B.
Abzug negativer Einlagezinsen bei Privatanlegern

Im ersten Hauptteil dieser Arbeit wird untersucht, ob Privatanleger negative Einlagezinsen steuermindernd geltend machen können.

Der Begriff des Privatanlegers[149] soll hier steuerlich verstanden werden: Es geht also um solche Kapitalanleger, die ihre Bankeinlage im Privatvermögen halten und die ihre Einkünfte aus der Einlage daher grundsätzlich gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu versteuern[150] haben. Im Gegensatz dazu sind betriebliche Anleger solche, die ihre Bankeinlage in einem Betriebsvermögen halten.[151]

Zunächst werden die grundlegenden gesetzlichen Rahmenbedingungen der steuerlichen Behandlung negativer Einlagezinsen bei Privatanlegern untersucht, wobei insbesondere die einschlägige Einkunftsart sowie die Frage des Werbungskostenabzugs geklärt wird (I.). Sodann wird die Qualifikation negativer Einlagezinsen als negative Einnahmen einer genauen Untersuchung unterzogen (II.). Andere Ansätze zur steuerlichen Einordnung werden unter III. vorgestellt und gewürdigt. Schließlich ist auf die Frage der Einkünfteerzielungsabsicht einzugehen (IV.).

I. Grundlegende gesetzliche Rahmenbedingungen – Einkunftsart und Werbungskostenabzug

Positive wie negative Einkünfte aus Bankeinlagen unterliegen der Steuerbarkeit nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG (1.). Allerdings ist der Abzug negativer Zinsen als Werbungskosten wegen § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 EStG ausgeschlossen (2.). Dieses Werbungskostenabzugsverbot hält den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Grundsatz stand (3.).

1. Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG

Damit eine steuerliche Abziehbarkeit negativer Einlagezinsen in Betracht kommt, muss die Geldeinlage bei Banken ein Steuergegenstand[152] sein, der dem Grunde nach eine Einkommensteuerpflicht auslöst.[153] Daher muss die

149 Synonym wird hier auch der Begriff des Privateinlegers benutzt.

150 Hierzu sogleich I.1.

151 Zur Zuordnung einer Bankeinlage zum Betriebsvermögen näher unter C.I.2.a) bb), S. 166 ff.

152 Zum Steuergegenstand (auch: Steuerobjekt) als Grundvoraussetzung des Tatbestands der Einkommensteuer näher Urban, Einkünfteerzielungsabsicht, S. 51 ff. m w. N.

153 Nach Kirchhof, in: KirchhofKompaktK EStG, § 2 Rz. 7 ff. handelt es sich um den Zustands- sowie Handlungstatbestand. Der hiernach ebenfalls zum Grundtatbestand der Einkommen-

Bankeinlage als erwerbsgerichtete Tätigkeit[154] unter eine der sieben in § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG aufgezählten Einkunftsarten subsumierbar sein.

Einschlägig sind vorliegend Einkünfte aus Kapitalvermögen, § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG: Zwar sind die vorrangigen Tatbestände § 20 Abs. 1 Nr. 5 (Zinsen aus Grundpfandrecht) und Nr. 6 EStG (Erträge aus Lebensversicherungen) nicht erfüllt. § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG allerdings erfasst als Auffangtatbestand[155] alle Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art, die nicht bereits unter einen anderen Tatbestand des § 20 Abs. 1 EStG fallen. Kapitalforderung in diesem Sinne ist jede auf eine Geldleistung gerichtete Forderung ohne Rücksicht auf die Dauer der Kapitalüberlassung oder den Rechtsgrund des Anspruchs.[156]

Schließt ein Bankkunde mit seiner Bank ein Einlagegeschäft ab, erwirbt er eine Kapitalforderung gegen diese auf Rückzahlung des eingelegten Geldbetrages. Bei Termin- und Spareinlagen, die zivilrechtlich als Darlehen zu qualifizieren sind[157], ergibt sich dieser Rückforderungsanspruch aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB. Bei Sichteinlagen, die als unregelmäßige Verwahrungsverträge eingeordnet werden[158], folgt der Rückzahlungsanspruch aus §§ 700 Abs. 1 Satz 1, 488 Abs. 1 Satz 2 BGB. Erzielt der Bankkunde aus dieser Kapitalforderung Erträge, ist der Tatbestand des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG erfüllt. Insbesondere vereinnahmte positive Zinsen auf Sicht-, Termin- oder Spareinlagen sind also nach § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG steuerbar.[159]

Wie alle anderen Einkunftsarten ist auch § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG nur erfüllt, wenn der Steuerpflichtige die sich objektiv als solche darstellende Einkünfteerzielungstätigkeit auch mit Einkünfteerzielungsabsicht vollzieht. Diese Frage ist bei negativen Zinsen problematisch. Sie wird – aus Gründen der Übersichtlichkeit – separat unter IV. behandelt.[160]

---

steuerpflicht zählende Erfolgstatbestand hingegen betrifft nur die Frage, ob dann auch tatsächlich Einkünfte erzielt werden (Steuerpflicht der Höhe nach).

