

## 6. Kapitel: Ertragsteuerrecht

### A. Hintergrund

Das letzte Kapitel dieser Abhandlung beschäftigt sich mit dem Ertragsteuerrecht.<sup>1</sup> Wie die aufsichtsrechtliche Eigenkapitalunterlegung und die Bilanzierung erscheint dieses Rechtsgebiet wegen seiner vermögensbezogenen Sichtweise auf den ersten Blick für die Anerkennung nicht nur der Werthaltigkeit derivativer Instrumente, sondern auch ihres Bausteineffekts besonders geeignet - stellt es doch im Grundsatz auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen ab. Diese manifestiert sich in der Summe der Vermögenszugänge (Einnahmen) eines bestimmten Zeitabschnitts abzüglich einnahmebedingter Vermögensabgänge (Ab- bzw. Zuschreibungen, Betriebsausgaben, Werbungskosten) oder, anders ausgedrückt,<sup>2</sup> im Reinvermögenszugang zuzüglich des Wertes des persönlichen Verbrauchs, also der nichtabzugsfähigen Vermögensabgänge (Nettoprinzip). Gleichwertige Reinvermögenszugänge sollten, so könnte man denken, gleiche Steuerlasten nach sich ziehen.<sup>3</sup>

In seiner konkreten Ausgestaltung zeigt das Ertragsteuerrecht allerdings eine Reihe von Differenzierungen im Bereich des Vermögenszugangs, die teils aus praktischen, teils aus rechtspolitischen Gründen über den bloßen Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hinausgehen, deren Sinn aber durch den Einsatz derivativer Instrumente vor besondere Rechtfertigungsprobleme gestellt werden könnte. Nach der gelgenden Systematik des Einkommensteuerrechts wird der Reinvermögenszuwachs nicht in seiner Gesamtheit gemessen und besteuert, sondern nur insoweit, wie er am Markt erwirtschaftet wurde. Das entspricht dem Markteinkommensprinzip, das die Rechtsdogmatik des § 2 I EStG bestimmt.<sup>4</sup> Die sieben Einkunftsarten dieser Norm konkretisieren

---

1 Betrachtet werden nur die Einkommen- und Körperschaftsteuer, nicht aber die Gewerbeertragsteuer.

2 Vgl. die im US-amerikanischen Einkommensteuerrecht rezipierte (*Graetz/Schenk*, S. 107) Einkommensdefinition bei *Simons*, S. 50: Einkommen sei die algebraische Summe aus dem Marktwert der ausgeübten Konsumrechte und der Veränderung des Wertes der Vermögensrechte im Besitz des Steuerpflichtigen während des Betrachtungszeitraums.

3 *J. Lang*, in: Tipke/Lang, § 8, Rz. 32: Die „Reinvermögenszugangstheorie“ gelte wohl als der ideale Indikator steuerlicher Leistungsfähigkeit.

4 *J. Lang*, in: Tipke/Lang, § 9, Rz. 52; BVerfG Beschl. 30.9.1998 - 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88, unter B.II.1.: Das geltende Einkommensteuerrecht besteuere „das Einkommen, das unter Nutzung der von der Rechtsgemeinschaft eröffneten Märkte und der staatlichen Rechtsordnung erzielt worden“ sei. Siehe auch BFH 25.10.1994 - VIII R 79/91, BStBl II 1995, 121, zur Frage der Steuerbarkeit von Schadensersatzrenten nach § 22 I Nr.1 EStG, unter II.1.c. (verneinend): Ein Transfer von *Markteinkommen* auf den Bezugsberechtigten finde gerade nicht statt; für den Bereich der Gewinneinkünfte BFH 22.12.1993 - I R 62/93, BStBl II 1994, 352, unter II.2.: Aus § 15 II EStG ergebe sich, „dass als Gewerbebetrieb eine von einem Steuerpflichtigen in der Form des Angebots gewerblicher Leistungen selbständig und nachhaltig entfaltete Tätigkeit zur Erzielung eines *Markteinkommens* zu verstehen“ sei. [Hervorhebungen jeweils durch den *Verf.*.]

