstattung in das Jahr der ursprünglichen Kirchensteuerzahlung zurückzutragen. Für Ersteres hat sich letztlich auch der Gesetzgeber entschieden. Denn infolge der Einführung

³⁴ BFH, U. v. 26.11.2008 - X R 24/08, BFH/NV 2009, 568.

³⁵ Vgl. BFH, U. v. 26.11.2008 - X R 24/08, BFH/NV 2009, 568 (570).

des § 10 Abs. 4b EStG³⁶ müssen seit dem Veranlagungszeitraum 2012 etwaige Erstattungsüberhänge bei der Kirchensteuer im Erstattungsjahr dem Gesamtbetrag der Einkünfte hinzugerechnet werden (§ 10 Abs. 4b S. 3 EStG). Auch der BFH spricht in diesem Zusammenhang nunmehr ausdrücklich von „negative[n] Sonderausgaben“³⁷.

Für den zweiten Fall der phasenverschobenen Erstattung geltend gemachter außergewöhnlicher Belastungen durch einen Dritten hat der BFH hingegen eine dogmatische Lösung gefunden.³⁸ Konkret ging es hier um einen Fall eines abgebrannten Hauses, bei dem der Eigentümer im Folgejahr außergewöhnliche Belastungen gegenüber dem Finanzamt aus den Reparaturen und Wiederbeschaffungen geltend gemacht hat. Die phasenverschobene Erstattung durch die Hausratsversicherung des Steuerpflichtigen fand bereits im Jahr des Brandunfalls statt. Diese Konstellation warf die Frage auf, ob die Erstattungen nun als negative außergewöhnliche Belastungen die einkommensteuerliche Bemessungsgrundlage im Jahr der Zahlung durch die Hausratsversicherung zu erhöhen hätten oder als Kürzung der außergewöhnlichen Belastung in das Jahr der Geltendmachung vorgezogen werden müssten. Bei letztgenannter Behandlung wirft sich dann weiterhin die Frage auf, inwieweit die zumutbare Belastung gemäß § 33 Abs. 3 EStG hiervon beeinträchtigt wird. Der BFH hat sich dazu entschieden, hier eine Berücksichtigung der Erstattung als negative außergewöhnliche Belastungen nicht zuzulassen, sondern stattdessen einen Vortrag des Betrages in das Jahr der nachgelagerten Geltendmachung der außergewöhnlichen Belastung zu fordern.³⁹ Zu den Auswirkungen einer solchen Erstattung auf die zumutbare Belastung gemäß § 33 Abs. 3 EStG hat sich der BFH indes nicht geäußert. Aus dogmatischer Sicht müsste meines Erachtens die Summe der Aufwendungen, unter Berücksichtigung auch der Kürzung in Höhe des Erstattungsbetrages, die in § 33 Abs. 3 S. 1 EStG festgelegten Grenzwerte ebenfalls übersteigen.

b. Negative Verrechnungspreise

Unser letzter Beispielfall soll der Fall eines negativen Verrechnungspreises sein. Behandeln wir konkret folgende Konstellation: Ein Unternehmen

³⁶ Durch das Steuervereinfachungsgesetz v. 1.11.2011, BGBl. I 2011, 2131.

³⁷ BFH, U. v. 12.3.2019 - IX R 34/17, BStBl. II 2019, 658 (659).

³⁸ BFH, U. v. 30.6.1999 - III R 8/95, BStBl. II 1999, 766.

³⁹ Vgl. BFH, U. v. 30.6.1999 - III R 8/95, BStBl. II 1999, 766 (768).

produziert im Rahmen einer Kuppelproduktion gezielt ein erwünschtes Hauptprodukt und unvermeidbar ein giftiges, also unerwünschtes, Nebenprodukt. Es liefert seine gesamte Produktion, also Haupt- und Nebenprodukt, grenzüberschreitend an ein Tochterunternehmen. Für beide Produkte wird ein zusammengesetzter, fremdüblicher Verrechnungspreis von dem Mutterunternehmen an das Tochterunternehmen in Rechnung gestellt. Aus Verrechnungspreissicht ließe sich nun die Frage stellen, wie die negative Wirkung des eigentlich unerwünschten Nebenproduktes in der Lieferung einzuordnen ist. Es kommen meines Erachtens drei Auslegungsalternativen in Betracht. In einer ersten Auslegung könnte man unterstellen, dass das Hauptprodukt zu einem vollen Preis an das Tochterunternehmen geliefert und zugleich ein Rabatt gewährt wird für die Übernahme des eigentlich unerwünschten Nebenproduktes. Diese Lösung ist wohl letztlich nicht tragfähig. In einer zweiten Auslegung könnte man argumentieren, dass das Hauptprodukt ebenfalls zu einem vollen Preis an das Tochterunternehmen geliefert wird und das Tochterunternehmen eine gegenläufige Dienstleistungsgebühr an ihr Mutterunternehmen in Rechnung stellt für die Abnahme und Entsorgung des ungewollten Nebenproduktes. Der sodann gezahlte, zusammengesetzte Preis ist letzten Endes nichts weiter als der Saldo aus dem vollen Preis für die Lieferung des Hauptproduktes des Mutterunternehmens an das Tochterunternehmen und dem vollen Preis für die Dienstleistung des Tochterunternehmens an das Mutterunternehmen. Einer dritten Auslegung liegt schließlich die Annahme zugrunde, dass zwei getrennt zu behandelnde Lieferungen erfolgen. Und zwar die Lieferung des Hauptproduktes zu einem vollen positiven Preis und zugleich die Lieferung des eigentlich ungewollten Nebenproduktes zu einem negativen Preis. Der zusammengesetzte, fremdübliche Preis ist sodann die Summe dieser beiden Lieferverrechnungspreise. Drittgenannter Auslegung würde wohl die Mehrzahl der Ökonomen folgen. Die hier aufgeworfene Frage eines negativen Verrechnungspreises ist dabei auch nicht rein akademischer Natur. Denn insbesondere insoweit, als auf die Dienstleistungsgebühr für die Abnahme und Entsorgung des giftigen Nebenproduktes eine Quellensteuer anfele, macht es auch in der Besteuerungslast durchaus einen Unterschied, in welcher der drei Auslegungen man sich bewegt.

VI. Schlusswort

Ich habe versucht, Ihnen einen Überblick zu geben über vier Fallgruppen, in denen wir uns die Frage der Behandlung des negativen Vorzeichens im Einkommensteuerrecht stellen können oder stellen sollten. Ziel des Vortrags war ein breiter Abriss und der Versuch einer Strukturierung der gängigsten Fälle.

Als letzte Anmerkung möchte ich noch einen Gedanken äußern. Wir haben uns heute das negative Vorzeichen im Steuerrecht zum Thema gemacht und werden uns gleich noch ganz speziell mit negativen Zinsen und ihrer Behandlung im Steuerrecht befassen. Neben diesen wichtigen Fragen bleibt aber auch noch eine anders gelagerte Frage steuerlich zu bewerten. Denn die seit Langem anhaltende Niedrigzinsphase hat spätestens seit 2010 unmittelbar zu deutlichen Wertsteigerungen in fast allen Klassen von Vermögensgegenständen geführt. Wir müssen uns mithin möglicherweise auch fragen, wie wir zukünftig mit zwar entstandenen, aber noch nicht realisierten, stillen Reserven steuerlich angemessen umgehen wollen. Dies insbesondere dann, wenn sich in Anbetracht der gesamtwirtschaftlichen (und geldpolitischen) Lage zumindest die These vertreten ließe, dass die Wertsteigerungen als Chance eines Vermögensgegenstandes nicht mehr unmittelbar mit den zugehörigen Risiken des Vermögensgegenstandes zusammenhängen.

Ich bedanke mich nochmals für die Einladung zum Symposium der Steuerrechtswissenschaftlichen Vereinigung Heidelberg e.V. und freue mich nun auf die nachfolgende Präsentation sowie die sich anschließende Podiumsdiskussion.

§ 2 Negative Einlagezinsen bei Privatanlegern – ein Anwendungsbeispiel negativer Einnahmen

*Marcus Niermann*¹

I.	Ausgangssituation.....	25
1.	Der tatsächliche Befund: Verbreitung und bisherige Behandlung negativer Einlagezinsen.....	25
2.	Der rechtliche Befund: Stand der Diskussion um negative Einnahmen.....	28
II.	Konturierung des Begriffs der negativen Einnahmen	32
1.	Der Verlustanteil des typischen stillen Gesellschafters als negative Einnahme.....	32
2.	Rechtsgrundlage negativer Einnahmen: § 8 Abs. 1, § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG.....	34
3.	Der Begriff der negativen Einnahmen	38
III.	Negative Einlagezinsen als negative Einnahmen	40
1.	Unmittelbare Subsumierbarkeit unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG.....	41
2.	Ausfluss des identischen Berechnungsvorgangs	47
3.	Alternativverhältnis mit positiven Einlagezinsen.....	47
4.	Ergebnis	47
IV.	Verfahrensrechtliches	48
1.	Berücksichtigung negativer Einlagezinsen im Kapitalertragsteuerverfahren.	48
2.	Berücksichtigung negativer Einlagezinsen im Veranlagungsverfahren.....	49
3.	Durchsetzung auf dem Klageweg.....	50
V.	Fazit und Ausblick	50

Befasst man sich mit dem negativen Vorzeichen im Steuerrecht, so kann man – wenig überraschend – folgende Beobachtung machen: Einerseits gibt es Bereiche, in denen der Umgang mit dem negativen Vorzeichen seit Jahrzehnten (und länger) erprobt und wenig umstritten ist – beispielhaft

¹ Der Beitrag beruht auf dem Vortrag des Verfassers beim Symposium der Steuerrechtswissenschaftlichen Vereinigung Heidelberg e.V. zum Thema „Das negative Vorzeichen im Steuerrecht“ am 12. Mai 2021 sowie auf der Dissertation des Verfassers *M. Niermann*, Die steuerliche Behandlung negativer Zinsen auf Bankeinlagen, 2018 (im Folgenden *M. Niermann*, Negative Zinsen). Einzelne Passagen wurden gekürzt aus der genannten Dissertation übernommen.

die Behandlung negativer Einkünfte². Andererseits taucht das negative Vorzeichen von Zeit zu Zeit infolge neuartiger tatsächlicher Phänomene oder gesetzessystematischer Konzepte in ungewohnter Umgebung auf. Das führt mitunter zu Rechtsunsicherheit und Diskussionsbedarf.

Einen solchen Fall möchte dieser Beitrag beleuchten: Die Frage der Abziehbarkeit negativer Zinsen auf Bankeinlagen³ beim privaten Anleger. Die steuerrechtliche Unsicherheit entsteht hier aus dem Zusammenspiel der erst seit ca. 2014 vermehrt auftretenden negativen Nominalzinsen mit dem System der Abgeltungsteuer, in dem tatsächliche Werbungskosten grundsätzlich nicht abziehbar sind (§ 20 Abs. 9 S. 1 Halbs. 2 EStG).

Der Beitrag wird in Kürze⁴ zeigen, dass die Lösung des Problems ein Rechtsinstitut bietet, das derzeit ein steuerrechtswissenschaftliches Schattendasein⁵ fristet: Das Institut der negativen Einnahmen.

Zunächst soll kurz die Ausgangssituation dargestellt werden: Wie verbreitet sind negative Einlagezinsen und wie werden sie in der Rechtspraxis bislang behandelt? (I. 1.) Wo steht die Diskussion um den Begriff der negativen Einnahmen? (I. 2.) Sodann wird eine Definition negativer Einnahmen entwickelt (II.), unter die schließlich negative Einlagezinsen subsumiert werden (III.). Der Beitrag schließt mit einem kurzen Blick auf das Verfahrensrecht – wie kann der Abzug durchgesetzt werden? (IV.) – sowie einem Fazit und Ausblick (V.).

² Vergleiche zum innerperiodischen Ausgleich mit positiven Einkünften § 2 Abs. 3 EStG, zum überperiodischen Verlustvor- bzw. -rücktrag § 10d EStG.

³ Der Einlagebegriff ist hier im bankrechtlichen Sinne zu verstehen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 KWG), es handelt sich also insbesondere um Guthaben auf Giro- oder Tagesgeldkonten (Sichteinlagen), Fest- und Kündigungsgelder (Termineinlagen) und Sparbuchguthaben (Spareinlagen).

⁴ Ausführlich *M. Niermann*, Negative Zinsen, S. 46 ff.

⁵ Ähnlich *M. Jachmann-Michel*, *StuW* 2018, 9 (19): „dogmatisches Schattendasein“.

I. Ausgangssituation

1. Der tatsächliche Befund: Verbreitung und bisherige Behandlung negativer Einlagezinsen

In tatsächlicher Hinsicht soll zunächst kurz dargelegt werden, wie es um die Verbreitung negativer Einlagezinsen aktuell steht (a.), bevor auf die derzeitige (steuer-)rechtliche Behandlung in der Praxis eingegangen wird (b.).

a. *Hintergrund und Verbreitung negativer Einlagezinsen*

Dass ein Kapitalgeber vom Kapitalnehmer für die Überlassung von Kapital nicht nur keine Vergütung erhält, sondern diesen umgekehrt sogar für die „Verwahrung“ des Kapitals noch bezahlt – noch vor zehn Jahren wäre das beinahe undenkbar gewesen.⁶

Infolge der Finanz- und Eurokrise senkte jedoch die EZB zum 11. Juni 2014 den Zinssatz der sogenannten Einlagefazilität erstmals in den negativen Bereich auf -0,10 %. Bis heute ist er auf -0,50 % gesunken.⁷ Dieser Zinssatz der Einlagefazilität ist derjenige, den Geschäftsbanken zahlen müssen, wenn sie kurzfristig über Nacht Liquidität bei der EZB „parken“.⁸

Die gleichzeitig stark gestiegene Zentralbankgeldmenge führt neben der fehlenden Neigung zur Kreditvergabe zu vermehrten Liquiditätsüberschüssen der Banken.⁹ Zur Anlage dieser Überschüsse bleiben den Banken vereinfacht gesagt nur folgende drei Möglichkeiten: Die Anlage bei der EZB, die mit dem Satz der Einlagefazilität belegt wird¹⁰, die Kreditvergabe

⁶ Beispielhaft *J. Becker*, WM 2013, 1736 (1737): „Ein rational handelndes Wirtschaftssubjekt wird dabei aber dem Kapitalnehmer nie das Kapital kostenlos oder gar wie im Falle eines negativen Zinses unter Zahlung weiterer Geldmittel zur Verfügung stellen. Vielmehr würde der Kapitalgeber das Geld dann besser behalten.“

⁷ Aktuelle und historische Zinssätze abrufbar unter <https://bit.ly/3BJv126>.

⁸ Vgl. Leitlinie der EZB vom 31. August 2000, Ziff. 1.3.2, 4.2.

⁹ *C. Zellweger-Gutknecht*, ZfPW 2015, 350 (362 f.).

¹⁰ Dies gilt auch, wenn die Geschäftsbanken auf ihren Konten bei der EZB Habensalden über Nacht belassen; eine ausdrückliche Inanspruchnahme der Einlagefazilität ist nicht erforderlich, *K.-M. Hingst/K.-A. Neumann*, BKR 2016, 95 (96).

an den Kapitalmarkt oder die Hortung von Bargeld.¹¹ Da den meisten vertrauenswürdigen Banken ebenfalls genug Liquidität zur Verfügung steht, sind sie nicht bereit, zu Zinssätzen deutlich über dem Einlagezinssatz Liquidität anderer Banken entgegenzunehmen.¹² Dies führt zu negativen Zinssätzen auch am Interbankenmarkt.¹³ Die geldgebende Bank ist zur Zahlung dieser negativen Zinsen bereit, solange sie die anderen beiden Alternativen – EZB-Einlage und Bargeldhortung – für noch kostspieliger hält.

Aus diesem Problem der Kreditinstitute, überschüssige Liquidität gewinnbringend loszuwerden, ergibt sich ihr schwindendes Interesse an zusätzlicher Liquidität durch Einlagen ihrer Kunden. Sie sind daher betriebswirtschaftlich bestrebt, gegenüber diesen ebenfalls Negativzinsen durchzusetzen, um die hiermit verbundenen Verluste zu begrenzen. Das Negativzinsumfeld weitet sich somit „in konzentrischen Kreisen“ aus.¹⁴

Vor diesem Hintergrund haben sich negative Einlagezinsen in Deutschland seit 2014 immer weiter verbreitet – zunächst für Geschäfts-, später auch immer mehr für Privatkunden.