154 So die Terminologie der sog. Stufenbaulehre, die den Tatbestand der Einkommensteuer in Grundtatbestand (Steuersubjekt und Steuerobjekt) sowie Höhentatbestand (Bemessungsgrundlage und Steuersatz) unterteilt, Bayer/Müller, BB 1978, 1, 1 ff.; Urban, Einkünfteerzielungsabsicht, S. 53 f.; dagegen Musil, in: H/H/R, EStG/KStG, § 2 EStG Rz. 17. Auf den Streit um die genaue dogmatische Struktur des Einkommensteuertatbestandes muss hier nicht weiter eingegangen werden.

155 Weber-Grellet, in: Schmidt, EStG, § 20 Rz. 100.

156 BFH v. 09.02.2010 – VIII R 35/07, BFH/NV 2010, 1793 Rz. 22; Weißbrodt/Michalke, DStR 2012, 1533, 1533 ff.

157 Siehe oben A.I., S. 20 f.

158 Siehe oben A.I., S. 20 f.

159 Statt aller Ratschow, in: Blümich, EStG/KStG, § 20 EStG Rz. 315; Buge, in: H/H/R, EStG/KStG, § 20 EStG Rz. 295 „Bankguthaben"; Schlotter/Jansen, Abgeltungsteuer, S. 53.

160 S. 130 ff.

2. Kein Abzug von Werbungskosten, § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 EStG

Gemäß dem objektiven Nettoprinzip[161], das für Überschusseinkünfte wie § 20 EStG in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. § 9 EStG verankert ist, können grundsätzlich alle Aufwendungen, die durch die Erwerbstätigkeit[162] veranlasst[163] sind, steuerlich zum Abzug gebracht werden. Steuerbar ist nur der Überschuss der Einnahmen über die Werbungskosten, § 2 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 EStG.

Nach diesem Grundsatz käme es daher in Betracht, negative Einlagezinsen als Werbungskosten steuerlich zu berücksichtigen. Dies scheitert jedoch – unabhängig von der Frage, ob der Werbungskostenbegriff hier erfüllt wäre – an der Einschränkung des eben beschriebenen objektiven Nettoprinzips im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen: Mit dem UntStRefG 2008[164] hat der Gesetzgeber die Besteuerung von Kapitaleinkünften grundsätzlich neu geregelt und die sogenannte Abgeltungsteuer eingeführt. Kernstück der Neuregelung ist die abgeltende Besteuerung an der Quelle. Hierzu wurde dem Kapitalertragsteuerabzug eine abgeltende Wirkung zugewiesen, § 43 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 EStG. Der Kapitalertragsteuersatz von 25 Prozent (§ 43a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) wurde in § 32d Abs. 1 EStG auch materiellrechtlich festgesetzt. Eine Veranlagung findet im Regelfall[165] nicht mehr statt. Zur Erreichung des mit der abgeltenden Steuer verfolgten Vereinfachungszwecks[166] wurde der Abzug der tatsächlichen Werbungskosten ausgeschlossen, § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 EStG. Die Frage, ob negative Einlagezinsen Werbungskosten darstellen, soll daher an dieser Stelle zunächst dahinstehen[167], da ein steuerlicher Abzug jedenfalls am Werbungskostenabzugsverbot scheitern würde.

Die Finanzverwaltung, die – aufgrund der fehlenden Relevanz allerdings ohne nähere Prüfung – von Werbungskosten ausgeht, nimmt aus eben diesem Grund an, dass negative Einlagezinsen nicht abziehbar sind:

---

161 Zum objektiven Nettoprinzip bspw. Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 8 Rz. 54.

162 Erforderlich ist nicht etwa ein Veranlassungszusammenhang zwischen Einnahmen und Aufwendungen, sondern zwischen der Erwerb*stätigkeit* und den Aufwendungen, Kreft, in: H/H/R, EStG/KStG, § 9 EStG Rz. 116 f.; v. Beckerath, in: KirchhofKompaktK EStG, § 9 Rz. 21.

