

# Urteil vom 17. November 2020, VIII R 20/18

## Steuerbarkeit des insolvenzbedingten Untergangs von Aktien

ECLI:DE:BFH:2020:U.171120.VIIIR20.18.0

BFH VIII. Senat

AktG § 262 Abs 1 Nr 3, AktG § 264 Abs 1, FamFG § 394 Abs 1 S 2, EStG § 17 Abs 4, EStG § 20 Abs 2 S 1 Nr 1, EStG § 20 Abs 2 S 2, EStG § 20 Abs 4, GG Art 3 Abs 1, EStG § 20 Abs 2 S 1 Nr 7, EStG VZ 2013

vorgehend FG München, 12. March 2018, Az: 9 K 644/18

## Leitsätze

1. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 2 EStG enthalten eine planwidrige Regelungslücke, soweit die dort enthaltenen Realisationstatbestände den Entzug von Aktien aufgrund der Auflösung und Abwicklung einer inländischen AG durch ein Insolvenzverfahren mit anschließender Löschung im Register nicht unmittelbar erfassen. Die planwidrige Regelungslücke ist durch eine entsprechende Anwendung des Veräußerungstatbestands gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG zu schließen.
2. Von einer "Veräußerung" der Aktien ist danach auszugehen, wenn die AG bei Vermögenslosigkeit gemäß § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG im Register gelöscht wird und das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs erlischt. Bei einer (früheren) Ausbuchung der Aktien aus dem Depot des Steuerpflichtigen durch die Depotbank wird der Tatbestand schon zu diesem Zeitpunkt verwirklicht.
3. Der Veräußerungstatbestand ist noch nicht verwirklicht, wenn der Aktionär schon vor der Löschung der AG mit einer Auskehrung von Vermögen im Rahmen der Schlussverteilung des Vermögens der AG objektiv nicht mehr rechnen kann oder die Notierung der Aktien an der Börse eingestellt oder deren Börsenzulassung widerrufen wird.

## Tenor

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Finanzgerichts München vom 13.03.2018 - 9 K 644/18 wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens hat der Kläger zu tragen.

## Tatbestand

- I.
- 1 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) hatte am ... 2009 10 000 Aktien der N-AG mit Sitz in X zu 0,94 € je Aktie erworben. Die Aktien wurden in einem Depot des Klägers bei einer österreichischen Bank verwahrt.
- 2 Über das Vermögen der N-AG wurde mit Beschluss des Amtsgerichts X vom ... 2012 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die N-AG wurde dadurch aufgelöst (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 des Aktiengesetzes --AktG--) und im Rahmen des Insolvenzverfahrens (§ 264 Abs. 1 AktG) abgewickelt. Die Aktien der N-AG wurden zum 31.12.2013 noch mit einem Kurswert von 0,029 € je Aktie im Depot des Klägers ausgewiesen.
- 3 Der für das Streitjahr 2013 einzeln veranlagte Kläger gab in der Einkommensteuererklärung keine Einkünfte aus Kapitalvermögen an. Er wurde im bestandskräftig gewordenen Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr vom 13.02.2015 entsprechend veranlagt.
- 4 Auf Anfrage des Beklagten und Revisionsbeklagten (Finanzamt --FA--) nach Eingang einer Kontrollmitteilung gab

der Kläger neben nicht erklärten Gewinnen aus Aktienveräußerungen an, er habe aufgrund der Insolvenz der N-AG im Streitjahr einen Verlust in Höhe von 9.400 € erlitten. Dieser Verlust sei mit den nacherklärten Aktienveräußerungsgewinnen zu verrechnen.

