

§ 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 verwaltungsintern an das BMF-Schreiben gebunden, welches die Abziehbarkeit ausschließt – wäre eine Sprungklage (§ 45 FGO) wohl verfahrensökonomisch.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 bedauerndswert, 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.