163 Zur Auslegung des Werbungskostenbegriffs anhand des Veranlassungsprinzips in Anlehnung an § 4 Abs. 4 EStG siehe z. B. BFH v. 20.11.1979 – VI R 25/78, BStBl. II 1980, 75 Rz. 8; Aigner, Wegfall der Einkunftsquelle, S. 83 ff. mit Herleitung und weiteren Nachweisen.

164 Unternehmensteuerreformgesetz v. 14.08.2007, BGBl. I 2007, 1912, BStBl. I 2007, 630.

165 Ausnahmen hiervon regelt § 43 Abs. 5 Satz 2 EStG. Bei einer Veranlagung bleibt es daher insbesondere in den Fällen des § 32d Abs. 2 EStG.

166 Vgl. Weber-Grellet, NJW 2008, 545, 549 sowie derselbe, in: Schmidt, EStG, § 20 Rz. 205: Die Bruttobesteuerung ist „der Preis der Abgeltungsteuer".

167 Siehe zu dieser Frage unten III.1., S. 129 f.

„Behält ein Kreditinstitut negative Einlagezinsen für die Überlassung von Kapital ein, stellen diese negativen Einlagezinsen keine Zinsen i. S. des § 20 Absatz 1 Nummer 7 EStG dar, da sie nicht vom Kapitalnehmer an den Kapitalgeber als Entgelt für die Überlassung von Kapital gezahlt werden. 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.“[168]

3. Verfassungsmäßigkeit des Werbungskostenabzugsverbots

Allerdings ist die Vereinbarkeit des Werbungskostenabzugsverbots mit dem Grundgesetz bis heute sehr umstritten. Von Anfang an, teilweise sogar bereits vor Inkrafttreten des UntStRefG 2008, wurde und wird diese in der Literatur teils vehement in Frage gestellt.[169] Die Kritik entzündet sich im Wesentlichen daran, dass der mit dem Werbungskostenabzugsverbot verbundene harte Eingriff in das objektive Nettoprinzip nicht hinreichend gerechtfertigt sei.[170]

Das objektive Nettoprinzip ist jedenfalls mittelbar[171] durch die aus Art. 3 Abs. 1 GG abzuleitenden Prinzipien der Besteuerung nach der finanziellen Leistungsfähigkeit sowie des Folgerichtigkeitsgebotes verfassungsrechtlich abgesichert. Ausnahmen hiervon sind insbesondere durch typisierende und pauschalisierende Regelungen möglich. Hierbei muss jedoch realitätsgerecht der typische Fall zugrunde gelegt werden.[172]

Insgesamt[173] hält die Regelung des § 20 Abs. 9 Satz 1 EStG nach hiesiger Auffassung diesen Anforderungen stand. Die Typisierung der durchschnittlich anfallenden Werbungskosten gelingt für den überwiegenden Anteil der Steuerpflichtigen bereits durch den Sparerpauschbetrag in Höhe von 801 Euro, da meist keine höheren Werbungskosten anfallen.[174] Für Großinvestoren, bei denen häufiger hohe Werbungskosten, zum Beispiel durch Fremdfinanzierung, anfallen, werden diese wiederum durch den für sie in aller

168 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 Rz. 129a.

169 Beispielhaft Englisch, StuW 2007, 221, 238 f.; Hey, BB 2007, 1303, 1307; Jochum, in: K/S/M, EStG, § 20 Rz. K 48 ff.

170 Statt vieler Wenzel, DStR 2009, 1182, 1183 f.

171 Ob das objektive Nettoprinzip selbst unmittelbar durch die Verfassung geschützt ist, hat das BVerfG bisher offen gelassen, BVerfG v. 06.07.2010 – 2 BvL 13/09, BVerfGE 122, 210 Rz. 40; ausführlich hierzu Bowitz, Das objektive Nettoprinzip, S. 43 ff.

172 Im Ganzen st. Rspr., BVerfG v. 09.12.2008 – 2 BvL 1/07 u. a., BVerfGE 122, 210 Rz. 57, 59, 63 m. w. N. aus der Rspr. des BVerfG.

173 Ob in Sonderkonstellationen Gleichheitsverstöße vorliegen, soll hier nicht näher untersucht werden.

174 Jachmann, DStJG 34 (2011), 251, 259; Musil, FR 2010, 149, 154; zugestehend auch Jochum, in: K/S/M, EStG, § 20 Rz. K 62 mit Daten des Statistischen Bundesamtes.