- 5 In dem unter dem 29.03.2016 erlassenen und gemäß § 173 Abs. 1 Nr. 1 der Abgabenordnung (AO) ergangenen Einkommensteueränderungsbescheid für das Streitjahr berücksichtigte das FA Gewinne aus der Veräußerung von Aktien gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes in der im Streitjahr anzuwendenden Fassung (EStG) als Einkünfte des Klägers aus Kapitalvermögen in Höhe von 23.022 €, die dem gesonderten Tarif gemäß § 32d Abs. 1 EStG unterlagen und von denen der Sparer-Pauschbetrag nicht abgezogen worden war. Den geltend gemachten Aktienveräußerungsverlust in Höhe von 9.400 € berücksichtigte das FA nicht.
- 6 Der Kläger erhob Einspruch. Er begehrte, den Verlust aus dem Wertverfall der Aktien an der N-AG in Höhe von 9.400 € mit den nacherklärten Aktienveräußerungsgewinnen zu verrechnen. Das FA wies den Einspruch als unbegründet zurück.
- 7 Während des sich anschließenden finanzgerichtlichen Klageverfahrens erging am 09.02.2018 für das Streitjahr ein zu Gunsten des Klägers geänderter Einkommensteuerbescheid. Hierin berücksichtigte das FA den Sparer-Pauschbetrag in Höhe von 801 €. Die Einkünfte aus Kapitalvermögen betragen danach 22.221 €. Da der Kläger nach richterlichem Hinweis einen Antrag auf Günstigerprüfung gemäß § 32d Abs. 6 EStG gestellt hatte, rechnete das FA die Einkünfte aus Kapitalvermögen in dieser Höhe den regelbesteuerten Einkünften des Klägers zu. Die vom Kläger begehrte Verrechnung des Aktienveräußerungsverlusts nahm das FA weiterhin nicht vor.
- 8 Das Finanzgericht (FG) wies die Klage ab. Der vom Kläger geltend gemachte Aktienveräußerungsverlust sei weder in Höhe des bis zum 31.12.2013 eingetretenen Wertverlusts der Aktien noch als Totalverlust (9.400 €) gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 EStG steuerbar. Die Entscheidung des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2018, 1705 veröffentlicht.
- 9 Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Er rügt die Verletzung materiellen Bundesrechts und das Vorliegen eines Verfahrensfehlers des FG.
- 10 Das FG habe verkannt, dass ihm schon im Streitjahr ein gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG steuerbarer Aktienveräußerungsverlust entstanden sei. Mit der Insolvenzeröffnung über das Vermögen der N-AG im Jahr 2012 habe er die Aktien nicht mehr handeln und veräußern können. Dieser Rechtsverlust sei wie ein Rechteübergang gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG zu behandeln, da er in der Insolvenz die Verfügungsmacht über die Aktien verloren habe.
- 11 Zudem rügt der Kläger als Verfahrensmangel, das FG habe durch Anfragen beim Insolvenzgericht Köln, bei der Börse Frankfurt und bei der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) ermitteln müssen, wer, wann und aufgrund welcher ggf. hoheitlichen Vorschriften eine Handelssperre mit den Aktien der N-AG ausgelöst und dadurch veranlasst habe, dass die Clearingstellen den Handel mit den Aktien der N-AG durch Abschaltung der notwendigen IT-Einrichtungen eingestellt hätten.
- 12 Der Kläger beantragt, das Urteil des FG München vom 13.03.2018 - 9 K 644/18 aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid vom 09.02.2018 insoweit zu ändern, dass der Wertverlust der Aktien in Höhe von 9.400 € im Streitjahr mit den Aktienveräußerungsgewinnen verrechnet wird.
- 13 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

## Entscheidungsgründe

II.

- 14 Die Revision des Klägers ist unbegründet und gemäß § 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen.
- 15 Das FG hat zu Recht entschieden, dass der Kläger die Aktienveräußerungsgewinne des Streitjahrs nicht mit einem Aktienveräußerungsverlust gemäß § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG verrechnen kann, weil er im Streitjahr keinen solchen

Verlust realisiert hat (s. unter II.1. bis 5.). Den geltend gemachten Verfahrensfehler des FG legt der Kläger nicht ordnungsgemäß dar (s. unter II.6.).