das steuerbare Markteinkommen enumerativ und abschließend<sup>5</sup> und setzen übereinstimmend in der Person des Steuerpflichtigen die Absicht der Einkünfteerzielung voraus (Abgrenzung zur Liebhaberei).<sup>6</sup>

Relativ homogen ist das Bild noch bei betrieblichem Einsatz von Derivaten im Rahmen der sog. *Gewinneinkünfte* (§ 2 I Nr. 1-3 EStG), die sich im Großen und Ganzen nach dem in der Handelsbilanz auszuweisenden Gewinn bzw. nach dem Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben bestimmen (§§ 4 I, 5 I; § 4 III EStG). Hier reicht es vorbehaltlich des Verlustausgleichsverbots nach § 15 IV EStG<sup>7</sup> für die steuerrechtliche Erfassung bereits geflossener Zahlungsströme bzw., bei bilanzierenden Betrieben, nichtrealisierter Wertverluste ohne Anschauen der Zahlungsquelle oder der Natur des (positiven oder negativen) Wirtschaftsguts aus, wenn der Vertrag (Primär- oder Sekundärgeschäft) im Rahmen des Geschäftsbetriebs abgeschlossen wird. Bei den nichtbetrieblichen, privaten Einkünften (sog. *Überschusseinkünfte*, § 2 I Nr. 4-7 EStG) kommt es dagegen darauf an, dass sich die Zahlungsströme bzw. die geldwerten Güter (§ 8 II EStG) bestimmten tatbestandlich näher umschriebenen Quellen zuordnen lassen. Die Besteuerungsfolgen können im Einzelfall je nach Einkommensquelle und je nachdem variieren, ob die Einnahmen bzw. Aufwendungen einer einheitlichen oder einer unterschiedlichen Quelle zuzuordnen sind (vgl. die Verlustausgleichsverbote nach §§ 2 III 3; 22 Nr. 3 S. 3; 23 III 6 EStG).

Unrealisierte Wertsteigerungen sind weder im privaten noch im geschäftlichen Bereich zu besteuern. Die Frage der ertragsteuerrechtlichen Anerkennung der *Werthaligkeit* nicht realisierter laufender Positionen in derivativen oder derivateähnlichen Verträgen stellt sich allenfalls dann, wenn das Derivat als solches Gegenstand eines tatbestandlichen Vermögenszuflusses wird.<sup>8</sup> Bei privaten Wirtschaftsgütern unterscheidet man zwischen der steuerbaren „Einkommens“- und der grundsätzlich steuerlich unbeachtlichen „Vermögensphäre“.<sup>9</sup> Selbst *realisierte* Gewinne oder, steuermindernd, Verluste aus Wertveränderungen werden nur unter besonderen Voraussetzungen steuerlich

5 BFH 25.6.1984 - GrS 4/82, BStBl II 1984, 751, unter C.IV.2.c.aa.(1): Bei der Ermittlung des Einkommens für die Einkommensteuer seien nur solche positiven oder negativen Einkünfte anzusetzen, die unter die Einkünfte des § 2 III Nr.1 bis 7 EStG a.F. fielen; ebenso BFH 29.6.1995 - VIII R 68/93, BStBl II 1995, 722, unter II.1.b.aa., zur Anerkennung von Veräußerungsverlusten nach § 17 EStG.