Regel unter dem Durchschnittssteuersatz liegenden Steuersatz von 25 Prozent typisierend berücksichtigt.[175] Für eine Rechtfertigung spricht zudem der hohe Vereinfachungseffekt durch die abgeltende Wirkung, der letztlich nur durch die fehlende Möglichkeit des Abzugs tatsächlicher Werbungskosten zu erreichen war.[176] Dieser im Grundsatz überzeugenden Sichtweise des Gesetzgebers[177] hat sich inzwischen auch der BFH angeschlossen.[178] Für die Praxis ist die Frage damit vorerst – bis zu einer etwaigen Entscheidung des BVerfG[179] – geklärt.

4. Zusammenfassung zu den grundsätzlichen Rahmenbedingungen

Negative Zinsen fallen im Rahmen einer objektiven Erwerbstätigkeit an, die den Tatbestand von § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG erfüllt. Ein denkbarer Abzug als Werbungskosten bei dieser Einkunftsart scheitert jedoch am Werbungskostenabzugsverbot gemäß § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 EStG, welches im Grundsatz verfassungsgemäß ist.

II. Abzug negativer Zinsen als negative Einnahmen

Naheliegender als der Abzug als Werbungskosten, der wie eben gesehen ausgeschlossen ist, erscheint allerdings eine steuerliche Behandlung negativer Zinsen als negative Einnahmen.[180] Eine Prüfung dieses Gesichtspunktes liegt schon rein sprachlich-intuitiv nahe: Nimmt man die steuerliche Selbstverständlichkeit als gedanklichen Ausgangspunkt, dass Einlagezinsen Einnahmen aus Kapitalvermögen sind[181], so kommt man durch bloßes Einsetzen des Adjektivs „negativ“ zu der These, negative Einlagezinsen seien

175 Jachmann, DStJG 34 (2011), 251, 259; Moritz/Strohm, in: Frotscher/Geurts, EStG, § 20 Rz. 44; Worgulla, Bruttobesteuerung, S. 170 ff. (der im Ergebnis eine Rechtfertigung dennoch ablehnt); a. A. Jochum, in: K/S/M, EStG, § 20 Rz. K 62 f.

176 Jachmann, DStJG 34 (2011), 251, 259; Weber-Grellet, NJW 2008, 545, 549 sowie derselbe, in: Schmidt, EStG, § 20 Rz. 205; Bowitz, Das objektive Nettoprinzip, S. 225. Dies gesteht auch Hey, BB 2007, 1303, 1307, zu („in der Natur der Sache“), die jedoch dennoch keine ausreichende rechtfertigende Wirkung sieht.

177 BT-Drs. 16/4841, 57.

178 BFH v. 01.07.2014 – VIII R 53/12, BStBl. II 2014, 2062 Rz. 11 ff.; BFH v. 02.12.2014 – VIII R 34/13, BStBl. II 2015, 387 Rz. 11 ff.; BFH v. 28.01.2015 – VIII R 13/13, BStBl. II 2015, 393 Rz. 15.

179 Eine bereits eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, BVerfG v. 24.03.2016 – 2 BvR 878/15.

180 So auch Jörg Strötzel, Vorstandsvorsitzender des Lohnsteuerhilfevereins Vereinigte Lohnsteuerhilfe, vgl. „Negativzinsen sind keine Verluste“, handelsblatt.de vom 12.07.2015, http://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern-recht/steuern/steuern-sparen-mit-strafzins-negativzinsen-sind-keine-verluste/12039436-all.html (abgerufen am 16.02.2017).

181 Siehe oben I.1., S. 42 f., insbesondere die Nachweise in Fn. 159.

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. Ein weiterer Impuls für eine solche rechtliche Prüfung ist, dass ein Nichtabzug negativer Zinsen bei gleichzeitiger Steuerbarkeit positiver Zinsen intuitiv ungerecht erscheint.[182] Eine Qualifikation als negative Einnahmen könnte das Abzugsverbot des § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 EStG vermeiden, das nur auf Werbungskosten Anwendung findet.[183]

Die Finanzverwaltung, die sich wie bereits gesehen gegen eine Abzugsfähigkeit negativer Einlagezinsen festgelegt hat, hat eine Einordnung als negative Einnahmen jedenfalls implizit abgelehnt; eine solche Möglichkeit wird in dem Schreiben des BMF schlicht nicht erwähnt.[184] Auch in der Fachliteratur wurde diese Möglichkeit bisher nur sehr vereinzelt geprüft.[185]

Befasst man sich also mit der Frage, ob negative Einlagezinsen tatsächlich negative Einnahmen sind, muss zunächst geklärt werden, ob diese als eigenständiges Rechtsinstitut überhaupt existieren und falls ja, wie genau ihr Tatbestand und ihre Rechtsfolgen aussehen (1.). In einem zweiten Schritt sind negative Einlagezinsen unter den zuvor konturierten Tatbestand der negativen Einnahmen zu subsumieren (2.).