- 16** 1. Der Kursverfall des Aktienbestands des Klägers an der N-AG bis zum Ende des Streitjahrs bewirkt keine Realisation eines steuerbaren Verlusts bei den Einkünften aus Kapitalvermögen gemäß § 20 Abs. 2 Sätze 1 und 2 EStG, da er weder unter den Veräußerungstatbestand des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG noch unter einen der Ersatztatbestände gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG fällt (vgl. zu ausländischen Aktien Senatsurteil vom 29.09.2020 - VIII R 9/17, BFHE 271, 114).
- 17** 2. Dem FG ist auch darin zu folgen, dass grundsätzlich erst das insolvenzbedingte Erlöschen des Mitgliedschaftsrechts des Klägers als Aktionär bei Vollbeendigung der AG zu einem steuerbaren Verlust führen kann. Der Veräußerungstatbestand in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG ist in diesem Fall entsprechend anzuwenden. Gleiches gilt für eine Ausbuchung von Aktien aus dem Depot des Klägers vor diesem Zeitpunkt. Der Kläger hat auf dieser Grundlage im Streitjahr aber noch keinen Aktienveräußerungsverlust gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1 sowie Abs. 6 Satz 5 EStG erzielt, da weder sein Mitgliedschaftsrecht an der N-AG erloschen ist noch die Aktien aus seinem Depot ausgebucht wurden.
- 18** a) § 20 EStG enthält keinen § 17 Abs. 4 Satz 1 EStG entsprechenden speziellen Tatbestand, der im Fall der Auflösung einer Aktiengesellschaft gemäß § 262 AktG eine Veräußerung der Aktien fingiert. Auch der in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG geregelte (allgemeine) Veräußerungstatbestand und der hier allein in Betracht kommende Ersatztatbestand der Einlösung gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG erfassen das zivilrechtliche Erlöschen des Mitgliedschaftsrechts des Aktionärs aufgrund der Auflösung, Abwicklung, Beendigung und Löschung einer insolventen AG nicht unmittelbar.
- 19** aa) Eine "Veräußerung" ist die entgeltliche Übertragung des --zumindest wirtschaftlichen-- Eigentums an den Aktien auf einen Dritten (Senatsurteil vom 03.12.2019 - VIII R 34/16, BFHE 267, 232, BStBl II 2020, 836, Rz 22). Eine entgeltliche Anteilsübertragung in diesem Sinne liegt auch vor, wenn zwischen fremden Dritten wertlose Anteile ohne Gegenleistung oder gegen einen lediglich symbolischen Kaufpreis (Senatsurteil vom 12.06.2018 - VIII R 32/16, BFHE 262, 74, BStBl II 2019, 221, Rz 13) übertragen werden. Zu dem bei einer Veräußerung erforderlichen Rechtsträgerwechsel der Aktien auf einen Dritten oder die N-AG kommt es nach den gesellschaftsrechtlichen Vorgaben im Zuge der insolvenzbedingten Auflösung einer inländischen AG (§ 262 Abs. 1 Nr. 3 AktG), deren Abwicklung durch das Insolvenzverfahren (§ 264 Abs. 1 AktG) und anschließenden Vollbeendigung samt Löschung im Register (vgl. § 394 Abs. 1 Satz 2 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit --FamFG--) zu keinem Zeitpunkt.
- 20** bb) Auch eine Einlösung gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG wird im Zuge der Auflösung und Abwicklung der AG durch ein Insolvenzverfahren sowie deren Löschung gemäß § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG nicht verwirklicht. Die Einlösung ist keine Kategorie des Gesellschaftsrechts. Der "Entzug" von Aktien und die Erfüllung darin verbriefteter Forderungen erfolgt im Rahmen der besonderen aktienrechtlichen Verfahren zur Einziehung, Kapitalherabsetzung und Liquidation (vgl. Senatsurteil in BFHE 267, 232, BStBl II 2020, 836, Rz 24) oder wie im Streitfall durch die Abwicklung der AG im Insolvenzverfahren (§ 264 Abs. 1 AktG).
- 21** b) § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 2 Satz 2 EStG enthalten aber eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke, soweit das Gesetz für den Untergang des Mitgliedschaftsrechts des Aktionärs aufgrund einer insolvenzbedingten Löschung der AG keinen Realisationstatbestand vorsieht.
- 22** aa) Eine für eine Analogie erforderliche, erkennbar planwidrige Regelungslücke liegt nur vor, wenn das Gesetz, gemessen an seiner eigenen Absicht und der ihm immanenten Teleologie, unvollständig und somit ergänzungsbedürftig ist und seine Ergänzung nicht einer gesetzlich gewollten Beschränkung auf bestimmte Tatbestände widerspricht. Hiervon zu unterscheiden ist der sog. rechtspolitische Fehler, der gegeben ist, wenn sich eine gesetzliche Regelung zwar als rechtspolitisch verbesserungsbedürftig, aber doch nicht --gemessen an der dem Gesetz immanenten Teleologie-- als planwidrig unvollständig und ergänzungsbedürftig erweist. Ob es sich um eine ausfüllungsbedürftige Regelungslücke oder lediglich um einen sog. rechtspolitischen Fehler handelt, ist unter Heranziehung des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes --GG--) zu ermitteln, wobei für den danach erforderlichen Vergleich auf die Wertungen des Gesetzes, insbesondere auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes, zurückzugreifen ist (Senatsurteil in BFHE 267, 232, BStBl II 2020, 836, Rz 27, m.w.N.).
- 23** bb) Eine solche Regelungslücke liegt hier vor, da der Gesetzgeber bei Aktien, die nach dem 31.12.2008 angeschafft worden sind, in den Veranlagungszeiträumen ab 2009 alle positiven und negativen Wertveränderungen der