6 BFH 29.6.1995 (Fn. 5), unter II.1.b.aa., zu § 17 EStG: Fehle es bei den positiven oder negativen Einkünften nach § 2 I Nr.1 bis 7 EStG an der Absicht der Einkünfteerzielung, lägen keine steuerbaren Einkünfte vor („Grundaussage des § 2 I EStG über die Steuerbarkeit des Einkommens“); grundlegend BFH 25.6.1984 (Fn. 5), unter C.IV.2.c.aa.(1): Kennzeichnend für die Einkunftsarten des § 2 III Nr.1 bis 7 EStG a.F. [jetzt: § 2 II Nr. 1-7 EStG] sei, „dass die ihnen zugrunde liegenden Tätigkeiten oder Vermögensnutzungen auf eine größere Zahl von Jahren gesehen der Erzielung positiver Einkünfte oder Überschüsse dienten. Vgl. Wendt, FR 1999, 333, 352 Fn. 108, der ankündigt, die praktische Bedeutung der Abgrenzung zur Liebhaberei werde durch die Einbeziehung von Differenzgeschäften in § 23 EStG künftig zunehmen.“

7 Hierzu noch unten D.III., S. 404 ff.

8 Für den nichtbetrieblichen Bereich s.u. C.I.3., S. 359 ff., zu Mitarbeiteroptionen (Stock Options).

9 Z.B. BFH 28.11.1990 - X R 197/87, BStBl II 1991, 300, 304, unter II.1., zu Wertpapieroptionen aus der Sicht des Stillhalters.

berücksichtigt. Für Derivate und derivateähnliche Geschäfte kommt hier, wie noch zu sehen sein wird,<sup>10</sup> dem § 23 EStG entscheidende Bedeutung zu. Spiegelbildlich zur Differenzierung zwischen steuerpflichtigen und steuerfreien Vermögenszugängen unterscheidet das Einkommensteuerrecht zwischen abzugsfähigen und nicht abzugsfähigen Aufwendungen. Die Zuordnung zu einer bestimmten Einkunftsart entscheidet darüber, ob und inwieweit Ausgaben als Werbungskosten bzw. Betriebsausgaben von tatbestandsmäßigen Einnahmen abgezogen werden dürfen (§§ 2 II, 9 I 2 EStG). Sie bestimmt sich bei den *Vermögensabgängen* im Gegensatz zu den *-zugängen* nicht nach der Art der zugrunde liegenden Transaktion, sondern nach der Einkunftsart, durch die sie veranlasst wurden (Kausalität).<sup>11</sup>

Durch den Einsatz von Derivaten werden Vermögenszu- und -abflüsse im Bereich der einzelnen Überschusseinkünfte zum Teil untereinander und gegenüber solchen aus dem nicht steuerrelevanten Bereich wirtschaftlich austauschbar. Eine bestimmte, vom Steuerpflichtigen gewählte Gestaltung könnte auf diese Weise gegenüber einer finanzwirtschaftlich gleichwertigen Position unterschiedliche Besteuerungsfolgen nach sich ziehen. Ob sich diese gegebenenfalls durch ein teleologisches Verständnis der Besteuerungstatbestände korrigieren lassen, hängt einerseits von den rechtsmethodologischen Grenzen der Steuerrechtsfortbildung, andererseits von der inneren Konsistenz der Tatbestandsstruktur der Einkunftsarten ab. Gegebenenfalls ergeben sich hieraus Möglichkeiten der Steuerarbitrage mit Derivaten.<sup>12</sup> Das korrigierende Eingreifen des Gesetzgebers zur Herstellung der Gleichbehandlung natürlicher und synthetischer Positionen stellt sich dann auf den ersten Blick als selbstverständliche Folge des Grundsatzes der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, vielleicht sogar als verfassungsrechtliche Notwendigkeit aus dem allgemeinen Gleichheitssatz dar. Eine Gleichstellung birgt aber die Gefahr in sich, die Systematik des geltenden Einkommensteuerrechts aufzulösen, sofern die Probleme bei der steuerrechtlichen Erfassung derivativer Instrumente nichts anderes sind als Ausdruck grundsätzlicher Spannungen innerhalb der Besteuerungssystematik.<sup>13</sup> Bevor man sich der Einzelanalyse der Rechtslage zur Besteuerung des priva-

10 S.u. unter C.I.1., S. 334 ff.

11 Zur kausalen Auslegung des Werbungskostenbegriffs nach § 9 I 1 EStG siehe BFH 1.10.1996 - VIII R 68/94, BStBl II 1997, 454, unter II.2.a.: Über eine rein finale Betrachtung hinaus seien „nach neuerer - ständiger - Rspr. des BFH als Werbungskosten alle Aufwendungen zu qualifizieren, die durch die Erzielung von steuerpflichtigen Einnahmen veranlasst“ seien.