1. Das Rechtsinstitut der negativen Einnahmen

Im Laufe der letzten Jahrzehnte ist das Rechtsinstitut der negativen Einnahmen vor allem in drei Fallgruppen diskutiert und teilweise auch durch die Rechtsprechung angewendet worden: Zunächst bei der Rückzahlung von Einnahmen (a), sodann bei anfallenden Stückzinsen (b) und schließlich beim Verlustanteil des typisch stillen Gesellschafters (c). Alle drei Fallgruppen sollen jeweils zunächst jede für sich dargestellt und bewertet werden, bevor auf die Rechtsgrundlage negativer Einnahmen einzugehen ist (d) und hieraus schließlich ein allgemeingültiges Bild von Tatbestand und Rechtsfolge negativer Einnahmen gefolgert werden kann (e).

a) Fallgruppe 1: Rückzahlung von Einnahmen

Bedeutung hat der Rechtsbegriff der negativen Einnahmen zuerst im Zusammenhang mit der Rückzahlung von früher erhaltenen Einnahmen aus

182 Vgl. nur „Die groteske Steuer-Regel für Negativzinsen", Welt Online vom 08.03.2016, https://www.welt.de/finanzen/article153037030 (abgerufen am 25.01.2017).

183 Vgl. statt aller Kleinmanns, DStR 2009, 2359, 2361.

184 BMF-Schreiben über Einzelfragen zur Abgeltungsteuer, BMF v. 18.01.2016, BStBl. I 2016, 85 Rz. 129a; Wortlaut zitiert unter B.I.2, S. 22 f.

185 Vgl. ablehnend Patzner/Joch, BB 2015, 221, 222; Kubaile/Kuhl, SteuerRevue 2015, 413, 413. Negative Einnahmen bejahend aber der im Vorlauf dieser Dissertation entstandene Aufsatz des Autors Niermann, jM 2016, 426, 427 ff.

erwerbsbezogenen Gründen im Bereich der Überschusseinkünfte erlangt. Beispiele hierfür sind versehentliche Überzahlungen, zum Beispiel des Arbeitslohns für Angestellte oder nachträgliche Korrekturen der Gewinnausschüttungen für Anteilseigner an Kapitalgesellschaften. Praktische Relevanz hatte die Frage dabei zunächst – bis zur Einführung des Werbungskostenabzugsverbots in § 20 Abs. 9 Satz 1 Halbs. 2 EStG – nur insoweit, als der Werbungskostenpauschbetrag gemäß § 9a EStG durch negative Einnahmen nicht verbraucht wird.

Die Entwicklung sowie der derzeitige Diskussionsstand wird zunächst dargestellt[186] (aa) und im Anschluss daran die eigene Auffassung zur Fallgruppe präsentiert (bb).

aa) Bisheriger Stand von Rechtsprechung, Literatur und Verwaltungsauffassung

(1) Frühe Rechtsprechung des RFH

Der RFH vertrat zur Frage der steuerlichen Behandlung von zurückgezahlten Einnahmen zunächst keine eindeutige Haltung. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1933 sprach er lediglich wenig spezifisch davon, dass diese im Jahr der Rückzahlung als „negatives Einkommen" zu berücksichtigen seien.[187] Nach dem damals geltenden EStG 1925[188] handelte es sich bei „Einkommen" jedoch bereits um das Ergebnis der einzelnen damals so bezeichneten „Einkommensarten", § 3 Abs. 1, 2 EStG 1925 (ab 1934: „Einkünfte" und „Einkunftsarten"). Damit blieb also die Frage offen, ob der RFH die Rückzahlungen als negative Einnahmen oder aber als Werbungskosten i. S. v. § 9 EStG ansehen wollte.[189] Wenige Jahre später legte sich derselbe

186 Vgl. zur Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur bis 1987 auch die Darstellung von Wüllenkemper, Rückfluss von Aufwendungen, S. 14 ff.