Besteuerung unterwerfen will, dies im Fall des insolvenzbedingten Untergangs des Mitgliedschaftsrechts des Aktionärs jedoch nicht geschieht.

- 24** Zur Besteuerung aller Wertveränderungen hat der Gesetzgeber in § 20 Abs. 2 Satz 1 EStG den Grundtatbestand der Veräußerung und in § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG die sog. Ersatztatbestände der Abtretung, Rückzahlung, Einlösung und verdeckten Einlage, als der Veräußerung gleichgestellte Tatbestände, geschaffen. Werden Aktien gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG veräußert oder gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 EStG veräußerungsgleich übertragen, ist gemäß § 20 Abs. 4 EStG ein Gewinn oder Verlust zu ermitteln, indem das erhaltene Entgelt bzw. der gemeine Wert den Anschaffungskosten gegenübergestellt wird. Dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit Aktien bei Verwirklichung eines Realisationstatbestands auch von der Möglichkeit der Verlustentstehung ausgegangen ist, folgt unmittelbar aus § 20 Abs. 6 Satz 5 EStG, nach dem Aktienveräußerungsverluste einer besonderen Verlustverrechnungsbeschränkung unterliegen (Senatsurteil in BFHE 267, 232, BStBl II 2020, 836, Rz 29; BTDrucks 16/4841, S. 56).
- 25** Zeichnet sich die Liquidation oder Insolvenz einer AG ab, kann der Steuerpflichtige unstreitig steuerbare Aktienveräußerungsverluste erzielen, indem er seine Aktien gegen ein geringes (nicht zwingend kostendeckendes) Entgelt oder bei objektiver Wertlosigkeit auch ohne Entgelt auf einen Dritten überträgt (Senatsurteile in BFHE 262, 74, BStBl II 2019, 221; in BFHE 267, 232, BStBl II 2020, 836, Rz 32, und vom 29.09.2020 - VIII R 9/17). Die Leistungsfähigkeitsminderung des Anteilseigners, die eintritt, wenn ihm seine Aktie aufgrund des Erlöschens einer AG in der Insolvenz (ggf. entschädigungslos) entzogen wird, ist mit der Leistungsfähigkeitsminderung vergleichbar, die der Anteilseigner erleidet, wenn er seine Aktie während eines Insolvenzverfahrens vor der Löschung der AG veräußert.
- 26** Nach den Vorgaben des Leistungsfähigkeits- und des Folgerichtigkeitsprinzips sind Steuerpflichtige bei gleicher Leistungsfähigkeit nach den Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG jedoch gleich hoch zu besteuern (Senatsurteil in BFHE 267, 232, BStBl II 2020, 836, Rz 34), denn es kann nicht darauf ankommen, ob der Aktionär noch rechtzeitig einen Abnehmer für seine notleidende Beteiligung finden kann. Der abweichenden Auffassung des Bundesministeriums der Finanzen (BMF), die Steuerbarkeit von Aktienveräußerungsverlusten hänge jeweils davon ab, ob der Veräußerungstatbestand (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG) oder ein veräußerungsähnlicher Tatbestand (§ 20 Abs. 2 Satz 2 EStG) unmittelbar verwirklicht seien, was beim Untergang des Mitgliedschaftsrechts des Aktionärs aufgrund einer Insolvenz der AG nicht der Fall sei (BMF-Schreiben vom 18.01.2016 - IV C 1-S 2252/08/10004, BStBl I 2016, 85, Rz 63), vermag der Senat daher nicht zu folgen.