So erhob im Sommer 2016 die Raiffeisenbank Gmund am Tegernsee als erste Bank auf alle Sichteinlagen über 100.000 Euro bei Privatkunden -0,40 % Negativzinsen.¹⁵ Das kleine Institut blieb mit dieser Vorgehensweise nicht allein. Mittlerweile fordern über 360 Banken in Deutschland Negativzinsen oder zumindest unveränderliche Verwahrensgelte.¹⁶ Bei einer der größten deutschen Banken, der Postbank, müssen neue Kunden ab dem 21. Juni 2021 beispielsweise -0,50 % Negativzinsen für Einlagen ab

¹¹ J. Klose, WD 2013, 824 (825).

¹² Vgl. C. Morscher/A. Horsch, WD 2015, 148 (150): „geldpolitische Transmissionsfunktion der Banken“.

¹³ Z. B. Eine-Woche-EURIBOR: ca. -0,563 % (Stand: 23.07.2021); aktueller Wert einsehbar unter <https://bit.ly/3eW3aSy> (abgerufen am 26.07.2021).

¹⁴ W. Ernst, ZfPW 2015, 250 (252).

¹⁵ Vgl. „Negativzinsen für Privatkunden von 100 000 Euro an“, FAZ v. 11.08.2016, S. 36.

¹⁶ „Kunden von mehr als 360 Banken betroffen – Hier zahlen Sie jetzt Negativzinsen“, FOCUS online vom 19.07.2021, <https://bit.ly/3eZ4155> (abgerufen am 26.07.2021).

50.000 Euro auf Girokonten und ab 25.000 Euro auf Tagesgeldkonten zahlen.¹⁷ Mindestens 21 Institute verlangen negative Einlagezinsen sogar schon vom ersten Euro an.¹⁸

Es ist vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen nicht verwunderlich, dass diese Praxis zu einer großen Beachtung in den Medien geführt hat.¹⁹ Dies dürfte emotional dadurch verstärkt werden, dass es der intuitiven Erwartung der meisten Sparer widersprechen dürfte, wenn sich die Ersparnisse durch nominelle Negativzinsen sichtbar verringern, was auch die laienhafte Bezeichnung als „Strafzinsen“²⁰ verdeutlichen mag.

b. Bisherige (steuer-)rechtliche Behandlung in der Praxis

Ob und unter welchen Voraussetzungen die Erhebung negativer Einlagezinsen zivilrechtlich möglich ist, insbesondere gegenüber Privatkunden vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes, ist Gegenstand von Kontroversen.²¹ Auch erste untergerichtliche Rechtsprechung hierzu ist ergangen.²² Hierauf soll an dieser Stelle aber nur kurz hingewiesen werden, um den Fokus auf die steuerrechtliche Behandlung zu legen.

In Bezug auf die steuerliche Behandlung ist zwischen betrieblichen und privaten Anlegern zu unterscheiden: Negative Einlagezinsen im Betriebsvermögen sind – soweit ersichtlich unumstritten – als Betriebsausgaben

¹⁷ „Postbank verlangt ab 25.000 Euro Strafzinsen von Privatkunden“, Manager Magazin vom 03.06.2021, <https://bit.ly/3BFwlha> (abgerufen am 26.07.2021).

¹⁸ Vgl. „Kunden von mehr als 360 Banken betroffen – Hier zahlen Sie jetzt Negativzinsen“, FOCUS online vom 19.07.2021, <https://bit.ly/3eZ4155> (abgerufen am 26.07.2021).

¹⁹ Siehe hierzu exemplarisch „Wenn das Sparen plötzlich kostet“, tagesschau.de vom 18.06.2021, <https://bit.ly/3y6dkaR> (abgerufen am 26.07.2021); „Negativzins frisst sich bis zur Mittelschicht durch“, faz.net vom 09.09.2020, <https://bit.ly/3x863Ga> (abgerufen am 26.07.2021).

²⁰ Vgl. beispielsweise „Postbank verlangt ab 25.000 Euro Strafzinsen von Privatkunden“, Manager Magazin vom 03.06.2021, <https://bit.ly/3BFwlha> (abgerufen am 26.07.2021).

²¹ Beispielhaft *J.-H. Binder*, in: BeckOGK, BGB, Stand: 1.6.2021, § 488 Rn. 24; *O. Langner/F. Müller*, WM 2015, 1979; *B. Strobel*, NJW 2021, 881; *H.-M. Krepold/C. Herrle*, BKR 2018, 89.

²² LG Tübingen, WM 2018, 226 (mit Besprechung *M. Niemann*, JM 2018, 230); LG Leipzig, BeckRS 2021, 17782.

abzugsfähig (§ 4 Abs. 4 EStG).²³ Es handelt sich um durch den Betrieb veranlasste Aufwendungen; ein Betriebsausgabenabzugsverbot ist nicht einschlägig.

Fallen die Negativzinsen bei Privatanlegern an, ist die Einkunftsart des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG einschlägig. Verfahrensrechtlich kommt die Kapitalertragsteuer mit grundsätzlicher Abgeltungswirkung zur Anwendung, § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 7, Abs. 5 S. 1 Halbs. 1 EStG.

Die Finanzverwaltung – und damit die hieran verfahrensrechtlich gebundenen Banken, § 44 Abs. 1 S. 3 EStG – ordnen die auf die Bankeinlagen anfallenden Negativzinsen als nicht abziehbare Werbungskosten (§ 20 Abs. 9 S. 1 Halbs. 2 EStG) ein.²⁴ Somit findet eine Verlustverrechnung mit anderen Kapitalerträgen im Kapitalertragsteuerverfahren (vgl. § 20 Abs. 6, § 43a Abs. 3 S. 2 EStG) aktuell in der Rechtspraxis nicht statt (näher unter IV.).

Im Ergebnis sind negative Einlagezinsen daher derzeit in der Besteuerungspraxis für betriebliche Anleger steuerlich abziehbar, für private Anleger hingegen nicht.

2. Der rechtliche Befund: Stand der Diskussion um negative Einnahmen

a. Begriffliche Annäherung

Möchte man sich der Frage nähern, was genau negative Einnahmen sind – und ob es sie steuerrechtlich überhaupt gibt –, muss man bei den Grundlagen der steuerlichen Einkünfteermittlung ansetzen. Diese ist seit jeher durch den sog. Dualismus der Einkunftsarten²⁵ geprägt:

²³ Bspw. T. Kröger/A. Reislhuber, RdF 2015, 311 (312); im Einzelnen, insbesondere zur rechtstechnischen Umsetzung im Betriebsvermögensvergleich sowie bei der Gewinnermittlung nach § 4 Abs. 3 EStG M. Niermann, Negative Zinsen, S. 162 ff.

²⁴ BMF v. 27.05.2015, BStBl. I 2015, 473; inzwischen integriert in das BMF-Schreiben über Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, BMF v. 18.01.2016, BStBl. I 2016, 85 Rn. 129a: „Wirtschaftlich gesehen handelt es sich vielmehr um eine Art Verwahr- und Einlagegebühr, die bei den Einkünften aus Kapitalvermögen als Werbungskosten vom Sparer-Pauschbetrag gemäß § 20 Absatz 9 Satz 1 EStG erfasst sind.“

²⁵ Vgl. näher J. Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, § 8 Rn. 181 ff., m. w. N.

Gewinneinkünfte (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-3, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EStG) ermitteln sich grundsätzlich²⁶ durch Betriebsvermögensvergleich (§ 4 Abs. 1 S. 1 EStG). Das bedeutet, man vergleicht im Grundsatz den Bestand eines Betriebsvermögens zum Ende des Wirtschaftsjahres mit dem Bestand zum Anfang des Wirtschaftsjahres – der positive (bzw. negative) Saldo bildet den Gewinn (bzw. Verlust) und damit die (ggf. negativen) Einkünfte des entsprechenden Veranlagungszeitraums aus dieser Einkunftsquelle.

Grundsätzlich anders ist die Situation bei den Überschusseinkunftsarten (§ 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4-7, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG). Hier werden in jedem Veranlagungszeitraum die Einnahmen (§ 8 EStG) sowie die Werbungskosten (§§ 9, 9a EStG) ermittelt. Der positive (bzw. negative) Saldo der Einnahmen über die Werbungskosten bildet den (ggf. negativen) Überschuss und damit die (ggf. negativen) Einkünfte aus dieser Einkunftsquelle. Im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen ist zusätzlich zu beachten, dass die Normen zur Werbungkostenermittlung (§§ 9, 9a EStG) kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung durch das dortige Werbungskostenabzugsverbot verdrängt werden, § 2 Abs. 2 S. 2 EStG.²⁷

Negative Einnahmen haben ihre Bedeutung also – wenn sie eine haben – im Bereich der Überschusseinkunftsarten. Dort gibt es aber grundsätzlich – nur – zwei Parameter der Überschussermittlung: Einen Positivparameter, die Einnahmen, und einen Negativparameter, die Werbungskosten. Vor diesem Hintergrund stellt sich die berechnete Frage, ob der Positivparameter Einnahmen überhaupt negativ sein kann.²⁸ Jedenfalls – so viel sei vorweggenommen – kann das aus methodischen Gründen nicht in unmittelbarer Anwendung des § 8 Abs. 1 S. 1 EStG gelingen, da dieser einen Zufluss („zufließen“) unmissverständlich als Tatbestandsmerkmal einer Einnahme definiert.²⁹ Negative Einnahmen fließen aber gerade ab, nicht zu.

²⁶ Unter bestimmten Voraussetzungen sind besondere Gewinnermittlungsarten anwendbar (Überschussrechnung nach § 4 Abs. 3 EStG, Tonnagebesteuerung nach § 5a EStG, Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen nach § 13a EStG).

²⁷ Vorbehaltlich des Sparer-Pauschbetrages (§ 20 Abs. 9 S. 1 Halbs. 1 EStG) sowie der Ausnahmen in § 32d Abs. 2 Nr. 1 und 3 EStG.

²⁸ Vgl. grundsätzlich ablehnend bspw. A. Rockoff/G. Weber, DStR 2010, 363 (365 f.) sowie FG Düsseldorf v. 7. November 2005, EFG 2006, 1154.

²⁹ Statt aller R. Seer, in: Kirchhof/Seer (Hrsg.), EStG, 20. Aufl. 2021, § 8 Rn. 5, 21.

b. *Bisherige Diskussion und Fallgruppen*

Trotz der berechtigten Skepsis grundsätzlich-systematischer Natur sind negative Einnahmen in der Vergangenheit anhand einzelner Fallgruppen immer wieder diskutiert und teilweise auch durch Rechtsprechung und Finanzverwaltung angenommen worden.

Die größte Rolle spielt(e) der Begriff bei der Behandlung *zurückgezahlter Einnahmen*. Beispiele hierfür sind versehentliche Überzahlungen, zum Beispiel des Arbeitslohns für Angestellte oder nachträgliche Korrekturen der Gewinnausschüttungen für Anteilseigner an Kapitalgesellschaften.

Der BFH nahm negative Einnahmen zunächst immer dann an, wenn sie unter den finalen Werbungskostenbegriff nicht subsumierbar waren.³⁰ Spätestens mit dem veranlassungsbezogenen Werbungskostenbegriff, nach dem Werbungskosten alle Aufwendungen sind, die durch die Erwerbstätigkeit veranlasst sind,³¹ erfüllen aber alle aus erwerbsbezogenen Gründen zurückgezahlten Einnahmen den Werbungskostenbegriff. Daher vertritt das Schrifttum heute überwiegend die Auffassung, dass das Rechtsinstitut der negativen Einnahmen wegen des weiten Werbungskostenbegriffs überflüssig geworden sei.³² Teilweise hält die Literatur aber nach wie vor an der Einordnung als negative Einnahmen fest.³³

Ob der BFH aktuell noch immer die Einordnung von Rückzahlungen als negative Einnahmen vertritt, erscheint fraglich: Der IX. Senat führt mittlerweile als weitere Voraussetzung für negative Einnahmen die Denkfigur des *actus contrarius* an. Er scheint dies als echtes Abgrenzungsmerkmal

³⁰ BFH v. 02.04.1974 – VIII R 76/69, BStBl. II 1974, 540 Rn. 11; BFH v. 19.12.1975 – VI R 157/72, BStBl. II 1976, 322 Rn. 9 ff. (Das Urteil spricht in der Begründung fälschlich von „negativen Einkünften“; Leitsatz und Kontext zeigen jedoch, dass negative Einnahmen gemeint sind; ebenso *D. Willenkemper*, Rückfluss von Aufwendungen, 1987, S. 38); BFH v. 2.11.1977 – I R 92/75, BStBl. II 1978, 102 Rn. 20; BFH v. 06.03.1979 – VIII R 26/78, BStBl. II 1979, 510 Rn. 20; BFH v. 09.07.1987 – IV R 87/85, BStBl. II 1988, 342 Rn. 9; BFH v. 22.06.1990 – VI R 162/86, BFH/NV 1991, 156 Rn. 9, 11.

³¹ BFH v. 28.11.1977 – GrS 2 bis 3/77, BStBl. II 1978, 105 Rn. 25; BFH v. 27.11.1978 – GrS 8/77, BStBl. II 1979, 213 Rn. 50.

³² *V. Kreft*, in: H/H/R, EStG, 304. EL 06.2021, § 9 Rn. 80; *K. J. v. Bornhaupt*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG, 315. EL 06.2021, § 9 Rn. B 229 ff.; *A. Rockoff/G. Weber*, DStR 2010, 363 (365 f.); jeweils m. w. N.

³³ *R. Krüger*, in: Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 9 Rn. 108 unter Hinweis auf Werbungskostenabzugsverbote und den Werbungskostenpauschbetrag; *R. Seer*, in: Kirchhof/Seer (Hrsg.), EStG, 20. Aufl. 2021, § 8 Rn. 13.

negativer Einnahmen zu Werbungskosten zu nutzen und so implizit die weitere Existenz des Rechtsinstituts negativer Einnahmen in diesem Zusammenhang zu bestätigen.³⁴ Der VI. Senat wiederum nutzt die Idee des *actus contrarius* explizit nur als konkretisierendes Merkmal des Veranlassungszusammenhangs.³⁵ Dieser muss sowohl bei Werbungskosten als auch bei negativen Einnahmen vorliegen, weswegen hierin kein Bekenntnis zu negativen Einnahmen gesehen werden kann.

Auch hinsichtlich sogenannter *Stückzinsen* wird vertreten, dass negative Einnahmen vorliegen. Es handelt sich dabei um das Entgelt, welches der Erwerber einer Schuldverschreibung bei Erwerb zwischen zwei Zinszahlungsterminen für die Zinsen an den Veräußerer zahlt, die wirtschaftlich auf die Zeit bis zum Erwerbszeitpunkt entfallen, aber erst später vollständig an den Erwerber ausgezahlt werden. Die Einordnung als negative Einnahme ist bei dieser Fallgruppe insbesondere auf eine bewegte gesetzgeberische Historie zurückzuführen.³⁶ Ohne an dieser Stelle auf Details eingehen zu können, dürften Stückzinsen seit Einführung der Abgeltungsteuer Anschaffungskosten der Zinsforderung (§ 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 7 EStG) und damit keine negativen Einnahmen darstellen.³⁷

Schließlich wird für den *Verlustanteil des typischen stillen Gesellschafters* die Einordnung als negative Einnahme vertreten, insbesondere seit Einführung der Abgeltungsteuer mitsamt Werbungskostenabzugsverbot.³⁸ Hier war der Impuls meist, dass derlei Verlustanteile bis 2009 mehrheitlich als Werbungskosten angesehen wurden, diese Einordnung aber seitdem dazu

³⁴ BFH v. 16.06.2015 – IX R 26/14, BStBl. II 2015, 1019; ebenso *Trossen*, HFR 2015, 1122 (1124).

³⁵ Bspw. BFH v. 07.05.2009 – VI R 37/08, BStBl. II 2010, 135 Rn. 13: „Denn nur dann setzt sich der Veranlassungszusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis bei den zurückgezählten Beträgen fort.“

³⁶ Im Einzelnen dazu *M. Niermann*, Negative Zinsen, S. 58 ff.