187 RFH v. 08.11.1933 – VI A 1177/33, RStBl. 1934, 297.

188 Einkommensteuergesetz vom 10.08.1925, RGBl. I 1925, 189.

189 Dies verkannte BFH v. 13.12.1963 – VI 22/61 S, BStBl. III 1964, 184 Rz. 10, mit der Behauptung, das Judikat des RFH sei von negativen Einnahmen ausgegangen; so auch Vangerow, StuW 1964, Sp. 758, 759 ff.; Wüllenkemper, Rückfluss von Aufwendungen, Fn. 31. Generell leidet die wissenschaftliche Debatte um negative Einnahmen daran, dass diese häufig mit negativen Einkünften bzw. negativem Einkommen gleichgestellt oder verwechselt werden (vgl. z. B. Fn. 193). Daher erscheint folgende Klarstellung geboten:
- **Negative Einnahmen** sind Einnahmen i. S. d. § 8 EStG. Sie fließen als negative Zahlenwerte in die Berechnung des Überschusses der Einnahmen über die Werbungskosten ein, können also je nach Höhe der sonstigen Einnahmen und Werbungskosten zu negativen oder positiven Einkünften aus der jeweiligen Einkunftsart führen. Ihre Anerkennung ist umstritten und Thema dieses Kapitels.
- **Negative Einkünfte (= Verluste)** liegen im Bereich der Überschusseinkünfte immer dann vor, wenn die Einnahmen abzüglich der Werbungskosten einen negativen Betrag ergeben. Ihre grundsätzliche Anerkennung ist unumstritten.
- Als **negatives Einkommen** wurden negative Einkünfte vor 1934 angesichts der damaligen

Spruchkörper allerdings ausdrücklich auf die Behandlung als Werbungskosten fest.[190]

(2) Positionierung des BFH auf Grundlage des finalen Werbungskostenbegriffs

Nachdem im Schrifttum Zweifel an der Einordnung als Werbungskosten geäußert worden waren[191], bezog der BFH erstmals im Jahr 1963 klar Stellung und ordnete zurückgezahlte Einnahmen in Abgrenzung zum RFH-Urteil von 1938 als negative Einnahmen ein.[192] Im zugrundeliegenden Sachverhalt hatte ein Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH von dieser einige Jahre zuvor zu hohe Zinsen für ein Darlehen erhalten, die er im Streitjahr an die GmbH zurückgezahlt hatte. Nach der Entscheidung des VI. Senats durfte also der Werbungskostenpauschbetrag gemäß § 9a EStG neben den negativen Einnahmen zusätzlich abgezogen werden. Das Gericht begründete die Entscheidung mit dem finalen Wortlaut von § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG: Man müsse „dem Wortlaut des Gesetzes Gewalt antun", wolle man derlei Rückzahlungen als Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung von Einnahmen ansehen. Diese Rechtsprechungslinie verfolgte der BFH in den folgenden Jahrzehnten zunächst konsequent weiter[193], ohne dies noch näher zu begründen.

In der Literatur blieb die Frage umstritten. Frühe Verfechter eines weit ausgelegten Werbungskostenbegriffs blieben gegenüber der Rechtsfigur der negativen Einnahmen skeptisch und ordneten die Rückzahlungen stattdessen als Werbungskosten ein.[194] Teilweise wurde dabei dennoch der Verbrauch des Werbungskostenpauschbetrages verneint.[195] Andere Autoren, den Werbungskostenbegriff des § 9 EStG entsprechend dem Wortlaut noch final auslegend, schlossen sich dem BFH hingegen an und erkannten in dem Urteil vom 13.12.1963 einen Akt zulässiger richterlicher Rechtsfortbil-

Terminologie („Einkommen" statt „Einkünfte", § 3 EStG 1925) bezeichnet. Heute wird der Terminus, soweit ersichtlich, nicht mehr gebraucht.

190 RFH v. 31.08.1938 – VI 549/38, RStBl. 1938, 980; der Senat bezeichnete dies als „jetzt ständige Rechtsprechung des RFH".