- 27** c) Die im Gesetz enthaltene planwidrige Regelungslücke ist durch eine analoge Anwendung des Veräußerungstatbestands gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG auf den Untergang von Aktien aufgrund einer insolvenzbedingten Beendigung und Löschung der AG zu schließen. Hierdurch wird der aufgrund der Lückenhaftigkeit des Gesetzes ansonsten drohenden Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG begegnet (vgl. Jachmann-Michel, Die Besteuerung der Kapitaleinkünfte, 2. Aufl., III.5., S. 44 f., m.w.N.).
- 28** d) Bei analoger Anwendung des Veräußerungstatbestands in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG wird der Tatbestand in der Regel verwirklicht, wenn das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs infolge der Vollbeendigung der AG erlischt. Erst dieser endgültige Rechtsverlust ist demjenigen vergleichbar, den der Aktionär bei einer Übertragung der Aktie auf einen Dritten im Zuge einer Veräußerung erleidet. Das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs erlischt jedoch erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, wenn die AG vermögenslos ist, gemäß § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG im Register gelöscht wird und hierdurch als juristische Person erlischt (vgl. zur konstitutiven Wirkung der Löschung für das Erlöschen der AG z.B. Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 14. Aufl., § 262 Rz 4, 23, 23a; MüKoAktG/J. Koch, 4. Aufl., § 262 Rz 90; Füller in: Bürgers/Körber, Aktiengesetz, 4. Aufl., § 262 Rz 30). Dies entspricht auch der Sichtweise des Senatsurteils in BFHE 267, 232, BStBl II 2020, 836, in dem der Senat bei einer entsprechenden Anwendung des Veräußerungstatbestands gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG auf den Eintritt des Rechtsverlusts des Aktionärs als relevanten Zeitpunkt für die Tatbestandsverwirklichung abgestellt hat (s.a. Senatsurteil vom 29.09.2020 - VIII R 9/17). Das Mitgliedschaftsrecht des Klägers an der N-AG war im Streitjahr indes noch nicht zivilrechtlich erloschen.
- 29** e) Bei entsprechender Anwendung des Veräußerungstatbestands in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG kann der Tatbestand schon vor dem rechtlichen Untergang des Mitgliedschaftsrechts verwirklicht sein, wenn die Aktien aus dem Depot des Steuerpflichtigen ausgebucht werden. Denn der Aktionär verliert hierdurch wie bei einer Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums an seinen Aktien auf einen Dritten endgültig die Verfügungsmacht über die Aktien und trägt die mit den Aktien verbundenen Kursrisiken und -chancen nicht mehr (vgl. zum Übergang

des wirtschaftlichen Eigentums an Aktien Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 15.12.1999 - I R 29/97, BFHE 190, 446, BStBl II 2000, 527, unter B.II.1.b aa). Auch eine Ausbuchung der Aktien der N-AG aus dem Depot des Klägers hat im Streitjahr jedoch noch nicht stattgefunden.