³⁷ Ausführlich *M. Niermann*, Negative Zinsen, S. 63 ff., ebenso bspw. *S. Bleschik*, in: Kirchhof/Seer (Hrsg.), EStG, 20. Aufl. 2021, § 20 Rn. 138; a. A. aber die Finanzverwaltung, BMF v. 18.01.2016, BStBl. I 2016, 85 Rn. 51.

³⁸ Bspw. *J. Hennrichs*, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, § 13 Rn. 104; *F. Kleinmanns*, DStR 2009, 2359 (2361); *K. Czisz/M. Krane*, DStR 2010, 2226 (2229); *M. Schönhaus*, in: Münchner Handbuch GesR, 5. Aufl. 2019, § 90 Rn. 22; vereinzelt wurde bereits zuvor die Einordnung als negative Einnahme vertreten, bspw. *E. Littmann*, EStG, 13. Aufl. 1982, § 20 Rn. 47.

führen würde, dass ein Abzug wegen § 20 Abs. 9 S. 1 Halbs. 2 EStG nicht mehr möglich wäre.³⁹

Der Abzug als solcher ist aber weitgehend unstrittig, was sich schon aus dem gesetzgeberischen Verweis in § 20 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG auf § 15a EStG ergibt, der sonst sinnlos wäre. Demgemäß erkennt auch die Finanzverwaltung die Abziehbarkeit an,⁴⁰ äußert sich aber nicht zur dogmatischen Begründung. Solche Vertreter, die negative Einnahmen grundsätzlich ablehnen oder diesen Begriff auf die Rückzahlung von Einnahmen beschränken möchten (s. o.), vertreten meist eine teleologische Reduktion des Werbungskostenabzugsverbots.⁴¹

Festzuhalten ist der Befund, dass der Begriff negativer Einnahmen einer dogmatisch treffenden und wissenschaftlich fundierten Definition bislang harrt.⁴² Die einzige wirkliche Definition – die der zurückgezahlten Einnahmen, die der BFH z. T. bis in die jüngste Zeit vertritt – ist wenig überzeugend und letztlich überholt.

II. Konturierung des Begriffs der negativen Einnahmen

Richtigerweise ist der Verlustanteil des typischen stillen Gesellschafters als negative Einnahme einzuordnen und als solcher abziehbar (1.). Davon ausgehend lässt sich auf Grundlage einer analogen Anwendung von § 8 Abs. 1, § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG (2.) ein überzeugender Begriff negativer Einnahmen entwickeln (3.).

1. Der Verlustanteil des typischen stillen Gesellschafters als negative Einnahme

Wie oben bereits beschrieben, kann man es als bislang ungelöstes steuerrechtswissenschaftliches Rätsel bezeichnen, wie die Abziehbarkeit des Verlustanteils des typischen stillen Gesellschafters dogmatisch seit Einführung

³⁹ So ausdrücklich *K. Czisz/M. Krane*, DStR 2010, 2226 (2229): „im Interesse eines sachgerechten Ergebnisses“.

⁴⁰ BMF v. 18.01.2016, BStBl. I 2016, 85 Rn. 4.

⁴¹ Beispielhaft *A. Rockoff/G. Weber*, DStR 2010, 363 (366 ff.).

⁴² Vgl. jedoch ausführlich *M. Niermann*, Negative Zinsen, S. 100 ff., worauf die folgenden Ausführungen beruhen.

der Abgeltungsteuer begründet werden kann. Der weitgehend einhelligen Auffassung, wonach der Abzug nach wie vor möglich sein muss⁴³, ist zuzustimmen: Das ergibt sich schon einfachgesetzlich ohne weiteres aus dem Verweis in § 20 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG auf die besonderen Verlustbeschränkungen der § 15 Abs. 4 S. 6-8, § 15a EStG, die sonst keinen Sinn hätten. Darüber hinaus würde eine Versagung des Abzugs wohl auch gegen Art. 3 GG verstoßen.⁴⁴

Ein Abzug als Werbungskosten gemäß § 9 EStG kommt indes schon deshalb nicht in Betracht, weil dem das Werbungskostenabzugsverbot entgegensteht.⁴⁵ Somit verengt sich das Problem auf die Frage, ob ein Abzugsposten *sui generis* anzunehmen ist oder eine negative Einnahme vorliegt. Die Systematik der einkommensteuerlichen Überschussermittlung bietet keine dritte Möglichkeit.

Aus mehreren Gründen ist der Weg der negativen Einnahmen vorzugswürdig: Erstens ließe sich ein Abzugsposten *sui generis* nicht ohne weiteres in das bestehende und von § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG vorgegebene Schema zur Ermittlung der Einkünfte bei den Überschusseinkunftsarten einfügen. Dieses lautet kurz und klar: Einnahmen abzüglich Werbungskosten gleich Einkünfte.

Zweitens sprechen gewichtige Argumente für eine Anlehnung des Verlustanteils an den Gewinnanteil des typischen stillen Gesellschafters: Verlust- und Gewinnanteil sind eng miteinander verwandt. Zwar gibt es in zivilrechtlicher Hinsicht durchaus Unterschiede; so ist die Beteiligung des stillen Gesellschafters am Verlust anders als diejenige am Gewinn kein notwendiges Merkmal einer stillen Gesellschaft, kann also ausgeschlossen werden, § 231 Abs. 2 HGB. Aus wirtschaftlicher Sicht ist der Unterschied jedoch ein rein quantitativer: Ob im Jahr 1 und 2 ein Gewinnanteil von jeweils 100 Euro anfällt oder im Jahr 1 ein Gewinnanteil von 300 Euro, im Jahr 2 jedoch ein Verlustanteil von 100 Euro, macht für den stillen Gesell-

⁴³ Vgl. aber *U. Blaurock*, in: Hdb. Stille Gesellschaft, 7. Aufl. 2010, Rn. 22.222, der die Abziehbarkeit zunächst verneinte (inzwischen überholt, 9. Aufl. 2020, Rn. 22.235 ff.).

⁴⁴ Ebenso *F. Kleinmanns*, DStR 2009, 2359 (2361); näher *M. Niermann*, Negative Zinsen, S. 88 ff.

⁴⁵ Richtigerweise liegen unabhängig davon schon begrifflich keine Werbungskosten vor, weil zugewiesene Verlustanteile Stammvermögensverluste darstellen, die vom Werbungskostenbegriff nicht umfasst sind, näher *M. Niermann*, Negative Zinsen, S. 79 ff., 84 ff.

schafter im Ergebnis keinen Unterschied und kann von Zufälligkeiten abhängen. Man kann den Verlustanteil als Gewinnanteil mit negativem Vorzeichen betrachten. Die Kategorie der negativen Einnahmen drängt sich damit schon terminologisch auf.⁴⁶

Diese qualitative Gleichwertigkeit zwischen Gewinn- und Verlustanteil des stillen Gesellschafters zeigt sich auch daran, dass beim stillen Gesellschafter in jedem Veranlagungszeitraum entweder das eine oder das andere zu Buche schlagen kann. Dieser Aspekt kommt verkürzt in der verschiedentlich vertretenen Mischwertargumentation zum Ausdruck, wonach § 20 Abs. 1 Nr. 4 EStG sowohl Gewinn- als auch Verlustanteile als Einnahme qualifiziere.⁴⁷

Festzuhalten ist damit, dass der Verlustanteil des typischen stillen Gesellschafters als negative Einnahme abzugsfähig ist.⁴⁸

2. Rechtsgrundlage negativer Einnahmen: § 8 Abs. 1, § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG

Im Rahmen der steuerlichen Behandlung des dem stillen Gesellschafter zugewiesenen Verlustanteils kam der Einteilung als negative Einnahme keine für die Abzugsfähigkeit entscheidende Bedeutung zu. Denn die Abziehbarkeit stand bereits vor der Kategorisierung aufgrund der einfachgesetzlichen Auslegung fest. Will man das Rechtsinstitut der negativen Einnahmen jedoch für die Rechtsfindung gewinnbringend einsetzen, muss man ihm abzugsbegründende Kraft beimessen. Nur dann hat die Einordnung einer Aufwendung als negative Einnahme eine über die bloße Terminologie hinausgehende Bedeutung.

Bevor der hierfür notwendige Tatbestand formuliert werden kann, ist eine Rechtsgrundlage erforderlich. Denn es ist im Grundsatz alleinige Aufgabe des Parlaments, Recht zu setzen – Justiz und Verwaltung haben das Recht

⁴⁶ Ähnlich *E. Fleischer/R. Thierfeld*, Stille Gesellschaft im Steuerrecht, 9. Aufl. 2016, S. 91: „Das Modell der negativen Einnahme ließe sich hingegen damit begründen, dass der Verlustanteil des stillen Gesellschafters dann steuerrechtlich als Gegenteil vom Gewinnanteil – und damit als negative Einnahme – zu behandeln ist.“

⁴⁷ *R. Hamacher/J. Dahm*, in: Korn (Hrsg.), EStG, 130. EL 05.2021, § 20 Rn. 213; *J. Schlotter*, in: Littmann/Bitz/Pust, EStG, 152. EL 08.2021, § 20 Rn. 525; *J. Schlotter/G. Jansen*, Abgeltungsteuer, 1. Aufl. 2008, S. 38.

⁴⁸ Zustimmend *M. Jachmann-Michel*, StuW 2018, 9 (20).

lediglich anzuwenden.⁴⁹ Es verbietet sich daher, ohne Rechtsgrundlage Rechtsinstitute zu „erfinden“, denen materiell-rechtliche Folgen beigemessen werden. Eine Rechtsfortbildung, insbesondere im Rahmen einer Analogie, ist indes möglich.⁵⁰

a. *Analogie als Grundlage eines Rechtsinstituts?*

Als Rechtsgrundlage kommen nur die § 8 Abs. 1, § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG in Betracht.⁵¹ Während die erstgenannte Norm den Einnahmetatbestand definiert, ergeben sich aus der zweitgenannten Norm die Rechtsfolgen einer solchen Einordnung für die Ermittlung der steuerpflichtigen Einkünfte. Eine direkte Anwendung scheidet aus, da § 8 Abs. 1 EStG nach seinem Wortlaut einen Zufluss voraussetzt, der im Fall des Verlustanteils gerade nicht vorliegt. Die Rechtsfolgenanordnung indes führt jedenfalls unter der Annahme, die entsprechende Zahl mit einem negativen Vorzeichen zu versehen, zum gewünschten Ziel: Negative Einnahmen wirken dann in der Berechnungsstruktur des § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG kraft ihres Vorzeichens, obwohl sie auf Einnahmeseite erfasst werden, im Ergebnis als Abzugsposten.

In Betracht kommt eine analoge Anwendung des § 8 Abs. 1 EStG auf bestimmte Abflüsse. Denn dass die Einnahmeseite nach herkömmlicher Anwendung nur positive Wertposten erfasst, ist nicht in der Rechtsfolgennorm selbst begründet. Es ist vielmehr die Folge der tatbestandlichen Voraussetzung des Zuflusses im Einnahmenbegriff des § 8 EStG. Gelänge es, diesen im Rahmen der Analogie auf Abflüsse zu erweitern, stünden weder Wortlaut noch Zweck des § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG der oben beschriebenen Anwendung auf Einnahmen mit negativem Vorzeichen entgegen.

⁴⁹ Dies zeigt sich insbesondere an der verfassungsrechtlichen Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz, Art. 20 Abs. 3 GG. Konkret zum Steuerrecht *K. Tipke*, Die Steuerrechtsordnung Bd. I, 2. Aufl. 2000, S. 177: „Steuerbeamte und Steuerrichter haben das Gesetz anzuwenden; sie dürfen es nicht erweitern.“

⁵⁰ Exemplarisch BVerfG v. 31.05.2006 – 2 BvR 1673/04 u. a., BVerfGE 116, 69 Rn. 46 ff.; BFH v. 03.03.2011 – V R 23/10, BStBl. II 2012, 74 Rn. 31.

⁵¹ Vgl. auch *H. Jochum*, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG, 315. EL 06.2021, § 20 Rn. K 37: „Das Institut der negativen Einnahme knüpft an den Tatbestand des § 8 Abs. 1 an (...)“; ebenso mit Bezug zu negativen Einlagezinsen *M. Jachmann-Michel*, StuW 2018, 9 (20).

In diesem Zusammenhang mag sich die Frage aufdrängen, ob die Schaffung eines abstrakt-generellen Rechtsinstituts auf Grundlage einer Analogie überhaupt möglich ist. Die Antwort lautet ja – unter bestimmten Voraussetzungen: Grundsätzlich wird beim Analogieschluss die Rechtsfolge einer Norm auf einen bestimmten anderen Sachverhalt übertragen, der den Tatbestand dieser Norm nicht erfüllt. Rechtsfolge ist also zunächst nur die Gleichbehandlung eines konkreten Sachverhalts, aber nicht die Konstituierung eines abstrakt-generellen Rechtsinstituts wie dem der negativen Einnahmen. Auch ein solches Rechtsinstitut kann jedoch in Analogie zu einem bestimmten normierten Rechtsinstitut – hier: Einnahmen gemäß § 8 EStG – begründet werden, wenn der Tatbestand des nicht normierten Rechtsinstituts derart gefasst werden kann, dass jeder darunter subsumierbare Sachverhalt für sich genommen die Anforderungen einer Analogie erfüllt. Wird auf diese Weise ein Rechtsinstitut begründet, erleichtert das die Rechtsanwendung: Statt für jeden einzelnen Sachverhalt untersuchen zu müssen, ob die Voraussetzungen einer Analogie zum normierten Tatbestand vorliegen, muss der Rechtsanwender nur noch die Frage klären, ob der behandelte Sachverhalt unter den Tatbestand des neuen, nicht unmittelbar normierten Rechtsinstituts fällt.

b. Voraussetzungen der Analogie beim Verlustanteil des typischen stillen Gesellschafters

In Bezug auf den Verlustanteil des typischen stillen Gesellschafters jedenfalls liegen die Voraussetzungen einer analogen Anwendung von § 8 Abs. 1 EStG vor:

Eine planwidrige Regelungslücke liegt in der fehlenden Normierung der offensichtlich erforderlichen und gewünschten Abziehbarkeit. Angesichts der Regelung in § 20 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 EStG handelt es sich sogar um eine sogenannte technische Lücke. Ausreichend wäre aber nach überwiegender Auffassung auch eine sogenannte teleologische Lücke.⁵² Eine solche liegt nach Auffassung des BFH vor, „wenn eine Regelung gemessen an ihrem Zweck unvollständig, d. h. ergänzungsbedürftig ist und wenn ihre Ergän-

⁵² Vgl. zu dieser Unterscheidung bspw. K. Hemke, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, 2006, S. 41 ff.

zung nicht einer vom Gesetzgeber beabsichtigten Beschränkung auf bestimmte Tatbestände widerspricht.⁵³ Daran zeigt sich, dass der Schwerpunkt der Analogieprüfung bei der Frage der vergleichbaren Interessenlage liegen muss.

Eine vergleichbare Interessenlage ist im Fall des Verlustanteils des typischen stillen Gesellschafters ebenfalls gegeben. Das ergibt sich insbesondere daraus, dass er sich unmittelbar unter den Einnahmentatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 EStG subsumieren lässt. Denn die Definition der Einnahmen beschränkt sich nicht auf § 8 Abs. 1 EStG; vielmehr zeigt der Wortlaut des § 20 Abs. 1 EStG an vielen Stellen, dass der Gesetzgeber hier gerade Einnahmen konkretisieren wollte – nicht Einkünfte als Saldogröße: So ist in Nr. 3 und Nr. 9 ausdrücklich von „Einnahmen“ die Rede; auch die übrigen verwendeten Begriffe („Gewinnanteile“, „Bezüge“, „Erträge“ und so weiter) lassen vermuten, dass der Gesetzgeber hier lediglich Einnahmen im Blick hatte. Man kann somit davon sprechen, dass § 20 Abs. 1 EStG in systematischer Hinsicht nur Einnahmen regelt.⁵⁴ Ähnliches zeigt sich auch bei § 19 Abs. 1 EStG sowie § 21 Abs. 1 EStG.

Die genannten Einnahmen sind, will man sie unter einen Oberbegriff fassen, unmittelbare Gegenleistungen für den Einsatz der jeweiligen Einkunftsquelle: Der Kapitalgeber erhält Zinsen bzw. Dividenden für den Einsatz seines Kapitals; der Arbeitnehmer erhält sein Gehalt für den Einsatz seiner Arbeitskraft; der Vermieter erhält seine Miete für die Überlassung seines Vermögens.