191 Görbing, BB 1961, 92, 92 f.; gegen ihn Judeich, BB 1961, 673, 673 ff.

192 BFH v. 13.12.1963 – VI 22/61 S, BStBl. III 1964, 184 Rz. 11 f.

193 BFH v. 02.04.1974 – VIII R 76/69, BStBl. II 1974, 540 Rz. 11; BFH v. 19.12.1975 – VI R 157/72, BStBl. II 1976, 322 Rz. 9 ff. (Das Urteil spricht in der Begründung fälschlich von „negativen Einkünften"; Leitsatz und Kontext zeigen jedoch, dass negative Einnahmen gemeint sind; ebenso Wüllenkemper, Rückfluss von Aufwendungen, Fn. 38); BFH v. 19.01.1977 – I R 188/74, BStBl. II 1977, 847 Rz. 17; BFH v. 2.11.1977 – I R 92/75, BStBl. II 1978, 102 Rz. 20; BFH v. 06.03.1979 – VIII R 26/78, BStBl. II 1979, 510 Rz. 20; BFH v. 09.07.1987 – IV R 87/85, BStBl. II 1988, 342 Rz. 9; BFH v. 22.06.1990 – VI R 162/86, BFH/NV 1991, 156 Rz. 9, 11.

194 So z. B. Tipke, Steuerrecht, 8. Aufl. 1981, S. 269; Vangerow, StuW 1964, Sp. 757, 758 ff.; Judeich, BB 1961, 673, 674 f.

195 Littmann, Einkommensteuerrecht, 10. Aufl. 1972, § 9 Rz. 21; in diese Richtung auch Vangerow, StuW 1964, Sp. 757, 760.

dung.[196] Auch die Finanzverwaltung folgte der höchstrichterlichen Rechtsauffassung.[197]

(3) Verstärkte Kritik der Literatur und vorsichtige Abwendung des BFH infolge des veranlassungsbezogenen Werbungskostenbegriffs

Die Auffassung des BFH und von Teilen der Literatur, zurückgezahlte Einnahmen seien als negative Einnahmen zu bewerten, basierte maßgeblich auf der wortlautgetreuen, finalen Auslegung des Werbungskostenbegriffs in § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG. Zurückgezahlte Einnahmen konnten hierunter nicht subsumiert werden.[198] Von dieser Auslegung hat sich der BFH allerdings spätestens mit den beiden Beschlüssen des Großen Senats aus den Jahren 1977/78[199] verabschiedet. Hierin machte er unmissverständlich klar, dass Werbungskosten in Anlehnung an den Betriebsausgabenbegriff in § 4 Abs. 4 EStG all jene Aufwendungen sind, die durch die Erwerbstätigkeit veranlasst sind.[200] Bis heute folgt auch die Literatur dieser Auffassung ganz überwiegend.[201]

Nach dieser neuen Definition sind aus erwerbsbezogenen Gründen[202] zurückgezahlte Einnahmen unter den Werbungskostenbegriff subsumierbar.[203] Damit wurde die Grundlage der oben unter (2) beschriebenen BFH-Rechtsprechung brüchig. Dies erkannte in einem Beschluss im Jahre 1987 auch der IX. Senat des BFH[204]: „Indessen fragt sich schon, ob an der Konstruktion negativer Einnahmen festzuhalten ist, nachdem die neuere BFH-Rechtsprechung den Begriff der Werbungskosten durch Betonung des Ver-

196 Kottke, BB 1981, 965, 965 ff.; Stuhldreier, BB 1981, 1947, 1947 f.; wohl auch Giloy, BB 1974, 1527, 1528.

197 Z. B. FinMin Niedersachsen v. 12.03.1986, BB 1986; wortgleich OFD Erfurt v. 19.12.1996, FR 1997, 240.

198 A. A. für bestimmte Fallkonstellationen Wüllenkemper, Rückfluss von Aufwendungen, S. 23 f., z. B. bei Rückzahlung aus Furcht vor dem Verlust des Arbeitsplatzes – „Erhaltung" der Einnahmen.

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

200 Vgl. auch bereits BFH v. 02.03.1962 – VI 79/60 S, BStBl. III 1962, 192 Rz. 28 ff.; noch vom finalen Werbungskostenbegriff ausgehend hingegen BFH v. 11.07.1969 – VI R 265/67, BStBl. II 1969, 650 Rz. 15.

201 Statt vieler Hey, in: Tipke/Lang, Steuerrecht, § 8 Rz. 230 m. w. N.; Söffing, DB 1990, 2086, 2087 f.; näher zur rechtsmethodischen Zulässigkeit v. Bornhaupt, BB 1981, 773, 774 f.; Kreft, in: H/H/R, EStG/KStG, § 9 EStG Rz. 132; zusammenfassend, mit Nachweisen auch zur teilweise weiterhin vertretenen finalen Auffassung Rauch, Nachträgliche Werbungskosten, S. 33 ff.