12 Vgl. Funk, RIW 1998, 138, 140: Die steuerlich ungleiche Behandlung wirtschaftlich vergleichbarer Sachverhalte könne von Steuerpflichtigen zur Steuerarbitrage ausgenutzt werden und stelle eine „entscheidende Ursache“ für den Boom der „hybriden Finanzinstrumente“ dar.

13 Siehe die grundsätzliche Kritik am System der Einkünfteermittlung bei J. Lang, in: Tipke/Lang, § 9, Rz. 180: Wenn das (disponible) Einkommen ein geeigneter Indikator der steuerlichen Leistungsfähigkeit sei, müsse das Gesetz sicherstellen, dass bei allen Steuersubjekten das gesamte Einkommen erfasst und ermittelt werde. Die definitorische Ausklammerung eines Teils der Einkünfte aus dem Einkommensbegriff, Befreiungen, Freibeträge, Freigrenzen und unterschiedliche Vorschriften über die Einkünfteermittlung führten indessen dazu, dass das Einkommen nur partiell erfasst werde. Dadurch werde „die wirkliche Steuerbelastung verfälscht“; vgl. auch D. Schneider, DB 1999, 105, 106: Ein „ethisch akzeptables Maß“ zur Wahrung von Gleichmäßigkeit der Besteuerung ver-

ten und gewerblichen Einsatzes von Derivaten zuwenden kann (unten C. und D.), sind zunächst die verfassungsrechtlichen und methodologischen Vorbedingungen zur Lösung der Gleichbehandlungsproblematik im Steuerrecht zu klären (B.).

## B. Steuerrechtliche Vorbedingungen

Alle Steuern einschließlich der sog. Lenkungssteuern dienen letztlich der „Erzielung von Einnahmen“ (§ 3 I AO) zur Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts. Die Besonderheit dieses Ziels gegenüber gesetzgeberischen Gestaltungsmotiven anderer Art besteht darin, dass sich aus ihm keine brauchbaren materiellrechtlichen Wertungen für die sachliche Rechtfertigung tatbestandlicher Differenzierungen und für eine teleologische Rechtsanwendung ableiten lassen.<sup>14</sup> Daraus folgen könnten in Abweichung von den oben<sup>15</sup> entwickelten allgemeinen Grundlagen zum einen die besondere Sensibilität des Steuerrechts für den verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (I.) und zum anderen besondere methodologische Vorgaben für die Rechtsanwendung und -fortbildung in diesem Rechtsgebiet (II. bis V.).

### I. Verfassungsrechtlicher Gleichheitssatz

Bereits oben wurde festgestellt, dass sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz in der Regel keine Vorgaben für die rechtliche Gleichbehandlung natürlicher und synthetischer Positionen ableiten lassen.<sup>16</sup> Allerdings blieb dabei noch offen, ob das Steuerrecht möglicherweise eine andere Bewertung erfordert. Tatsächlich entwickelt der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) im Steuerrecht eine besondere Bedeutung. Zu Unrecht wird diese im Allgemeinen mit der angeblich besonderen Eingriffstiefe der Steuergesetze begründet.<sup>17</sup> Andere Gebiete des öffentlichen Rechts und selbst des Zivilrechts (z.B.

lange, in das Einkommen „den vollständigen Reinvermögenszugang, also auch Kapitalwerte“, einzubeziehen. Weidmann, S. 219, definiert den Reinvermögenszugang in einer gegebenen Periode als „Summe der Marktpreise der in der fraglichen Periode konsumierten Güter und der Änderung im Wert des Bestandes an Vermögensrechten zwischen Anfang und Schluss der betreffenden Periode“ („Einkommen im finanzwissenschaftlichen Sinne“).