Ist diese Gegenleistung jedoch ausnahmsweise nicht positiv, sondern negativ, liegt die Annahme nahe, dass es sich um Abflüsse handelt, die in wirtschaftlicher Sicht qualitativ identisch sind mit den unter normalen Umständen fließenden Einnahmen. Gelingt die Subsumtion dieser „negativen Gegenleistungen“ unter einen im Gesetz spezifisch normierten Einnahmentatbestand, legt dies eine Gleichbehandlung nahe.

Der Verlustanteil des stillen Gesellschafters lässt sich unter dieser Prämisse direkt unter § 20 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 EStG subsumieren: Es handelt sich um einen Abfluss unmittelbar aus der Beteiligung an einem Handelsgewerbe

⁵³ BFH v. 14.02.2007 – II R 66/05, BStBl. II 2007, 621 Rn. 16.

⁵⁴ So auch *H. Jochum* in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG, 315. EL 06.2021, § 20 Rn. A 21: „§ 20 Abs. 1 umschreibt (...) die in Betracht kommenden *Einnahmeerzielungstatbestände* i.e.S. und (...) die typischerweise daraus fließenden *Einnahmen*“ (Hervorhebungen nur hier).

als stiller Gesellschafter, gleichsam eine negative Gegenleistung für die Hingabe der Gesellschaftereinlage. Er hat eine ebenso enge Verbindung zur geleisteten Einlage wie ein Gewinnanteil und beruht wirtschaftlich auf denselben Parametern.

Die vergleichbare Interessenlage zum Gewinnanteil wird dadurch unterstrichen, dass Gewinn- wie Verlustanteil Ergebnis des alljährlich identischen Rechnungslegungsvorgangs des Geschäftsinhabers sind. Je nach jährlichem Geschäftsergebnis wird nach den Grundsätzen der Rechnungslegung ein Ergebnisanteil zugewiesen, wobei hierbei die Nullgrenze – der Punkt, ab dem statt eines Gewinn- ein Verlustanteil zugewiesen wird – lediglich quantitative Bedeutung hat.

3. Der Begriff der negativen Einnahmen

Nachdem hergeleitet ist, dass der Verlustanteil des typischen stillen Gesellschafters in analoger Anwendung des Einnahmentatbestands als negative Einnahme abzugsfähig ist, muss nun aus dem Besonderen auf das Allgemeine geschlossen werden:⁵⁵ Wie oben erwähnt, kann ein allgemeines Rechtsinstitut daraus nur gefolgert werden, wenn es gelingt, den Tatbestand derart zu fassen, dass jeder davon umfasste Fall die Anforderungen der Analogie erfüllt.

Ausgangspunkt sind die allgemeinen Tatbestandsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 EStG, die aufgrund der Natur der Sache an wenigen Stellen anzupassen sind:

- Es müssen Güter in Geld oder Geldeswert vorliegen,
- die allerdings nicht zu-, sondern abfließen.
- Es muss (statt eines Zuflusses von außen) ein Abfluss nach außen vorliegen.
- Schließlich muss der Abfluss im Rahmen einer Überschusseinkunftsart geschehen (Veranlassungszusammenhang).

Diese allgemeinen Voraussetzungen allein, die im Grunde den Tatbestandsmerkmalen des Werbungskostenbegriffs entsprechen, können den Tatbestand negativer Einnahmen aber nicht abschließend beschreiben.

⁵⁵ Sogenannte Induktion, vgl. *K. Larenz/C.-W. Canaris, Methodenlehre*, 3. Aufl. 1995, S. 205.

Vielmehr ist ein weiteres – entscheidendes und wesensbildendes – Tatbestandsmerkmal notwendig, welches gerade die oben angeführte Analogie trägt: die *qualitative wirtschaftliche Identität*⁵⁶ mit den jeweils korrespondierenden Einnahmen. Diese untergliedert sich letztlich in drei Tatbestandsmerkmale, die den oben gewonnenen Erkenntnissen zum Verlustanteil des typischen stillen Gesellschafters entnommen werden können: Die Abflüsse müssen unmittelbar unter einen konkreten Einnahmentatbestand subsumierbar sein (a.); sie müssen Ergebnis des identischen Berechnungsvorgangs wie die korrespondierenden Einnahmen sein (b.) und es muss innerhalb desselben Berechnungsvorgangs ein Alternativverhältnis mit den korrespondierenden (positiven) Einnahmen geben (c.).

a. Subsumierbarkeit unter konkreten Einnahmentatbestand

Bereits oben wurde die These vorgestellt, dass der Einnahmentatbestand sich nicht auf § 8 EStG beschränkt, sondern vom Gesetzgeber in verschiedenen einkunftsartbezogenen Normen konkretisierend ausgestaltet wurde. Nur wenn sich Abflüsse mit stichhaltigen wirtschaftlichen Argumenten unmittelbar unter einen solchen Tatbestand subsumieren lassen, kann es sich um negative Einnahmen handeln.

b. Ergebnis des identischen Berechnungsvorgangs

Die negativen Einnahmen müssen demselben Berechnungsvorgang entstammen, mit dem typischerweise die korrespondierenden positiven Einnahmen berechnet werden. Nur dann kann davon gesprochen werden, dass ein lediglich gradueller, quantitativer Unterschied statt eines qualitativen besteht.

c. Alternativverhältnis innerhalb derselben Berechnungsperiode

Innerhalb ein- und derselben Berechnungsperiode kann es nur entweder negative oder positive Einnahmen geben. Treten Abflüsse neben positiven Einnahmen auf, handelt es sich hingegen regelmäßig um Werbungskosten.

⁵⁶ Begriff wohl erstmals in M. Niermann, Negative Zinsen, S. 103 ff.; übernommen von M. Jachmann-Michel, StuW 2018, 9 (20).

Dies folgt praktisch schon zwangsläufig daraus, dass das Ergebnis desselben Berechnungsvorgangs vorliegen muss (siehe b.), bietet aber eine hilfreiche Kontrollüberlegung.

d. *Zwischenergebnis*

Im Ergebnis gliedert sich der Tatbestand negativer Einnahmen somit in folgende Tatbestandsmerkmale:

- Güter in Geld oder Geldeswert,
- Abfluss nach außen
- Im Rahmen einer Überschusseinkunftsart
- Qualitative wirtschaftliche Identität mit korrespondierenden Einnahmen, bestehend aus
 - Subsumierbarkeit unter konkreten Einnahmentatbestand
 - Ergebnis des identischen Berechnungsvorgangs und
 - Alternativverhältnis mit positiven Einnahmen innerhalb derselben Berechnungsperiode.

Die Rechtsfolge negativer Einnahmen folgt unmittelbar aus § 2 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EStG: Durch die Einstellung als Einnahme mit negativem Vorzeichen in das allgemeine Berechnungsschema vermindert sich der Überschuss um den Wert der negativen Einnahme.

III. Negative Einlagezinsen als negative Einnahmen

Damit ist die Grundlage gelegt für eine Subsumtion negativer Einlagezinsen unter den Begriff negativer Einnahmen. Es wird sich zeigen, dass ein Anwendungsfall negativer Einnahmen vorliegt und negative Einlagezinsen somit – entgegen der derzeitigen Praxis (siehe oben, I. 1. b.) – steuerlich abzugsfähig sind.

Einzig erläuterungsbedürftiges Tatbestandsmerkmal ist die qualitative wirtschaftliche Identität zu den korrespondierenden Einnahmen.⁵⁷ Diese liegt vor:

⁵⁷ Näher dazu, dass die übrigen Merkmale erfüllt sind *M. Niermann*, Negative Zinsen, S. 112 ff.

1. Unmittelbare Subsumierbarkeit unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG

Zu begründen ist die These, dass es sich bei negativen Einlagezinsen um (ausnahmsweise negative) „Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art (...)“ handelt, wie es in § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG heißt.

Das lässt sich bei näherem Ansehen der wirtschaftlichen Hintergründe negativer Nominalzinsen sowohl mit der grundsätzlich gleich bleibenden, nur graduell sich verschiebenden Interessenlage der Parteien (a.) als auch der Analyse der wirtschaftlichen Zinsfaktoren (b.) begründen.

a. *Nur graduell verschobene Interessen*

Den Banken geht es bei der Entgegennahme von Einlagen in erster Linie um die Kapitalbeschaffung. Es soll Liquidität angesammelt und bereitgehalten werden, die dann wiederum für das Aktivgeschäft, beispielsweise die Kreditvergabe, genutzt werden kann.⁵⁸ Dieses Interesse nimmt zwar bei steigender Geldmenge und sinkendem Zinsumfeld immer mehr ab, da sich auch die Möglichkeiten der lukrativen Weiternutzung der gewonnenen Liquidität einschränken. Jedoch vollzieht sich diese Entwicklung graduell: Sie beginnt bereits oberhalb der nominellen Nullzinslinie und endet bei ihr nicht abrupt.⁵⁹ Denn das Ziel der Kapitalbeschaffung bleibt auch danach noch bestehen⁶⁰: Auch in einem extremen Negativzinsumfeld muss sich die Bank finanzieren – die Entgegennahme von Einlagen bleibt hierfür ein beliebtes Instrument.⁶¹ Die Kapitalbeschaffung ist also sowohl im Falle positiver wie im Falle negativer Einlagezinsen die wesentliche Triebfeder der Banken zur Entgegennahme von Einlagen.

Für den Einleger wiederum besteht bei positiven wie bei negativen Zinsen sowohl ein Interesse an der Verwahrung seines Kapitals als auch ein Gewinninteresse.⁶² Das Verwahrinteresse ist bereits im Falle positiver Zinsen

⁵⁸ BGHZ 129, 90 Rn. 14; T. Tröger, NJW 2015, 657 (657).

⁵⁹ So aber wohl T. Tröger, NJW 2015, 657 (658).

⁶⁰ Ebenso R. Freitag, in: Staudinger, BGB (Neubearbeitung 2015, mittlerweile veraltet), § 700 Rn. 51a; T. Schürmann/O. Langner, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch Bd. I, 5. Aufl. 2017, § 70 Rn. 25a.

⁶¹ Das zeigt auch die Statistik: So war der Einlagenbestand aller deutschen Banken am Ende des Jahres 2019 trotz höherem Zinsumfeld mit rund 3,42 Billionen Euro geringer als Ende Februar 2017 mit rund 3,68 Billionen Euro, vgl. Bundesbank: Bankenstatistik April 2021, 68, <https://bit.ly/3xdxHl8> (abgerufen am 26.07.2021).

⁶² So bereits M. Niemann, jM 2016, 426 (429 f.).

vorhanden.⁶³ Neben dem Verwahrinteresse besteht das Gewinninteresse des Einlegenden, das durch die jeweils verwirklichten Zinsen befriedigt wird. Dieses fällt nicht plötzlich weg, wenn der Zinssatz die nominelle Nullgrenze unterschreitet: Zunächst wäre es bereits zweifelhaft – unterstellte man ein vollständig wegfallendes Gewinninteresse – diesen Wegfall an dem Punkt zu verorten, an dem der Zins nominell negativ wird. Näher läge es dann vielmehr, ein wegfallendes Gewinninteresse dann anzunehmen, wenn mit dem einzelnen Einlagegeschäft isoliert betrachtet kein wirtschaftlicher Gewinn mehr erzielt wird, was bereits bei einem negativen Realzinssatz der Fall ist. Der Zinssatz liegt dann unterhalb der Inflationsrate⁶⁴, womit der Einleger später wertmäßig weniger zurückerhält als er zuvor eingelegt hatte. Die Schwelle zum negativen Realzins wird üblicherweise – in Zeiten (zumindest schwacher) Inflation⁶⁵ – im nominell positiven Bereich liegen, kann sich aber auch – in Zeiten von Deflation – im nominell negativen Bereich befinden.

Zweitens überzeugt aber schon die Annahme an sich nicht, dass das Gewinninteresse des Einlegers stets entfällt, wenn er mit dem einzelnen Einlagegeschäft isoliert keinen Gewinn mehr erzielt. Auch bei einem nominell bzw. real negativen Zins kann nämlich ein Gewinn des Kapitalgebers in Form der Marge vorliegen, die er durch eine noch günstigere Refinanzierung erlangt.⁶⁶ Dies wäre dann der Fall, wenn der Kapitalgeber das zu einem Zinssatz von beispielsweise -0,1 % hingeebene Kapital seinerseits von einem dritten Kapitalgeber zu einem noch niedrigeren Zinssatz von beispielsweise -0,4 % erlangt hätte. Im Beispiel verbliebe dem Kapitalgeber eine Marge von nominell 0,3 % als Gewinn. Zugegebenermaßen ist dies bei Privatpersonen als Einlegern, um die es vorliegend geht, zum derzeitigen Zeitpunkt wohl eine rein theoretische Möglichkeit. Bei einer weiteren Ausbreitung des Negativzinsumfeldes sind derartige Konstellationen indes

⁶³ BGHZ 129, 90 Rn. 13: „sichere Verwahrung von Geldern“; zum stets vorhandenen Verwahrelement auch *T. Söbbing/B. v. Bodungen*, ZBB 2016, 39 (41); *O. Langner/F. Müller*, WM 2015, 1979 (1980); *T. Schürmann/O. Langner*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski (Hrsg.), Bankrechts-Handbuch Bd. I, 5. Aufl. 2017, § 70 Rn. 25a.

⁶⁴ Beispielhaft *C. Morscher/A. Hosch*, WD 2015, 148 (150).

⁶⁵ Im Juni 2021 betrug die Inflationsrate in Deutschland 2,3 %, vgl. Statista, <https://bit.ly/3BW1Tov> (abgerufen am 29.07.2021).

⁶⁶ Vgl. *T. Manhardt/I. Ivanov*, BKR 2021, 355 (359 f.), *T. Söbbing/B. v. Bodungen*, ZBB 2016, 39 (41): negativer Zins als „bloßer Durchlaufposten“ (allerdings beide bezogen auf Banken, die sich am Interbankenmarkt refinanzieren).

nicht auszuschließen.⁶⁷ Es kann somit nicht die Rede davon sein, dass mit Unterschreiten der nominellen Nullgrenze einzig das Interesse des Einlegenden an der Verwahrung seines Geldes die Triebfeder des Einlagegeschäftes wäre. Vielmehr stehen das Verwahrungs- sowie das Gewinninteresse lediglich in graduell unterschiedlicher Schattierung stets nebeneinander.

Damit unterscheiden sich die jeweils verfolgten wirtschaftlichen Interessen von Bank und Einleger bei negativen Zinsen nicht qualitativ von denen bei positiven Zinsen; es kommt einzig zu graduellen Verschiebungen, die denen bei sinkendem Zinssatz im positiven Bereich entsprechen.⁶⁸

b. Begründung anhand der wirtschaftlichen Zinsfaktoren

Dass wirtschaftlich lediglich ein gradueller Unterschied zwischen nominell positiven und negativen Einlagezinsen besteht, lässt sich auch anhand einer Analyse der einzelnen Zinsbestandteile untermauern.⁶⁹

aa. Wirtschaftliche Zinsfaktoren

Jeder am Markt zustande gekommene Zinssatz besteht wirtschaftlich betrachtet aus verschiedenen Bestandteilen, die auch als Zinsfaktoren oder Zinskomponenten bezeichnet werden. Die wohl wichtigsten dieser Bestandteile sind der Gewinnanteil sowie das Entgelt für den Zeitwert des Geldes.⁷⁰ Letzteres setzt sich zusammen aus dem risikolosen Basiszinssatz sowie einem Ausgleich für das Geldwertrisiko, also den erwarteten Wertverlust des überlassenen Kapitals beispielsweise durch Inflation.⁷¹ Neben Gewinnanteil und Zeitwertentgelt ist im Zinssatz regelmäßig das Kreditrisiko des Kapitalgebers abgebildet, das vor allem in der Gefahr des Ausfalls der Rückzahlung besteht.⁷² Für den privaten Einleger dürften in aller Regel

⁶⁷ So soll es in Dänemark und Spanien vor einigen Jahren bereits zu Kreditvergaben von Banken an solvente Privatpersonen zu leicht negativen Zinssätzen gekommen sein, vgl. „Wie wir bald mit Schulden Geld verdienen könnten“, Welt Online vom 24.04.2015, <https://bit.ly/3rIedny> (abgerufen am 29.07.2021).

⁶⁸ Zustimmend M. Jachmann-Michel, StuW 2018, 9 (19).

⁶⁹ Zustimmend M. Jachmann-Michel, StuW 2018, 9 (19 f.).