- 30** f) Der Senat sieht sich durch die Einfügung von § 20 Abs. 6 Satz 6 des Einkommensteuergesetzes i.d.F. des Gesetzes zur Einführung einer Pflicht zur Mitteilung grenzüberschreitender Steuergestaltungen vom 21.12.2019 (BGBl I 2019, 2875, 2884) --EStG n.F.-- mit Wirkung ab dem Veranlagungszeitraum 2020 (§ 52 Abs. 28 Satz 24 EStG n.F.) darin bestärkt, § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG auf den Entzug von Aktien als Folge eines Insolvenzverfahrens der AG entsprechend anzuwenden und in diesem Rahmen den Tatbestand als verwirklicht anzusehen, wenn das Mitgliedschaftsrecht des Aktionärs erlischt oder die Aktien zuvor aus dem Depot des Steuerpflichtigen ausgebucht werden. In § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG n.F. hat der Gesetzgeber (u.a.) für Verluste aus Kapitalvermögen aus einem sonstigen Ausfall von Wirtschaftsgütern i.S. des § 20 Abs. 1 EStG und aus der Ausbuchung wertloser Wirtschaftsgüter i.S. des § 20 Abs. 1 EStG Verlustverrechnungsbeschränkungen in das EStG eingefügt. Diese Regelungen setzen die Steuerbarkeit der genannten Vorgänge voraus. Der Gesetzgeber hat im Zusammenhang mit den Neuregelungen jedoch davon abgesehen, § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und Abs. 2 Satz 2 EStG um neue Realisationstatbestände zu erweitern. Er ist demnach davon ausgegangen, dass die im Gesetz vorhandenen Realisationstatbestände auch die in den neuen Verlustverrechnungsbeschränkungen beschriebenen Vorgänge erfassen.
- 31** 3. Es ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht von einer Tatbestandsverwirklichung gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG analog im Streitjahr auszugehen, weil --wie der Kläger behauptet-- schon mit Beginn des Insolvenzverfahrens und erst recht im Streitjahr festgestanden habe, dass mit einer Auskehrung von Vermögen an die Aktionäre der N-AG nicht mehr zu rechnen gewesen sei. Soweit gemäß § 17 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 EStG ein Auflösungsverlust schon zu diesem Zeitpunkt realisiert sein kann, sind diese Grundsätze bei analoger Anwendung des Veräußerungstatbestands gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG nicht sinngemäß heranzuziehen.
- 32** a) Gemäß § 17 Abs. 4 Satz 1 EStG entsteht ein Auflösungsgewinn oder -verlust, wenn der gemeine Wert des dem Steuerpflichtigen zugeteilten oder zurückgezahlten Vermögens einerseits (§ 17 Abs. 4 Satz 2 EStG) und die Liquidations- und Anschaffungskosten des Gesellschafters andererseits (§ 17 Abs. 2 Satz 1 EStG) feststehen. Die Ermittlung des Gewinns oder Verlusts erfordert eine Stichtagsbewertung; maßgebender Zeitpunkt der Gewinn- oder Verlustrealisierung ist derjenige, zu dem auf Basis einer ex ante-Betrachtung bei einer Gewinnermittlung durch Betriebsvermögensvergleich gemäß § 4 Abs. 1, § 5 EStG nach handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung der Gewinn oder Verlust realisiert wäre (BFH-Urteil vom 13.03.2018 - IX R 38/16, BFH/NV 2018, 721, Rz 17 f.).
- 33** b) Bei analoger Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 4 Satz 1 EStG ist keine Stichtagsbewertung nach einer ex ante-Prognose vorzunehmen. Für die Gewinnermittlung gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 4 Satz 1 EStG aufgrund des Erlöschens des Mitgliedschaftsrechts oder der Ausbuchung der Aktien aus dem Depot ist nach dem Zuflussprinzip (§ 11 EStG) auf das tatsächlich zugeteilte und ausgekehrte Vermögen abzustellen (s. zum Gegensatz der Stichtagsbewertung gemäß § 17 Abs. 2 und Abs. 4 EStG zum Zuflussprinzip gemäß § 11 EStG das Senatsurteil vom 02.10.1984 - VIII R 20/84, BFHE 143, 304, BStBl II 1985, 428, unter 1.a).
- 34** c) Hierin liegt kein Widerspruch zu den im Senatsurteil vom 24.10.2017 - VIII R 13/15 (BFHE 259, 535, BStBl II 2020, 831) zur Steuerbarkeit eines sog. Rückzahlungsverlusts gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 EStG aufgestellten Grundsätzen.
- 35** aa) Nach dieser Entscheidung führt der endgültige Ausfall einer privaten Kapitalforderung i.S. des § 20 Abs. 1 Nr. 7 EStG zu einem steuerlich anzuerkennenden Verlust gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 EStG. Dieser Verlust entsteht, wenn endgültig feststeht, dass (über die bereits gezahlten Beträge hinaus) keine (weiteren) Rückzahlungen (mehr) erfolgen werden. Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners reicht hierfür in der Regel noch nicht aus. Etwas anderes gilt, wenn die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist oder aus anderen Gründen feststeht, dass keine Rückzahlung mehr zu erwarten ist (Senatsurteil in BFHE 259, 535, BStBl II 2020, 831, Rz 19).
- 36** bb) Die vorgenannten Grundsätze zur Verwirklichung des Rückzahlungstatbestands gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 EStG bei Ausfall einer privaten sonstigen Kapitalforderung lassen sich auf den Entzug von Aktien durch ein Insolvenzverfahren nicht übertragen. Der Rückzahlungstatbestand gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Satz 1 Nr. 7 EStG wird nach anderen zeitlichen Anknüpfungspunkten als der Veräußerungstatbestand gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG verwirklicht, da für die Tatbestandsverwirklichung eine endgültig ausbleibende Tilgung