202 Nicht hingegen solche, die aus privaten Gründen geschehen (§ 12 Nr. 1 EStG); derlei Rückzahlungen stellen allerdings auch nach der zunächst vom BFH vertretenen Auffassung keine negativen Einnahmen dar; vgl. Kreft, in: H/H/R, EStG/KStG, § 9 EStG Rz. 81.

203 v. Bornhaupt, in: K/S/M, EStG, § 9 Rz. B 229.

204 BFH v. 11.08.1987 – IX B 41/86, BFH/NV 1988, 232 Rz. 13.

anlassungsgrundsatzes weitgehend dem der Betriebsausgaben angenähert hat." Das FG Köln bezeichnete die Konstruktion negativer Einnahmen bereits im Jahr 1981 als „Krücke", derer es bei einer konsequenten Anwendung des Veranlassungsprinzips nicht bedürfe.[205]

Während die Literatur den Finger vermehrt in diese offene Wunde der bisherigen BFH-Rechtsprechungslinie legte[206], ließ ab 1993 auch der VIII. Senat eine Weiterverfolgung derselben offen.[207] Der IX. Senat blieb im Anschluss an seinen oben erwähnten Beschluss von 1987 ebenfalls skeptisch und ließ die Frage weiter dahinstehen[208]; der VI. Senat schloss sich dem später an[209].

(4) Aktueller Streitstand

In jüngster Zeit wurde die Behandlung zurückgezahlter Einnahmen als negative Einnahmen vom BFH weiterhin erwähnt, jedoch nicht mehr im Rahmen der tragenden Urteilsgründe angewandt. Der VI. Senat nutzte in diesem Zusammenhang seit 2009 erstmals die Denkfigur des actus contrarius.[210] Negative Einnahmen sollten demnach nur dann vorliegen können, wenn die Rückzahlung einen actus contrarius zur ursprünglichen Lohnzahlung darstelle.[211] Dieses Merkmal wurde vom VI. Senat in den zitierten Urteilen indes nicht als Abgrenzungsmerkmal negativer Einnahmen zu Werbungskosten genutzt, sondern als konkretisierendes Merkmal des Veranlassungszusammenhangs, der sowohl bei Werbungskosten als auch bei negativen Einnahmen vorliegen muss.[212] Die dogmatische Frage der Berücksichtigung als negative Einnahmen oder als Werbungskosten blieb damit weiter offen.

205 FG Köln v. 22.07.1981 – I (XIII) 327/78 E, EFG 1982, 184 Rz. 18. Primär ging es in dem Urteil um die Existenz der Kategorie der „negativen Werbungskosten", der Senat bezog seine grundlegende Kritik hieran aber ausdrücklich auch auf das spiegelbildliche Rechtsinstitut der negativen Einnahmen.

206 Bspw. Wüllenkemper, Rückfluss von Aufwendungen, S. 23 ff.

207 BFH v. 03.08.1993 – VIII R 82/91, BStBl. II 1994, 561 Rz. 19; BFH v. 10.10.1995 – VIII R 82/91, BFH/NV 1996, 304 Rz. 18.

208 BFH v. 26.01.2000 – IX R 87/95, BStBl. II 2000, 396 Rz. 15.

209 BFH v. 04.05.2006 – VI R 33/03, BStBl. II 2006, 911 Rz. 14; BFH v. 17.09.2009 – VI R 17/08, BStBl. II 2010, 299 Rz. 10.

210 Erstmals BFH v. 07.05.2009 – VI R 37/08, BStBl. II 2010, 135 Rz. 13, weitergeführt in BFH v. 17.09.2009 – VI R 17/08, BStBl. II 2010, 299 Rz. 15; BFH v. 12.11.2009 – VI R 20/07, BStBl. II 2010, 845 Rz. 17; BFH v. 10.08.2010 – VI R 1/08, BStBl. II 2010, 1074 Rz. 14.

211 Hierzu auch Kreft, in: H/H/R, EStG/KStG, § 9 EStG Rz. 81; Hermanns/Sendke, FR 2014, 550, 552.

212 Bspw. BFH v. BFH v. 07.05.2009 – VI R 37/08, BStBl. II 2010, 135 Rz. 13: „Denn nur dann setzt sich der Veranlassungszusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis bei den zurückgezahlten Beträgen fort." Zum Erfordernis des Veranlassungszusammenhangs bei negativen Einnahmen Kreft, in: H/H/R, EStG/KStG, § 9 EStG Rz. 81.