⁷⁰ IFRS 9.B4.1.7A.

⁷¹ Vgl. P. Aigner, Wegfall der Einkunftsquelle bei den Kapitaleinkünften, 2013, S. 145 ff.; W. Weigel/A. Meyding-Metzger, IRZ 2015, 185 (187).

⁷² C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (368); IFRS 9.B4.1.7A.

lediglich diese drei Bestandteile der Zinskalkulation (Gewinnanteil, Ausgleich für den Zeitwert des Geldes, Kreditrisiko) von Relevanz sein.

bb. Zeitwert des Geldes infolge umgekehrten Geldwertrisikos negativ

Für die weitere Analyse stellt sich die Frage, aus welchem dieser konkreten Zinsbestandteile ein nominell negativer Gesamtzinssatz, wie er im derzeitigen Zinsumfeld vorkommt, resultiert. Das Kreditrisiko kann schon denklogisch nicht negativ sein, sondern beträgt mindestens null. Auch der Gewinnanteil scheidet aus, da er nie negativ sein wird. Es bleibt damit nur der Zinsfaktor des Zeitwertausgleichs.⁷³

Dazu passt es, dass die Indexzinssätze für Kredite am Interbankenmarkt (sogenannte IBOR – inter bank offered rates) seit einiger Zeit recht deutlich negativ sind.⁷⁴ Diese Indexzinssätze für den Interbankenmarkt kommen dem Entgelt für den Zeitwert des Geldes sehr nahe, da die in ihre Ermittlung einbezogenen Banken alle ein Best-Rating haben müssen, sodass der enthaltene Kreditrisikoanteil gen null geht; auch ein Gewinnanteil ist in diesen nicht enthalten.⁷⁵

Festzuhalten ist also, dass der Ausgleich für den Zeitwert des Geldes negativ ist. Er ist somit verantwortlich dafür, dass in jüngerer Vergangenheit bei vielen Einlagegeschäften auch der Gesamtzinssatz nominell negativ blieb. Hierzu kam es nämlich immer dann, wenn der negative Zeitwert des Geldes nicht durch die restlichen Zinsfaktoren – Ausgleich des Kreditrisikos, Gewinnmarge – ausgeglichen wurde.

Wirtschaftlicher Hintergrund des negativen Zeitwertentgeltes ist, dass das darin enthaltene Geldwertrisiko nach den Marktverhältnissen vom Kapitalgeber auf den Kapitalnehmer übergegangen ist.⁷⁶ Unter Geldwertrisiko versteht man das Risiko der realen Geldwertänderung eines nominalen Geldbetrages im Laufe der Zeit.⁷⁷ Normalerweise liegt dieses Risiko beim

⁷³ Vgl. auch C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (369 f.).

⁷⁴ Siehe oben, Fn. 13.

⁷⁵ C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (369 f.).

⁷⁶ C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (369 f.); B. Maurenbrecher/F. Eckert, GesKR 2015, 367 (369).

⁷⁷ H. Grothe, Fremdwährungsverbindlichkeiten, 59 f.; sowie C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (368 f.), die z. T. weiter differenzieren.

Geldgeber⁷⁸; denn dieser erhält in Zeiten von Inflationsraten über null Prozent stets real weniger zurück als er anfangs geleistet hatte⁷⁹. Ausnahmsweise kann jedoch, beispielsweise durch eine außergewöhnliche Geldpolitik, die entgegengesetzte Ausgangslage bestehen, dass das zurückerhaltene vermutlich real mehr wert sein wird als das anfangs hingeebene Kapital. Dies kann außer bei absehbarer realer Aufwertung durch Deflation auch darin begründet sein, dass der Kapitalnehmer beim Halten des Kapitals geldpolitisch begründete Kosten tragen muss.⁸⁰ So liegen die Dinge derzeit: Einerseits haben die kapitalaufnehmenden Banken hierfür geldpolitische Kosten zu tragen (Negativzinssatz für die EZB-Einlagefazilität; alternativ Weitergabe des Geldes zu Negativzinsen oder kostenintensive Bargeldlagerung), andererseits scheint der Markt trotz steigender Geldmenge (noch) nicht mit steigender Inflation, sondern eher sogar mit einer Deflation zu rechnen.⁸¹ Dadurch ist das Geldwertrisiko vom Kapitalgeber auf den Kapitalnehmer übergegangen, der nun möglicherweise real mehr zurückzahlen muss als er erhalten hat.⁸² Das Geldwertrisiko ist damit der einzige Zinsfaktor, der statt des üblicherweise abgebildeten Verlustrisikos des Geldgebers auch eine vereinzelt vorliegende korrelierende Gewinnmöglichkeit des Geldgebers abdecken kann.⁸³

Festzuhalten ist mithin, dass das Entgelt für den Zeitwert des Geldes in jüngerer Vergangenheit so stark negativ geworden ist, dass hieraus immer häufiger auch ein nominell negativer Gesamtzinssatz der jeweiligen Einlage resultierte. Dies ist auf das in dem Zeitwertentgelt enthaltene Geldwertrisiko zurückzuführen, das in außergewöhnlichen Situationen – wie derzeit – auf den Kapitalnehmer entfallen kann.

cc. Schlussfolgerung

Es ist also lediglich einer der zinssatzbildenden Faktoren negativ, während andere Faktoren, insbesondere die erwartete Gewinnmarge, aber auch gegebenenfalls die Abbildung des Kreditrisikos, positiv geblieben sind. Nur

⁷⁸ H. Grothe, Fremdwährungsverbindlichkeiten, S. 90.

⁷⁹ Vgl. M. Jachmann, Nachhaltige Entwicklung und Steuern, 2003, S. 124; P. Aigner, Wegfall der Einkunftsquelle bei den Kapitaleinkünften, 2013, S. 147.

⁸⁰ C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (370 f.).

⁸¹ Allerdings stieg die Inflation zuletzt auf 2,3 %, vgl. Fn. 65.

⁸² C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (370 f.).

⁸³ C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (370 f.).

indem die Abbildung des Geldwertrisikos wirtschaftlich ein derart starker negativer Faktor wurde, dass dies durch die weiteren Zinsfaktoren nicht mehr ausgeglichen werden konnte, kam und kommt es zu negativen Gesamtzinssätzen. Es zeigt sich daran einmal mehr, dass der Übergang in den nominell negativen Bereich beim Gesamtzinssatz fließend ist.

Man könnte nun durchaus argumentieren, dass das Springen des Geldwertrisikos vom Kapitalgeber zum Kapitalnehmer eine auch qualitative Zäsur sei und die demnach vom Kapitalgeber an den Kapitalnehmer zu zahlenden Vergütung für die Übernahme dieses Risikos⁸⁴ nicht als Gegenleistung für die Überlassung des Kapitals angesehen werden könne. Dann müsste man aber konsequenterweise *nur diesen* Zinsfaktor aus dem Gesamtzinssatz und damit auch aus dem Einnahmetatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG herauslösen. Denn: Der Sprung des Geldwertrisikos auf den Kapitalnehmer ist auch in Fällen bereits erfolgt, in denen der Gesamtzinssatz noch positiv ist, weil die anderen Zinsfaktoren ihn noch über null halten. Eine derartige Vorgehensweise wäre allerdings in der Praxis kaum durchführbar, da der genaue Anteil des im jeweiligen Gesamtzinssatz enthaltenen Geldwertrisikoausgleichs sich kaum feststellen lassen wird, erst recht nicht im Rahmen des Kapitalertragsteuerabzugverfahrens. Sie widerspräche auch der bewährten Praxis, die erzielten Zinsen ohne genaue Ansehung der einzelnen wirtschaftlichen Zinskomponenten der Besteuerung zu unterwerfen. Spiegelbildlich müsste man zudem bei einem negativen Gesamtzinssatz die positiven Zinsfaktoren, insbesondere den Gewinnanteil, ermitteln und der Besteuerung unterwerfen. Das wäre jedoch kaum mit dem Zuflussprinzip nach § 11 Abs. 1 S. 1 EStG in Einklang zu bringen.

Eine Herausrechnung des einzelnen Zinsfaktors Geldwertrisiko ist daher abzulehnen. Vielmehr bilden alle beschriebenen Zinsfaktoren als wirtschaftliche Einheit den Gesamtzins.⁸⁵ Die Unterschiede zwischen einem hohen, einem niedrigen oder einem negativen Gesamtzinssatz sind also lediglich gradueller Natur.⁸⁶

⁸⁴ So bezeichnet von C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (371).

⁸⁵ Gleiche Auffassung C. Zellweger-Gutknecht, ZfPW 2015, 350 (370): Entgelt für Übernahme des Geldwertrisikos als „Bestandteil eines Gesamtzinses“.

⁸⁶ Vgl. auch W. Ernst, ZfPW 2015, 250 (251): „wirtschaftliches Kontinuum von Positivzinsen über Nullzinsen zu Negativzinsen“.

c. *Zwischenergebnis*

Negative Einlagezinsen sind als ausnahmsweise negative Erträge aus Kapitalforderungen sonstiger Art unmittelbar unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG summarierbar.

2. Ausfluss des identischen Berechnungsvorgangs

Negative Einlagezinsen werden auch in einem identischen Berechnungsvorgang ermittelt wie positive Einlagezinsen. Denn sie berechnen sich ebenfalls in Abhängigkeit von der Menge des überlassenen Kapitals sowie der Dauer der Kapitalüberlassung.⁸⁷ Unabhängig davon, ob eine Ermittlung ratierlich (z. B. monatlich oder jährlich) oder mit Endfälligkeit stattfindet, ist der Berechnungsvorgang jedenfalls derselbe wie bei positiven Einlagezinsen.

3. Alternativverhältnis mit positiven Einlagezinsen

Innerhalb ein und derselben Berechnungsperiode – sei es ein Monat, ein Jahr oder die gesamte Dauer der einzelnen Kapitalüberlassung – ist schließlich auch kein Nebeneinander positiver und negativer Einlagezinsen möglich.

4. Ergebnis

Es konnte gezeigt werden, dass negative Einlagezinsen als negative Einnahmen im Rahmen von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerlich abziehbar sind.

Lediglich erwähnt werden soll an dieser Stelle die Frage der Einkünfteerzielungsabsicht, die bei negativen Zinsen naturgemäß Probleme aufwerfen kann.⁸⁸

⁸⁷ Sonst handelte es sich begrifflich nicht um negative Einlagezinsen, näher zur Begrifflichkeit *M. Niermann*, Negative Zinsen, S. 23 ff.

⁸⁸ Näher *M. Niermann*, Negative Zinsen, S. 130 ff.

IV. Verfahrensrechtliches

Der unter III. gezeigte materiell-rechtliche Befund allein führt noch nicht dazu, dass negative Einlagezinsen die steuerliche Bemessungsgrundlage privater Anleger innerhalb der Schedule der Kapitaleinkünfte in der Praxis tatsächlich mindern. Daher soll in einem kurzen Blick ins Verfahrensrecht gezeigt werden, auf welchem Wege die negativen Einlagezinsen steuerliche Berücksichtigung finden können und was dabei zu beachten ist. Hierbei geht es um die Frage der Verrechnung negativer Einlagezinsen mit positiven Kapitaleinkünften im Kapitalertragsteuerverfahren (1.), um die praktischen Fragen einer Berücksichtigung im Veranlagungsverfahren (2.) sowie schließlich um die voraussichtlich notwendige Durchsetzung im Klageverfahren (3.).

1. Berücksichtigung negativer Einlagezinsen im Kapitalertragsteuerverfahren

In der Rechtspraxis stellt sich chronologisch an erster Stelle die Frage, wie negative Einlagezinsen im Rahmen des Kapitalertragsteuerabzugsverfahrens behandelt werden.

Bei der Kapitalertragsteuer handelt es sich um eine Quellensteuer⁸⁹ mit weitgehender Abgeltungswirkung, § 43 Abs. 5 S. 1 Halbs. 1 EStG. Die betreffenden Einkünfte sind daher grundsätzlich aus der Veranlagung ausgenommen (§ 2 Abs. 5b EStG) und alle Steueransprüche durch den Quellenabzug abgegolten.

Wie ausgeführt, erfüllen negative Einlagezinsen den Einkünfteerzielungsbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Daher fallen sie gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 7 lit. b EStG (analog) auch in den Anwendungsbereich der Kapitalertragsteuer, wenn „Schuldner“ der Zinsen – hier: Gläubiger der Negativzinsen – ein inländisches Kreditinstitut ist. Allerdings führen negative Einlagezinsen eben nicht zu einem Zu-, sondern zu einem Abfluss. Bemessungsgrundlage der Kapitalertragsteuer können gemäß § 43a Abs. 2 S. 1 EStG aber nur Kapitalerträge, also Zuflüsse, sein.⁹⁰ Eine Kapitalertragsteuer fällt somit bei der Zahlung von negativen Einlagezinsen nicht an.

⁸⁹ Z. B. E.-M. Gersch, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff (Hrsg.), EStG, 315. EL 06.2021, § 43 Rn. A 3.

⁹⁰ Vgl. auch M. Jachmann-Michel, DB 2018, 2777 (2781).

Die negativen Einlagezinsen müssten jedoch richtigerweise von der jeweiligen Bank als negative Kapitalerträge mit anderweitig entstehenden kapitalertragsteuerpflichtigen positiven Einkünften über den Verlustverrechnungstopf des § 43a Abs. 3 S. 2 EStG⁹¹ verrechnet werden. Dies ist allerdings in der Praxis nicht möglich, weil die Banken bei der Durchführung des Kapitalertragsteuerabzugs gesetzlich an die Auslegungsvorschriften der Finanzverwaltung gebunden sind, § 44 Abs. 1 S. 3 EStG⁹², und die Finanzverwaltung negative Zinsen als nicht abziehbare Werbungskosten einordnet.

2. Berücksichtigung negativer Einlagezinsen im Veranlagungsverfahren

Damit rückt die Frage in den Vordergrund, wie die Berücksichtigung der negativen Einlagezinsen im Veranlagungsverfahren erreicht werden kann.

Grundsätzlich kann der steuerpflichtige Privatanleger in Fällen eines noch nicht berücksichtigten Verlustes gemäß § 32d Abs. 4 EStG die Veranlagung bezüglich der Kapitaleinkünfte beantragen, die der Kapitalertragsteuer unterlegen haben.⁹³ In der Folge kommt es zu einem normalen Veranlagungsverfahren; die gezahlte Kapitalertragsteuer wird gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 2 lit. a EStG angerechnet.⁹⁴ Die Verlustverrechnung findet dann gemäß § 20 Abs. 6 EStG auf materiell-rechtlicher Ebene statt.

Dem steht insbesondere § 20 Abs. 6 S. 7 EStG nicht entgegen, wonach die Verlustberücksichtigung grundsätzlich einer Verlustbescheinigung der jeweiligen Bank (§ 43a Abs. 3 S. 4 EStG) bedarf. Zwar wird die Bank eine solche – aufgrund der vorstehend erwähnten Bindung an die Auffassung der Finanzverwaltung – nicht erteilen. Indes hat der BFH für derlei Fälle den Anwendungsbereich des § 20 Abs. 6 S. 7 EStG teleologisch reduziert, weil eine doppelte Verlustberücksichtigung, die die Norm vermeiden will, dann

⁹¹ Dies ist ein Mechanismus zur Verrechnung von negativen und positiven Kapitaleinkünften unmittelbar bei der jeweiligen Bank, damit keine Veranlagung notwendig ist.

⁹² Vgl. *M. Jachmann-Michel*, in: Blümich, EStG, 157. EL 05.2021, § 44 Rn. 41: Kreditinstitute als „Organe der Steuererhebung“.

⁹³ Eine Beschränkung des Antrags auf bestimmte Kapitalerträge ist möglich, wie der Umkehrschluss aus § 32d Abs. 6 S. 3 EStG zeigt, *C. Kühner*, in: H/H/R, EStG, 304. EL 06.2021, § 32d Rn. 74 f.