(Rückzahlung) der Darlehensforderung und nicht das zivilrechtliche Erlöschen der Forderung maßgeblich ist. Anders ist dies beim Veräußerungstatbestand.

- 37** 4. Schließlich kann die --vom Kläger behauptete-- "Handelssperre" der Aktien der N-AG bei entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Abs. 2 Satz 2 und Abs. 4 EStG nicht zur Verlustentstehung im Streitjahr führen.
- 38** a) Der Kläger hat vor dem FG nicht substantiiert dargelegt, aufgrund welcher Vorgänge und in welchem Zeitraum eine börsliche und außerbörsliche Handelssperre für die Aktien an der N-AG bestanden hat. Das FG hat hierzu keine Feststellungen getroffen, was nicht verfahrensfehlerhaft war (s. unter II.6.). Der Senat kann auf Grundlage der tatsächlichen Feststellungen somit nicht davon ausgehen, dass der Vortrag des Klägers zutrifft, die Aktien der N-AG seien weder börslich noch außerbörslich mehr handelbar gewesen. Dafür, dass die Aktien an der N-AG im Streitjahr noch außerbörslich handelbar waren, spricht, dass sie bis zum Ende des Streitjahrs im Depot des Klägers ausgewiesen wurden.
- 39** b) Selbst wenn im Zuge der Insolvenzeröffnung die Börsennotierung der N-AG eingestellt und danach ggf. auch die Börsenzulassung der N-AG gemäß § 39 Abs. 1 Alternative 2 des Börsengesetzes widerrufen worden sein sollte, wäre bei analoger Anwendung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EStG noch nicht von einer steuerbaren "Veräußerung" der Aktien des Klägers im Streitjahr auszugehen. Weder die Einstellung der börslichen Notierung einer Aktie noch der Widerruf der Zulassung der Aktie einer insolventen Gesellschaft zum Handel im regulierten Markt berühren den Bestand des Mitgliedschaftsrechts (Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 11.07.2012 - 1 BvR 3142/07, 1569/08, Neue Juristische Wochenschrift 2012, 3081; zum Delisting bei ausländischen Aktien auch Senatsurteil vom 29.09.2020 - VIII R 9/17), sondern betreffen nur die Verkehrsfähigkeit der Aktien.
- 40** 5. Da der streitige Aktienveräußerungsverlust im Streitjahr nicht entstanden ist, erübrigen sich Ausführungen zu der Frage, ob der Verlust gemäß § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO schon deshalb nicht hätte berücksichtigt werden können, weil der Kläger diesen in der Steuererklärung grob schuldhaft nicht angegeben hatte.
- 41** 6. Der vom Kläger gerügte Verfahrensmangel liegt nicht vor.
- 42** a) Der Kläger, der sich vor dem FG selbst vertreten hat, hat im Klageverfahren vorgetragen, die Aktien der N-AG seien als ideelle Bruchteile einer oder mehrerer bei der Clearingstelle hinterlegter Globalaktien "von den deutschen Börsen gestrichen" wurden und dadurch sowohl im amtlichen Handel als auch außerbörslich nicht mehr handelbar gewesen, weil die IT-Prozessrechner, welche für die Clearingstellen den Handel mit den sammelverwahrten Aktien der N-AG gehandhabt hätten, abgeschaltet worden seien. Er beantragte anknüpfend an diesen Vortrag vor dem FG eine Beweiserhebung durch Auskunftersuchen des FG beim Insolvenzgericht X, der Börse Frankfurt sowie bei der BaFin. Gegenstand des Auskunftersuchens sollte sein, wer, wann und aufgrund welcher Vorschriften die Handelssperre ausgelöst und dafür gesorgt habe, dass die Aktien des Klägers mit dem letzten Kurswert im Depot stehen geblieben seien.