⁹⁴ *C. Kühner*, in: H/H/R, EStG, 304. EL 06.2021, § 32d Rn. 74.

nicht droht.⁹⁵ Zudem stünde der Steuerpflichtige der ablehnenden Auffassung der Finanzverwaltung sonst rechtsschutzlos gegenüber, was schwerlich mit Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar wäre.⁹⁶

3. Durchsetzung auf dem Klageweg

Da die Abziehbarkeit der negativen Einlagezinsen nach derzeitiger Lage der Finanzverwaltungsauffassung auch im Veranlagungs- und Einspruchsverfahren nicht durchsetzbar sein dürfte, müsste wohl Klage zum Finanzgericht erhoben werden. Aufgrund des offensichtlich nicht erfolgsversprechenden Einspruchsverfahrens – die Einspruchsstelle ist verwaltungsmäßig an das BMF-Schreiben gebunden, welches die Abziehbarkeit ausschließt – wäre eine Sprungklage (§ 45 FGO) wohl verfahrenswirtschaftlich.⁹⁷

Spätestens in einem Revisionsverfahren vor dem BFH dürften die Erfolgsaussichten einer Klage nicht schlecht sein. Die Einordnung als negative Einnahmen befindet sich inzwischen im Vordringen; unter den Befürwortern sind mehrere aktuelle Mitglieder des zuständigen VIII. Senats.⁹⁸

V. Fazit und Ausblick

Es ist bedauernd zu vermerken, dass die Finanzverwaltung in Bezug auf die steuerliche Geltendmachung negativer Einlagezinsen seit Jahren eine Blockadehaltung einnimmt. Dies aus zwei Gründen: Einerseits verstößt die Versagung nach hier vertretener Auffassung gegen das Gesetz.

Andererseits ist die Versagung auch aus steuerpolitischen Gründen eine grobe Ungerechtigkeit:

⁹⁵ BFH v. 20.10.2016 – VIII R 55/13, BStBl. II 2017, 264; „wäre reiner Formalismus“; vgl. auch die Senatsvorsitzende *M. Jachmann-Michel*, DB 2018, 2777 (2780 ff.).

⁹⁶ Vgl. *M. Jachmann-Michel*, DB 2018, 2777 (2781).

⁹⁷ *M. Teller*, in: Gräber, FGO, 9. Aufl. 2019, § 45 Rn. 1: Sinnvoll bei Streit nur um Rechtsfragen.

⁹⁸ Namentlich die Senatsvorsitzende *M. Jachmann-Michel*, StuW 2018, 9 (19 f.), sowie *C. Levedag*, in: Schmidt, EStG, 40. Aufl. 2021, § 20 Rn. 267; zum Streitstand *U. A. Delp*, DB 2020, 362 (363 f.).

- Denn zum einen ist es insbesondere der Staat, der von der extrem lockeren Geldpolitik der EZB, verbunden mit historisch niedrigen Zinssätzen, profitiert – er kann sich zum Nulltarif verschulden, ja, verdient sogar teilweise an seiner Neuverschuldung.⁹⁹ Umgekehrt sind es gerade die privaten Sparer, die unter der Null- und Negativzinspolitik leiden – da erscheint es wenig nachvollziehbar, an dieser Stelle sogar noch die steuerliche Geltendmachung zu versagen.
- Zum anderen kann der steuerlichen Sanktionierung negativer Zinsen auch keine steuerpolitisch sinnvolle Lenkungswirkung entnommen werden – im Gegenteil. Zwar wäre es in Bezug auf die Vermögensbildung durchaus sinnvoll, größere Teile der Bevölkerung dazu zu bewegen, in Sichteinlagen mit Negativverzinsung verwahrte Mittel stattdessen beispielsweise in den Aktienmarkt zu investieren. Aber auch dies bestraft das geltende Recht: So dürfen Verluste aus Aktienverkäufen sogar innerhalb der Schedule des § 20 EStG nur mit Gewinnen aus Aktienverkäufen verrechnet werden (§ 20 Abs. 6 S. 4 EStG). Wenn aber mittels des Steuerrechts gelenkt werden soll, müssen sich Gesetzgeber und Finanzverwaltung entscheiden, in welche Richtung.

Eine Option wäre eine Klarstellung durch den Gesetzgeber, dass negative Einlagezinsen abziehbar sind.¹⁰⁰ Hier sind sicherlich die Ergebnisse der kommenden Bundestagswahl abzuwarten. Wahrscheinlicher erscheint derzeit eine Klärung auf dem Rechtswege.

⁹⁹ Vgl. bspw. „Bund könnte ab 2029 mit seinen Schulden Geld verdienen“, Handelsblatt vom 24.02.2021, <https://bit.ly/3id3VbW> (abgerufen am 29.07.2021).

¹⁰⁰ Vgl. den erfolglosen Antrag der FDP-Fraktion vom 10. Dezember 2019, BT-Drs. 19/15771.

§ 3 Negativzins
Diskussionsbemerkungen zum Symposium der
Steuerrechtswissenschaftlichen Vereinigung Heidelberg e.V.
vom 12. Mai 2021

Paul Kirchhof

I.	Der Negativzins als Maßnahme europäischer Währungspolitik mit Wirkung für das nationale Ertragsteuerrecht.....	53
1.	Einlagelast	53
2.	Einlageprämie.....	54
II.	Subjektive Zuordnung der Einlagelast.....	54
1.	Geschäftsbanken.....	55
2.	Unternehmer	55
3.	Private Haushalte	55
III.	Erhaltung der europarechtlich angestrebten Wirkungen im nationalen Steuerrecht.....	56
IV.	Die Einlagelast eines nichtigen Negativzinses im Einkommenstatbestand.....	56
1.	Zustandstatbestand	57
2.	Handlungstatbestand.....	57
3.	Erfolgstatbestand.....	57
V.	Eine neue, bisher undenkbare Last	58

I. Der Negativzins als Maßnahme europäischer Währungspolitik mit Wirkung für das nationale Ertragsteuerrecht

1. Einlagelast

Der „Negativzins“ wird oft als „Strafzins“ bezeichnet. Diese Qualifikation ist zwar unzutreffend, weil Strafe Schuld voraussetzt, der Sparer aber durch sein Sparen sich nichts zu Schulden kommen lässt. Das Stichwort reiht den Negativzins aber zutreffend in den Kreis der Sanktionen ein. Er missbilligt das Sparen und verknüpft diese Missbilligung mit einer lenkenden Last.

Das Europarecht will mit dem Negativzins auf den Willen des Sparers so einwirken, dass er das Sparen unterlässt. Für die einkommensteuerrechtli-

che Qualifikation dieser Einlagelast stellt sich damit die Frage, ob ein steuerlicher Abzugstatbestand die Wucht der Lenkungslast vermindern darf, der Sparer sie dann leichter tragen kann. Dieses ist eine Frage der Kompetenzen, aber auch der Geeignetheit der Lenkungsmaßnahme, die nicht im Zusammenwirken der verschiedenen Gesetzgeber zerstört werden darf.

2. Einlageprämie

Die Einlagelast des Sparers ist die Empfängergunst der Bank. In der Struktur einer von der EZB veranlassten, überwälzbaren Last ist angelegt, dass diese Gunst der EZB zufällt. Doch für bei ihr eingelagerte Überschussliquidität hat die EZB für Banken einen Freibetrag eingeführt, auf den keine Negativzinsen zu entrichten sind (Hauptrefinanzierungssatz). Teilweise wird eine Einlageprämie auf das gehortete Geld gewährt. Die Geschäftsbanken empfangen eine Subvention.

Für diese Subvention einer Bank stellt sich die Frage, ob ein Staat diese Subvention besteuern, sich damit teilweise zum Subventionsempfänger machen darf. Die Problematik wird insbesondere im Bundesstaat ersichtlich. Will die Europäische Union strukturschwache Regionen durch Zuwendungen begünstigen, stehen diese nach Umwidmung zu einem Einkommensteuerertrag hälftig den Ländern zu und werden dort nach örtlichem Aufkommen verteilt. Die EZB erreicht eine Wirkung, die nach ihrer Zwecksetzung schlechthin nicht gemeint ist und nicht gemeint sein darf. Der AEUV verpflichtet die EZB auf das vorrangige Ziel, Preisstabilität zu gewährleisten, stattet sie mit den Instrumenten der Willenslenkung aus, gibt ihr dafür richterähnliche Unabhängigkeit. Ein unverteilernder Negativzins aber ist nicht lenkende Währungspolitik, sondern intervenierende Wirtschaftspolitik. Würden Länder mit hohem örtlichem Aufkommen bei der Subvention bevorzugt, wäre das ein nach Auftrag und Mitteln rechtswidriges Handeln der EZB.

II. Subjektive Zuordnung der Einlagelast

Für eine steuerliche Beurteilung des Negativzinses wäre die unterschiedliche Betroffenheit der Geschäftsbanken, der Unternehmen und der privaten Haushalte erheblich.

1. Geschäftsbanken

Die Geschäftsbanken geben die überwälzbare Belastung an ihre Sparer weiter, überbringen eine Einlagelast, tragen sie nicht selbst. Sie ähneln dem Unternehmer, der die Umsatzsteuer an den Konsumenten weiterreicht. Zwar muss die Geschäftsbank den Negativzins nicht in der von der EZB bestimmten Höhe weitergeben, kann auf die Überwälzung verzichten, einen geringeren Zins fordern, aber auch einen höheren vereinbaren. Sie muss die Last auch nicht in der Rechnung ausweisen, um einen Vorsteuerabzug zu organisieren. Doch wird sie ähnlich dem unternehmerischen Umsatzsteuerschuldner durch eine berufsbedingte Verwaltungspflicht belastet, nicht in ihrem Betriebsvermögen betroffen. Die Geschäftsbank trägt nicht den Aufwand für den Negativzins, sondern nur den Aufwand für die Überbringung der Einlagelast.

2. Unternehmer

Der Unternehmer, der den Negativzins als Einlagelast trägt, ist in zweifacher Weise in seinem Betriebsvermögen betroffen. Der Nullzins mindert den Wert seines Kapitalvermögens. Sein Kapital kann nicht mehr „arbeiten“, ist ertragsunfähig, deswegen von geringerem Wert. Der Substanzentzug von 0,5 % jährlich schafft einen Wertverlust, der bei einem Vermögensvergleich unmittelbar wirksam wird.

Allerdings wird die Einlagelast dem Darlehensgeber als vermeidbare Lenkungslast angeboten. Ihn trifft eine Wahlschuld. Er kann dem Lenkungsziel folgen und auf das Sparen verzichten, damit die wirtschaftliche Last vermeiden. Er kann auch auf seiner Freiheit, sein Geldeigentum zu sparen und später betrieblich zu verwenden, beharren, muss dann aber die Last des Negativzinses in Kauf nehmen. Das Ertragsteuerrecht nimmt nur den Vermögensverlust zur Kenntnis. Der Freiheitsverlust würde erst steuererheblich, wenn er sich wirtschaftlich auswirkt. Die EZB erreicht ihr Ziel, wenn der Unternehmer seine Freiheit verliert, nicht, wenn er eine Vermögenseinbuße erleidet.

3. Private Haushalte

Auch den privaten Sparer erreicht die Androhung des Negativzinses als Wahlschuld, entweder die bisherige Anlageform des Sparens durch Konsum und Investition zu ersetzen, dadurch dem Negativzins auszuweichen, oder aber die von ihm selbstbestimmt gewünschte Anlageform des Sparens

beizubehalten und sich deshalb dem Negativzins zu unterwerfen. Erreicht die EZB ihr Ziel und erleidet der Sparer einen Freiheitsverlust, würde dieser Freiheitseingriff unmittelbar einkommensteuerliche Tatbestände nicht berühren. Nimmt der Sparer den Nullzins – das Versiegen seiner Ertragsquelle – und den Negativzins – die Minderung seines Sparkapitals – hin, wirkte sich das auf die für die Überschussrechnung erheblichen laufenden Einnahmen (einschließlich Veräußerungsgewinnen) nur mittelbar aus. Doch die Kapitalerträge versiegen, realisierte Veräußerungsgewinne werden vermindert.

III. Erhaltung der europarechtlich angestrebten Wirkungen im nationalen Steuerrecht

Sollte der Negativzins rechtswidrig sein, so wäre die Einlagelast ein wirtschaftliches Faktum, das – soweit tatsächlich erhoben – als europarechtliche Lenkungs kraft wirkt. Der mit hoheitsbasierter Marktmacht von der EZB zugeteilte Negativzins ist ein rechtlich auferlegter Verlust.

Doch die europarechtlich zugeteilte Last ist auf Erschwerung und Verhinderung des Sparens angelegt. Diese Belastungswirkung darf durch mitgliedstaatliches Recht nicht verfälscht werden. Deshalb darf ein europarechtliches Verständnis des Negativzinses diese tatsächliche Last nicht in das Einkommensteuerrecht einbringen. Jedenfalls müsste eine europarechtskonforme Auslegung des EStG die steuerrechtliche Mäßigung der Einlagelast oder den steuerrechtlichen Austausch des Subventionsberechtigten verhindern. Eine klarstellende Regelung durch Ergänzung des § 12 Nr. 4 EStG (Geldstrafen) wäre hilfreich.

IV. Die Einlagelast eines nichtigen Negativzinses im Einkommenstatbestand

Sollte dem Negativzins wegen Nichtigkeit jede rechtliche Qualifikationskraft fehlen, wären die tatsächlichen Unrechtsfolgen in ihren Auswirkungen auf den Einkommenstatbestand zu würdigen. Ein Negativzins ist für das Einkommensteuerrecht nur erheblich, wenn § 2 EStG, der Navigator für das gesamte Einkommensteuerrecht, in seinen drei Tatbestandsvoraussetzungen des Zustandstatbestands (der Erwerbsgrundlage – hier des Gewerbebetriebes oder des Kapitalvermögens), des Handlungstatbestands (des „Erzielens“ von Einkünften) und des Erfolgstatbestands (Gewinn oder Überschuss) betroffen ist.

Wenn die EZB ihr währungspolitisches Ziel verfehlt, der Negativzins den Steuerpflichtigen tatsächlich belastet, bei der bisherigen Häufung dieses Ergebnisses die Maßnahme als ungeeignet erscheint, sie im Übrigen nicht zulässige Währungs-, sondern unzulässige Wirtschaftspolitik ist, bleibt die Rechtsfehlerhaftigkeit dieser Maßnahme für das Steuerrecht unerheblich. Das Steuerrecht fragt grundsätzlich nicht nach dem rechtmäßigen, sondern dem tatsächlich erzielten Erfolg.

1. Zustandstatbestand

Im Zustandstatbestand wären die gewerblichen Sparer in ihrem Gewerbebetrieb, die privaten in ihrem Kapitalvermögen betroffen. Hier wird die Problematik des Einkünfte dualismus – einerseits der Vermögensvergleich, andererseits das Zuflussprinzip – ersichtlich. Einzelne Anlageformen, insbesondere Sparguthaben, wären nicht mehr Erwerbsgrundlage, sondern ertraglose Vermögensverwaltung („Liebhaberei“). Die Sonderregeln einer Abgeltungssteuer, der Werbungskostenpauschale und des Verlustabzugs wären nicht anzuwenden.

2. Handlungstatbestand

Der Handlungstatbestand, das Erzielen von Einkünften, ist beim Sparen sehr schwach ausgeprägt. Der Sparer überlässt die Bewirtschaftung seines Kapitals der Bank, bleibt passiv. Außerdem bestimmt § 2 Abs. 5b EStG, dass die Einkünfte des Sparerers nicht nach § 2 Abs. 1 EStG gebildet werden.

3. Erfolgstatbestand

Im Erfolgstatbestand hätte der – nicht rechtlich qualifizierend zuteilte, sondern nur tatsächlich erlittene – Negativzins zur Folge, dass die gewerbliche Ertragsquelle wegen Versiegens geringer bewertet, die Kapitalsubstanz wegen des jährlichen Verlustes von -0,5 % verringert werden müsste. Bei den Überschusseinkünften wirkt sich der Negativzins aus, wenn ein Zufluss von Zinsen unterbleibt und die Veräußerungsgewinne tatsächlich wirksam werden.

V. Eine neue, bisher undenkbare Last

Die Erfassung des Negativzinses als Einkommenstatbestand hat also Folgen für die Höhe der Einlagelast, für den Tatbestand des Subventionsempfängers und für die Zulässigkeit und Tauglichkeit des Negativzinses als währungspolitische Maßnahme. Die Europarechtsoffenheit des Verfassungsstaates, das Zusammenwirken zweier eigenständiger, aber ineinandergreifender Rechtsordnungen und die rechtsstaatlichen Anforderungen an eine bestimmte, in ihrem Rechtsgrund ersichtlich gerechtfertigte Last stellen Fragen an das Einkommensteuerrecht, die eine gedankliche Auseinandersetzung mit dieser neuen, vor wenigen Jahren noch undenkbaren Last zu einem intellektuell anspruchsvollen Thema macht.

§ 4 Drei Thesen und einige Gedanken zum negativen Vorzeichen im Steuerrecht

Eva Oertel

I.	Der holistische Blick	59
II.	Drei Thesen zum negativen Vorzeichen.....	61
1.	Das „negative Vorzeichen“ ist unberechenbar!.....	61
2.	Das „negative Vorzeichen“ ist grenzenlos!	63
3.	Das „negative Vorzeichen“ kann Positives bewirken!	65
III.	Negativzinsen im deutschen Steuerrecht – eine Frage der Einordnung des Vorzeichens.....	66
1.	Negative Einnahmen	66
2.	Negativzinsen und ihre steuerliche Behandlung.....	66
3.	Auffassungen in der Literatur.....	67
4.	Auffassung der Finanzverwaltung.....	68
IV.	Ausblick.....	69

I. Der holistische Blick

Das Steuerrecht wird in der wissenschaftlichen Literatur traditionell als hoheitliches Eingriffsrecht klassifiziert.¹ Im Vordergrund steht die Einnahmeerzielung des Staates.² Steuern sind das wichtigste Finanzierungsinstrument einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft.³ Die Abschöpfung von Gewinnen bei Individuen und Unternehmen dient dem Finanzierungszweck, die Berücksichtigung von Verlusten läuft dem Zweck zuwider. *Friauf* hat es unter Bezugnahme auf *P. Kirchhof* im Rahmen der zwölften Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft einmal folgendermaßen auf den Punkt gebracht:

¹ Grundlegend dazu bereits *A. Hensel*, Steuerrecht, S. 3

² Einen Überblick über die Literatur gibt *S. Grunow*, Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Steuerlast und Steuererhebung, 2017, S. 25 ff. m.w.N.

³ *J. Isensee*, FS Ipsen, 1977, S. 409 ff.; *M. Valta*, Das Internationale Steuerrecht zwischen Effizienz, Gerechtigkeit und Entwicklungshilfe, 2014, S. 22 ff.

„Die grundsätzliche Steuerpflichtigkeit des Bürgers ist das notwendige Gegenstück unserer privatnützigen Eigentums- und Wirtschaftsordnung, oder – anders gewendet – der Preis, den der einzelne für die rechtlich gewährleistete Möglichkeit freier wirtschaftlicher Entfaltung zu zahlen hat. Ohne Steuerpflicht könnte es keine wirtschaftliche Freiheit geben.“⁴

Das Steuerrecht beschäftigt sich daher überwiegend mit positiven Geschäftserfolgen. Das „negative Vorzeichen“ steht nicht primär im Fokus, sondern seine Bedeutung erwächst vor allem aus der Gesamtbetrachtung der wirtschaftlichen Ereignisse, in welche Erfolge und Misserfolge, Kosten und Erträge einfließen. Das „negative Vorzeichen“ ist gleichwohl nicht nur als Titel eines Kriminalromans, sondern auch als Thema eines steuerrechtlichen Symposions höchst spannend.

Das „negative Vorzeichen“ umfasst im weitesten Sinne die Frage nach der Berücksichtigung von Aufwendungen in den verschiedenen Steuergesetzen. Wer sich dieser Thematik nähert, gelangt schnell in die Tiefen der steuerlichen und verfassungsrechtlichen Dogmatik.⁵ Eine Auseinandersetzung mit wesentlichen Grundprinzipien⁶ wird unausweichlich.⁷ Daneben eröffnet sich zugleich auch ein großes Spannungsfeld: Verschiedene verfassungsrechtliche Vorgaben, etwa das Leistungsfähigkeitsprinzip⁸, gebieten die Verlustberücksichtigung, der Fiskalzweck der Besteuerung steht ihr zugleich dem Grunde nach entgegen.

Das „negative Vorzeichen“ trägt als Titel eines Symposions jedoch noch weitere Themen – etwa die Untersuchung inwieweit es „negative Einnahmen“ oder vielleicht sogar „negative Steuern“ geben kann. Die letztge-

⁴ K. Friauf, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Gesetzgebung über die Steuern vom Einkommen und vom Ertrag, DStJG 12 (1989), 3 f. m.w.N.

⁵ Instruktiv dazu: M. Heintzen, Die unterschiedliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten, DStJG 28 (2005), 163 ff.; M. Lehner, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Verlustberücksichtigung, in: ders. (Hrsg.), Verluste im nationalen und internationalen Steuerrecht, 2004, S. 11 ff.

⁶ Dazu M. Wendt, Prinzipien der Verlustberücksichtigung, DStJG 28 (2005), 41 ff.

⁷ Wobei allerdings auch M. Heintzen, Die unterschiedliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten, DStJG 28 (2005), 163 (173) berechtigt darauf hinweist: „Der Gesetzgeber ist an Vorgaben des Grundgesetzes und (...) des Europarechts gebunden. (...) Diese Vorgaben sind durchsetzungsschwach.“

⁸ Dazu M. Wendt, Prinzipien der Verlustberücksichtigung, DStJG 28 (2005), 41 (42 ff.), sowie die umfassende Diskussion im Rahmen der Tagung, die in DStJG 28 (2005) ab Seite 81 nachvollzogen werden kann.

nannte Fragestellung ist jüngst im Kontext der Einführung einer Mobilitätsprämie im Einkommensteuergesetz in den Fokus geraten.⁹ Sie soll in der nachfolgenden Erörterung ausgeblendet bleiben. Die Themen „negative Einnahmen“ und Aufwands- bzw. Verlustberücksichtigung sind indes eng miteinander verknüpft und laufen insbesondere in der Diskussion über die steuerliche Behandlung von Negativzinsen zusammen.

Dieser Beitrag unternimmt es zunächst die Herausforderungen der Verlustberücksichtigung unter fiskalischer Perspektive anhand von drei Thesen kurz zu skizzieren. Anschließend soll die Frage angesprochen werden, inwieweit negative Einlagezinsen als „Aufwand/Verlust“ oder als negative Einnahmen zu qualifizieren sind, und welche Konsequenzen dies im deutschen Ertragssteuerrecht de lege lata hat. Im Rahmen eines Ausblicks soll eine Prognose gewagt werden, welche Entwicklungen bei dem Thema zu erwarten sind.

II. Drei Thesen zum negativen Vorzeichen

1. Das „negative Vorzeichen“ ist unberechenbar!

Das „negative Vorzeichen“ ist für Zwecke der Steuerschätzung und damit der Haushaltsplanung des Staates im Voraus schwer zu berechnen. Anders gewendet: Die Berücksichtigung von Verlusten kann unter fiskalischen Aspekten zu überraschenden Effekten der Staatsfinanzierung führen.

Im deutschen Steuerrecht sind horizontale, vertikale und intertemporale Verlustberücksichtigungsmechanismen vorgesehen.¹⁰ Verluste, die in einem spezifischen Betätigungsfeld des Steuerbürgers entstehen, können sich daher dem Grunde nach an verschiedenen Stellen und zu verschiedenen Zeiten auswirken und damit jeweils andersartige Effekte erzielen.¹¹

Die Abschnittsbesteuerung ist einerseits ein technisches, vorrangig der Praktikabilität des Besteuerungsverfahrens verpflichtetes System, und an-

⁹ Vgl. etwa T. Schober, FR 2021, 482 (483) m.w.N.

¹⁰ Vgl. P. Kirchhof, Verluste im Steuerrecht, DStJG 28 (2005), 1 (4).

¹¹ Dazu R. Eckhoff, Verluste im Einkommensteuerrecht, DStJG 28 (2005), 11 ff.

dererseits der nach Zeitabschnitten geordneten öffentlichen Haushaltswirtschaft angepasst.¹² Gerade die intertemporalen Verlustberücksichtigungsmöglichkeiten – also der Verlustvortrag und der Verlustrücktrag – können hier zu Verzerrungen führen.¹³

Unabhängig von der temporalen Zuordnung sind Verluste aber auch schon der Höhe nach für Zwecke der Vorausberechnung der Steuereinnahmen schwer zu prognostizieren.¹⁴ In welcher Höhe und über welche Perioden werden Verluste steuerlich zu berücksichtigen sein und das staatliche Haushaltsbudget beeinflussen? Positive Erträge, die zu Steuereinnahmen führen, sind frühzeitig zu quantifizieren. Umstände, die Steuermindereinnahmen bedingen, können nur bis zu einem gewissen Umfang frühzeitig identifiziert werden. Dies lässt sich auf einen einfachen Mechanismus zurückführen: Von positiven Gewinnprognosen einer Unternehmung erhält die Finanzverwaltung in der Regel monatlich bzw. quartalsweise Kenntnis. Die Lohnsteuer wird regelmäßig vom Arbeitgeber abgeführt. Unternehmen sind verpflichtet ihre ertragsteuerlichen Vorauszahlungen auf Basis der betriebswirtschaftlichen vorläufigen Ergebnisauswertung anpassen zu lassen. Dem örtlich zuständigen Finanzamt werden damit Informationen über die gegenwärtige Ertragslage bereits während des laufenden Veranlagungszeitraums bekannt. Daten aus den Umsatzsteuervoranmeldungen liefern zusätzlich wichtige Erkenntnisse und schaffen die Möglichkeit für einen Plausibilitätsabgleich. Sie sind zugleich wichtige Indikatoren, um Aufschluss über die Umsatzlage und Gewinnprognose zu erhalten. Insbesondere die Umsatzsteuer kann auch Anhaltspunkte für unternehmerische Investitionen umfassen. Gewinnrückgänge sind über Herabsetzungsanträge für die ertragsteuerlichen Vorauszahlungen ebenfalls fiskalisch frühzeitig zu erkennen. Auch diese werden dem Finanzamt bereits unterjährig bekannt. Umsatzrückgänge lassen sich zudem auch über die umsatzsteuerliche Datenlage erkennen.

¹² M. Wendt, Prinzipien der Verlustberücksichtigung, DStJG 28 (2005), 41 (49).

¹³ Ein Überblick über die temporalen Aspekte und eine Auseinandersetzung mit dem Meinungsbild in der Wissenschaft findet sich im Kapitel „Verluste in der Zeit“ bei R. Eckhoff, Verluste im Einkommensteuerrecht, DStJG 28 (2005), 11 (28 ff.).

¹⁴ Aktuell drängt beispielsweise die Frage: Welche Auswirkungen wird die Coronapandemie auf die Ertragslage der deutschen Wirtschaft und damit letztlich auf die nationalen Steuereinnahmen haben? Die Prognosen werden fortlaufend korrigiert und angepasst. Eine genaue Berechnung ist unmöglich.

Unterjährige Verschiebungen der Ertragslage von Unternehmen werden somit in dem Datenpool, welcher der Finanzverwaltung zur Verfügung steht, zeitnah abgebildet. Dies gilt zumindest, solange sich die Verschiebung innerhalb der Gewinnzone bewegen.

Verschieben sich die Unternehmensdaten jedoch von einer Gewinn- in die Verlustzone, erhält das Finanzamt nur den Hinweis, dass Vorauszahlungen „auf null“ gesetzt werden sollen. Bei der Nullfestsetzung bezüglich steuerlicher Vorauszahlungen endet zunächst die unterjährige Erkenntnismöglichkeit. Die Tiefe der Verlustzone, in die sich eine Unternehmung im Laufe eines Veranlagungszeitraums entwickeln kann, erkennt das Finanzamt erst dann, wenn die Jahressteuerklärung eingeht. Dies ist regelmäßig etwa neun bis 15 Monate nach Ablauf eines Veranlagungszeitraums der Fall.¹⁵

Insgesamt fehlt es daher also einerseits an Frühindikatoren, die über die Höhe zu erwartender steuerlicher Verluste frühzeitig verlässliche Auskunft geben, andererseits bewirkt insbesondere die Möglichkeit der intertemporalen Verlustverrechnung zudem auch, dass bereits vereinnahmte und damit auch fiskalisch im Haushalt bereits verplante Steuern als fiskalische Rechengröße wieder entfallen.

Anders als Gewinne sind Verluste für den Staatshaushalt daher einer vorausschauenden Planung in weniger präzisiertem Umfang zugänglich.

2. Das „negative Vorzeichen“ ist grenzenlos!

Steuermindernde Ereignisse können sich im In- oder Ausland verwirklichen. Auslandssachverhalte bedürfen einer besonderen Betrachtung. *Heintzen* hat einen wesentlichen Punkt folgendermaßen zusammengefasst:

„Verluste sind nicht nur ökonomische Fakten, sondern auch juristische Konstrukte, die in einer bestimmten Rechtsordnung fußen. Bei Auslandssachverhalten entsteht eine Divergenz zwischen der Rechtsordnung, die für die Verlustentstehung und der Rechtsordnung, die für die Verlustberücksichtigung

¹⁵ Wegen der pandemischen Herausforderungen für Unternehmen und Berater wurde für das Steuerjahr 2020 eine zusätzliche Fristverlängerung für die Abgabe der Steuererklärung eingeräumt. Konkrete Daten zu den steuerlichen Unternehmensverlusten während des Pandemiejahres 2020 werden daher erst in einigen Monaten vorliegen.

maßgebend ist. (...) Gleichbehandlung kann vom Gesetzgeber uneingeschränkt nur verlangt werden, wenn die Vergleichsgrößen seiner uneingeschränkten Regelungshoheit unterliegen.¹⁶

Auf internationaler Ebene hält insbesondere die Diskussion über das Thema „finale Verluste“ an. Verkürzt zusammengefasst geht es hier um die Frage: Muss ein europäischer Mitgliedstaat, der zunächst kein Besteuerungsrecht an Unternehmensgewinnen hatte, die in einem anderen Mitgliedstaat erzielt wurden, dennoch die Verluste aus diesem Geschäftsbereich national berücksichtigen, wenn die ausländische Unternehmung final scheitert, sodass im ausländischen Staat die Verlustberücksichtigung nicht mehr möglich ist. Der EuGH hat in etlichen Urteilen versucht, dieses Thema ganzheitlich für den europäischen Binnenmarkt in den Blick zu nehmen und eine europäische Herangehensweise zu etablieren.¹⁷ Nachdem er zunächst eine Mitverantwortung des Ansässigkeitsstaates der Muttergesellschaft festgeschrieben hatte, relativierte er seine Rechtsprechung in der Folgezeit wieder.¹⁸ Wann und wie es hier zu einer finalen Entscheidung kommt, ist noch nicht absehbar.¹⁹

Die europäischen Mitgliedstaaten stehen dem Thema „finale Verluste“ bekanntermaßen skeptisch gegenüber. Dies ist auf mehrere Umstände zurückzuführen, fußt aber vor allem auch in dem Umstand, dass das negative Vorzeichen – wie unter „These 1“ ausgeführt – schwer planbar ist. Die Berücksichtigung von Auslandsverlusten begegnet erheblichen fiskalischen Kalkulationsunsicherheiten. Gegenüber der rein nationalen Betrachtung nehmen diese Planungsunsicherheiten im internationalen Kontext noch erheblich zu.²⁰

¹⁶ M. Heintzen, Die unterschiedliche Behandlung von Gewinnen und Verlusten, DStJG 28 (2005), 163 (183).

¹⁷ EuGH v. 13.12.2005 – C-446/03, Slg. 2005, I – 10837 „Marks & Spencer“.

¹⁸ EuGH v. 23.10.2008 – C 157/07, Slg. 2008, I – 08061 „Krankenheim Ruhesitz am Wannensee“; EuGH v. 7.7.2014 – C 48/13, „Nordea Bank Danmark“; EuGH v. 17.12.2015 – C-388/14, ECLI:EU:C:2015:829 „Timac Agro“; EUGH v. 12.6.2018 – C-650/16, ECLI:EU:C:2018:424 „Bevola“.

¹⁹ Zum Ganzen: A. Musil/H. Weber-Grellet, Europäisches Steuerrecht, AEUV, 2019, Art. 49 Rn. 160, 166 ff.

²⁰ Dies gilt sowohl für den Fiskus, als auch Steuerpflichtige und deren Berater, vgl. T. Rödder, FS 100 Jahre BFH, 2018, S. 1099.