- 43** b) Dem FG ist kein Verfahrensfehler unterlaufen, indem es den vom Kläger begehrten Auskunftersuchen nicht nachgekommen ist.
- 44** aa) Von den Verfahrensbeteiligten angebotene Beweise muss das FG gemäß § 76 Abs. 1 Satz 1 FGO grundsätzlich erheben, wenn es einen Verfahrensmangel vermeiden will. Allerdings ist das FG nicht verpflichtet, unsubstantiierten Beweisanträgen nachzugehen. In welchem Maß eine solche Substantiierung zu fordern ist, hängt vom Umfang der Mitwirkungspflicht des Beteiligten im Einzelfall bzw. davon ab, wessen Wissens- und Einflussbereich die Tatsachen zuzurechnen sind (BFH-Beschluss vom 29.06.2018 - VII B 189/17, BFH/NV 2018, 1159, Rz 4, m.w.N.; BFH-Urteil vom 17.05.2017 - II R 35/15, BFHE 258, 95, BStBl II 2017, 966, Rz 30). Unsubstantiiert ist ein Beweisantrag, der so unbestimmt ist, dass im Grunde erst die Beweiserhebung selbst die entscheidungserheblichen Tatsachen und Behauptungen aufdecken kann und bei dem es sich deshalb um einen Beweisermittlungs- oder Beweisausforschungsantrag handelt (BFH-Beschlüsse vom 12.03.2014 - XI B 97/13, BFH/NV 2014, 1062, und vom 14.03.2018 - IV B 46/17, BFH/NV 2018, 728, Rz 14). Eine verschärfte Verpflichtung zur konkreten, eingehenderen Beschreibung der tatsächlichen Umstände des Beweisantrags ist als gesteigerte Substantiierungslast dann anzunehmen, wenn eine Person aufgrund Zugriffs zu den hierfür benötigten Informationen konkretere Informationen geben kann (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2018, 728, Rz 15).
- 45** bb) Die Beweisanträge des Klägers waren nach diesem Maßstab unsubstantiiert und damit unzulässig. Der Kläger hat weder konkret dargelegt, ab welchem Zeitpunkt noch an welcher Börse eine Notierung der N-AG ausgesetzt

oder deren Börsenzulassung widerrufen worden sein soll. Er war als Aktionär der N-AG jedoch beweisnäher als das FG und somit verpflichtet, diese Tatsachen darzulegen und anknüpfend daran einen zielgerichteten Beweisantrag zu formulieren. Die Beweisanträge sollten das FG vielmehr im Wege eines unzulässigen "Ausforschungsbeweises" (s. dazu BFH-Beschluss in BFH/NV 2018, 728, Rz 27) dazu bringen, zu ermitteln, ob, wann und in welchem Ausmaß es überhaupt zu einer Börsen- und Handelssperre der Aktien der N-AG und der Abschaltung von für den börslichen wie außerbörslichen Handel mit den Aktien notwendigen IT-Einrichtungen gekommen ist.

**46** 7. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

Quelle: [www.bundesfinanzhof.de](http://www.bundesfinanzhof.de)