Im Wege eines Ausblicks lohnt es sich hier auch den Blick in die Zukunft des Steuerrechts zu richten. Die Globalisierung der Weltwirtschaft ist unaufhaltsam und nimmt stetig zu. Auch die Globalisierung des Steuerrechts hat begonnen. Im Rahmen des sog. Inclusive Framework on BEPS arbeiten derzeit 139 Staaten unter dem Dach der OECD an einem sog. „Zwei-Säulen-Projekt“, das zuweilen als neue „Weltsteuerordnung“ bezeichnet wird.²¹ Herzstück der internationalen Steuerpolitik ist aus deutscher Sicht die Vereinbarung einer globalen effektiven Mindestbesteuerung. Für dieses Konzept spielt die Berücksichtigung von Verlusten im internationalen Kontext eine ganz entscheidende Rolle.

Die „Internationalisierung“ von Geschäftsvorfällen mit negativem Vorzeichen hat also gerade erst begonnen und wird auf europäischer und globaler Ebene ein wichtiges Thema der kommenden Jahre darstellen. Der restriktive Umgang mit dem Thema in der Vergangenheit lässt sich vor allem mit der Unabgestimmtheit der nationalen Steuersysteme erklären.²²

3. Das „negative Vorzeichen“ kann Positives bewirken!

Normen des Steuerrechts können Lenkungs- und Anreizwirkung haben. Mit anderen Worten können sie „sozialpolitisch, wirtschaftspolitisch, kulturpolitisch, gesundheitspolitisch, berufspolitisch etc. folglich nicht oder nicht überwiegend fiskalisch motiviert sein.“²³ Lenkungs- und Anreizwirkung manifestiert sich insbesondere dort, wo Investitionen eine steuerliche Privilegierung erfahren.²⁴ Die Förderung von Investitionen durch steuerliche Maßnahmen ist ein staatliches Mittel, um positive Ziele des Gemeinwohles und des gesamtstaatlichen Interesses zu fördern. Lenkungswirkung entfaltet das negative Vorzeichen vor allem dort, wo Steuervergünstigun-

²¹ Zum aktuellen Stand der erzielten Einigung und der weiteren Verhandlungen: *M. Kreienbaum*, G20 und Inclusive Framework on BEPS einigen sich auf Digitalbesteuerung und auf globale effektive Mindestbesteuerung, *ISr* 2021, 525 ff.; *D. Fehling/K. Koch*, Einigung beim Zwei-Säulen-Projekt – die Reform der internationalen Unternehmensbesteuerung, *ISr* 2021, 561 ff.

²² *J. Hey*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, 24. Aufl. 2021, § 13 Rn. 153; *M. Kreienbaum*, FS 100 Jahre BFH, 2018, S. 949 ff.; *C. Kaeser*, FS 100 Jahre BFH, 2018, S. 969 ff.

²³ *J. Hey*, in: *Tipke/Lang, Steuerrecht*, 24. Aufl. 2021, § 3 Rn. 21.

²⁴ Aktuelles Beispiel: Die Diskussion einer „Klima-AfA“ – also die steuerliche Begünstigung von Aufwendungen, welche insgesamt die Erreichung ökologischer Ziele fördert.

gen durch Reduzierung der Bemessungsgrundlage zu einer endgültigen oder temporären Entlastung führen.²⁵ Die Rechtfertigung solcher Vergünstigungen gelingt mit dem Hinweis auf ein Gemeinwohlinteresse.²⁶

III. Negativzinsen im deutschen Steuerrecht – eine Frage der Einordnung des Vorzeichens

1. Negative Einnahmen

In Summe verbindet der Steuerrechtsexperte den Begriff des „negativen Vorzeichens“ gedanklich schnell mit den Begriffen „Verlusten, Werbungskosten, und Aufwendungen“. Dies könnte derweil in einigen Fällen zu kurz gesprungen sein, denn in der Rechtsprechung des BFH finden sich auch Hinweise auf die Existenz sog. „negativer Einnahmen“. Ob und inwieweit es „negative Einnahmen“ gibt, ist in der Literatur umstritten²⁷ und von der deutschen Rechtsprechung noch nicht klar entschieden.

2. Negativzinsen und ihre steuerliche Behandlung

In Europa herrscht seit geraumer Zeit eine Niedrigzinspolitik.²⁸ Sie führt dazu, dass Anleger nicht mehr nur keine Zinsen für ihr angelegtes Kapital von der Bank erhalten, sondern sogar Entgelt für ihre Einlagen an die Bank entrichten müssen. Vor diesem Hintergrund ist die Frage aufgetreten, wie solche Entgelte, die häufig als „Strafzinsen“ oder „Negativzinsen“ bezeich-

²⁵ J. Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, § 3 Rn. 21.

²⁶ G. Jochum, Die Steuervergünstigung, 2006, S. 197 ff.; eine kritische Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit das Gemeinwohlinteresse eine Durchbrechung des Gleichheitssatzes und des Leistungsfähigkeitsprinzips ermöglicht, findet sich bei J. Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, § 19 Rn. 75 ff. m.w.N.

²⁷ Eine umfassende Darstellung, sowie eine Auseinandersetzung mit Literatur und Rechtsprechung findet sich bei M. Niermann, Die steuerliche Behandlung negativer Einlagezinsen auf Bankeinlagen, 2018, S. 46 ff.

²⁸ Kritisch und mit einem Appell an Regierung und Parlament, dass der „Negativzins nicht zu einem Dauerzustand werden“ darf: P. Kirchhof, Geld im Sog der Negativzinsen, 2021, S. 9.

net werden, ertragsteuerlich zu beurteilen sind. In der Literatur wird diskutiert, ob Negativzinsen als negative Einnahmen zu qualifizieren sind und in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden können.²⁹

3. Auffassungen in der Literatur

Niermann definiert negative Einnahmen zunächst als

„realisierte Abflüsse von Gütern in Geld oder Geldeswert, durch die der Steuerpflichtige objektiv entreichert wird und die durch die Einkünfteerzielungstätigkeit veranlasst sind. Sie müssen mit der korrespondierenden Einnahme qualitativ wirtschaftlich identisch sein. (...) Negative Einnahmen werden als Einnahmen mit negativen Vorzeichen im Überschussermittlungsschema berücksichtigt und wirken daher als Abzugsposten.“³⁰

Anschließend leitet er ab, dass negative Einlagezinsen diese Kriterien umfassend erfüllen und „insbesondere qualitativ wirtschaftlich identisch mit positiven Einlagezinsen“³¹ sind.

Dem lässt sich jedoch auch eine andere Würdigung entgegenhalten, die beispielsweise *Redert* vertritt. Danach liegt ein

„Einlagegeschäft i.S.d.§ 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG (...) vor, wenn ein Kreditinstitut fremde Gelder als Einlagen annimmt, ohne Rücksicht darauf, ob Zinsen vergütet werden. Zumindest bei Einlagen auf einem Girokonto oder bei sonstigen Sichteinlagen handelt es sich nach h.M. um einen unregelmäßigen Verwahrungsvertrag i.S.d. § 700 BGB. Die unregelmäßige Verwahrung ist ein Typenverschmelzungsvertrag, der Elemente des Darlehens (§§ 488 ff. BGB) und des Verwahrungsvertrags (§§ 688 – 699 BGB) enthält. Bei einem unregelmäßigen Verwahrungsvertrag überwiegt das Interesse des Hinterlegers an

²⁹ Ablehnend: *A. Patzner/O. Joch*, BB 2015, 221 (222); zustimmend: *M. Niermann*, Die steuerliche Behandlung negativer Zinsen auf Bankeinlagen, 2018, S. 46 ff. mit den einleitenden Worten: „Nimmt man die steuerliche Selbstverständlichkeit als gedanklichen Ausgangspunkt, dass Einlagezinsen Einnahmen aus Kapitalvermögen sind, so kommt man durch bloßes Einsetzen des Adjektivs „negativ“ zu der These, negative Einlagezinsen seien negative Einnahmen aus Kapitalvermögen. Selbstverständlich kann eine solche dialektische Sprachübung nicht das Ergebnis einer genauen juristischen Prüfung vorwegnehmen oder auch nur prognostizieren, wohl aber Anlass zu einer solchen sein.“

³⁰ *M. Niermann*, Die steuerliche Behandlung negativer Zinsen auf Bankeinlagen, 2018, S. 110 f; vergleiche auch die Ausführungen von *M. Niermann* hierzu in diesem Band auf S. 38 ff.

³¹ Ebd., S. 128.

einer sicheren Verwahrung des Geldes bei jederzeitiger Verfügbarkeit gegenüber dem Interesse an einer Verzinsung. Wenn die Zinszahlungspflicht nach § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB abbedungen wird und umgekehrt sogar eine Zinslast des Hinterlegers bzw. Kapitalgebers vereinbart wird, kann es sich hierbei nur um ein Entgelt für die Verwahrung handeln.³²

Daneben hat *Anzinger* herausgearbeitet, dass negative Einlagezinsen unter § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 EStG subsumiert werden könnten – jedenfalls im Wege einer Analogie.³³ Denn negative Einlagezinsen kommen wirtschaftlich einem teilweisen Verlust der Kapitalforderung gleich.

4. Auffassung der Finanzverwaltung

Nach der bisherigen Zivil³⁴- und Steuerrechtsprechung stellen „Zinsen im Rechtssinne“ eine „für die Überlassung des Kapitals verlangte gewinnunabhängige und umsatzunabhängige, aber von der Laufzeit bestimmte geldliche Vergütung“ dar.³⁵ Negativzinsen erfüllen dieses Kriterium nicht, weil sie keine Vergütung für die Geldüberlassung, sondern allenfalls eine Gegenleistung für die Verwahrung darstellen.³⁶

Das Bundesministerium der Finanzen bezog 2015 zu der Fragestellung der steuerlichen Behandlung von negativen Einlagezinsen Stellung.³⁷ Negative Einlagezinsen, die daraus entstehen, dass ein Kreditinstitut für die Überlassung von Kapital Geld einbehält, sind nach Auffassung der Finanzverwaltung keine Zinsen im Sinne des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG. Als Begründung

³² Die Finanzverwaltung betrachtet daher zu Recht das Entgelt als eine Art Verwahr- und Einlagegebühr, die bei den Einkünften aus Kapitalvermögen als Werbungskosten vom Sparer-Pauschbetrag gemäß § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG erfasst sind – vgl. *T. Redert*, in: Fuhrmann/Kraeusel/Schiffers (Hrsg.), EStG – eKommentar, Stand: 1.1.2021, § 20 Rn. 414.

³³ *H. Anzinger*, DStR 2016, 1766 (1773); ablehnend unter Hinweis auf eine Subsumtion unter § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG: *M. Niermann*, Die steuerliche Behandlung negativer Zinsen auf Bankeinlagen, 2018, S. 130; *ders.* in diesem Band auf S. 41 ff.

³⁴ LG Leipzig vom 8.7.2012 – AZ 5 O 640/20, BKR 2021, 499 m. Anm. *K.-O. Knops*.

³⁵ BGH v. 16.11.1978 – III ZR 47/77, NJW 1979, 540 (541); BFH v. 13.10.1987 – VIII R 156/84, NJW 1988, 2559; speziell zu § 233a AO vgl. FG München v. 13.8.2018 – 14 V 736/18, NJW-Spezial 2018, 759; zur zivilrechtlichen Problematik der Vertragsqualität von Verbindlichkeiten mit negativen „Zinsen“ jüngst offengelassen: OLG Stuttgart v. 27.3.2019 – 4 U 184/18, BeckRS 2019, 4577.

³⁶ *N. Melan*, DStR 2019, 1319 (1324).

³⁷ BMF v. 27.5.2015, IV C 1 – S 2210/15/10001:002, BStBl. I 2015, 473.

führt das BMF an, dass diese nicht als Gegenleistung des Kapitalnehmers an den Kapitalgeber für die Überlassung von Kapital gezahlt werden. Bei wirtschaftlicher Betrachtung handele es sich vielmehr um eine Art Verwahr- oder Einlagegebühr. Diese ist im Rahmen der Einkommensteuer-Veranlagung bei den Einkünften aus Kapitalvermögen als Werbungskosten vom Sparer-Pauschbetrag gemäß § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG erfasst. Eine Minderung der Einkünfte aus Kapitalvermögen um den genauen Betrag der Negativzinsen kommt daher nicht in Betracht.

IV. Ausblick

Das Thema lädt zur Diskussion und weiteren Vertiefung ein. Es ist sowohl akademisch als auch praktisch von hoher Relevanz. Daher gilt es einerseits die offenen Fragen fundiert zu analysieren und aufbauend auf den rechtlichen Grundlagen der Verfassung und des Europarechts zu einer systematisch zusammenzuführen. Das gewählte Beispiel der Niedrigzinspolitik erlaubt eine Verprobung der oben skizzierten Thesen.

Die Europäische Zentralbank beabsichtigt an der Niedrigzinspolitik vorerst festzuhalten. Ein erstes Urteil des Landgerichts Leipzig hat am 8. Juli 2021 die Erhebung eines „Verwarentgelts in Höhe von 0,7 % ab einer Einlage von 5.000,01 Euro“ für zulässig erachtet.³⁸ Nachdem es zur zivilrechtlichen Einordnung als „Verwarentgelt“ damit ein klares Signal der Judikative gibt, dürften auch die Diskussionen um die steuerlichen Konsequenzen weiter entfachen.

Die akademische Beschäftigung mit dem „negativen Vorzeichen“ ist für die kommende Zeit insgesamt unerlässlich. Eine Vielzahl an Fragen drängt nach Antworten. Dabei sollte die Diskussion vor allem auch immer einen internationalen Blick auf das Thema behalten.

³⁸ LG Leipzig vom 8.7.2021 – AZ 5 O 640/20, BKR 2021, 499 m. Anm. K.-O. Knops.

Die Referenten

Prof. Dr. Dres. h. c. Paul Kirchhof

Seniorprofessor distinctus und Direktor (1981 bis 2013) des Instituts für Finanz- und Steuerrecht an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D.

Dr. Marcus Niermann

Rechtsanwalt und Steuerberater. Senior Associate bei P+P Pöllath + Partners, Berlin.

Dr. Eva Oertel

Leiterin des Referats für Internationales Steuerrecht und das Internationale Steuerzentrum im Bayerischen Staatsministerium der Finanzen und für Heimat.

Prof. Dr. Robert Ullmann

Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftliche Steuerlehre an der Universität Augsburg.

Bisher in dieser Reihe erschienen:

- HFSt 1 (2015) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Subsidiarität in der Finanzverfassung, ISBN 978-3-86541-783-1
- HFSt 2 (2016) Hanno Kube, Rechtliche Grundlagen und Grenzen der EU-Bankenabgabe, ISBN 978-3-86541-837-1
- HFSt 3 (2016) Ulrich Hufeld/Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Entwicklungslinien der Finanzverfassung, ISBN 978-3-86541-888-3
- HFSt 4 (2016) Paul Kirchhof/Hanno Kube/Reinhard Mußgnug/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit in Forschung und Lehre - 50 Jahre Institut für Finanz- und Steuerrecht, ISBN 978-3-86541-889-0
- HFSt 5 (2016) Johannes Becker/Leonhard Kornwachs/Kamilla Zembala-Börner, Die gemeinsame Europäische Bankenaufsicht als Reformmodell für die verstärkte Zusammenarbeit?, ISBN 978-3-86541-895-1
- HFSt 6 (2017) Hanno Kube/Ekkehart Reimer, Europäisches Finanzrecht: Stand - Methoden - Perspektiven, ISBN 978-3-86541-935-4
- HFSt 7 (2018) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Größenneutralität im Recht der Unternehmensbesteuerung, ISBN 978-3-86541-981-1
- HFSt 8 (2018) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Das Beihilfenrecht als Innovationsmotor des Steuerrechts, ISBN 978-3-86541-982-8
- HFSt 10 (2019) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit 2018/19, ISBN 978-3-96543-001-3
- HFSt 11 (2019) Johannes Klamet, Digitale Wirtschaft und zwischenstaatliche Verteilungsgerechtigkeit, ISBN 978-3-96543-061-7
- HFSt 12 (2019) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Ausnahmen brechen die Regel, ISBN 978-3-96543-080-8
- HFSt 13 (2020) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit 2019/20, ISBN 978-3-96543-099-0
- HFSt 14 (2020) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Alternative Währungen - Herausforderungen des Finanz- und Steuerrechts, ISBN 978-3-96543-170-6
- HFSt 15 (2021) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Geprägte Freiheit 2020/21, ISBN 978-3-96543-185-0
- HFSt 16 (2021) Hanno Kube/Ekkehart Reimer (Hrsg.), Solid Financing of the EU, ISBN 978-3-96543-281-9