14 Hierzu noch genauer unten in Zusammenhang mit der steuerrechtlichen Rechtsfortbildung bei III.2., S. 320 ff.

15 1. Kapitel, E.II., S. 73 ff.

16 1. Kapitel, E.II.1.b., S. 77.

17 So BVerfG 20.12.1966 - 1 BvR 320/57, BVerfGE 21, 12, unter B.II.1.: Diese Grundsätze [gemeint ist: zum Gebot sachgerechter Differenzierungen] würden „in besonderem Maße für Steuergesetze“ gelten. Da sie „einen besonders empfindlichen Eingriff in die Vermögens- und Rechtssphäre der Steuerpflichtigen“ enthielten, müssten „sie dem Gedanken einer möglichst gleichmäßigen Belastung aller Steuerpflichtigen besonders sorgfältig Rechnung tragen“ [Hervorhebung durch den Verf.]; sich dieser Einschätzung anschließend BFH 27.7.1967 - IV 300/64, BStBl III 1967, 690, unter VI.1.

außervertragliche Haftung; familienrechtliche Pflichten) können die Rechtsunterworfenen ohne weiteres noch stärker in ihren Freiheiten und vermögenswerten Interessen beschränken als die Besteuerung. Maßgeblich sind vielmehr zwei Umstände, ein praktischer und ein inhaltlicher. *Praktisch* gefördert wird der Einfluss des Art. 3 I GG im Steuerrecht durch die Diskrepanz zwischen der tatbestandlichen Komplexität (Differenzierungsgrad) der Steuerrechtsnormen auf der einen und der Gleichförmigkeit ihrer Rechtsfolgen (Geldleistungspflicht) auf der anderen Seite. Dadurch werden die Belastungen der einzelnen Bürger durch das Steuerrecht über die ganze Spannbreite seines Anwendungsbereichs hinweg miteinander vergleichbar. Vor dem Hintergrund des Art. 3 I GG ergibt sich daraus ein besonderer Rechtfertigungsdruck für steuertatbeständliche Differenzierungen. Der *inhaltliche* Grund für die besondere Rolle des Gleichheitssatzes im Steuerrecht liegt, wie bereits angedeutet, in der Tatsache, dass sich aus dem Steuerzweck der Einnahmenerzielung für sich keinerlei sachliche Differenzierungskriterien ableiten lassen, da er unmittelbar nur auf Interessen des Staates und nicht auf die seiner Bürger ausgerichtet ist.<sup>18</sup> Dies kommt gerade bei der überwiegenden Mehrzahl solcher Steuern zum Tragen, bei denen das fiskalische Interesse als rechtspolitisches Endziel der Regelung im Vordergrund steht. Da Steuern der Finanzierung des *allgemeinen* Staatshaushalts dienen, lassen sich aus der späteren Verwendung des erzielten Steueraufkommens keine Argumente für Differenzierungen auf der Tatbestandsseite ableiten. So gesehen wäre die einzige gleichheitsgemäße Steuer die Kopfsteuer, die alle Bürger absolut gleich belastet. Allerdings steht der Gleichheitssatz nicht isoliert, sondern befindet sich in einer Wechselwirkung mit anderen Verfassungsgrundsätzen. Auf seiner Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I, 28 I GG) beruht der Grundsatz der Steuergerechtigkeit, die Steuerlasten auf die Steuerpflichtigen im Verhältnis ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu verteilen (*Leistungsfähigkeitsprinzip*).<sup>19</sup> Der Gesetzgeber selbst gibt hierbei in Ausfüllung des Sozialstaatsgedankens vor, welche Sachverhalte als gleich und welche als ungleich i.S. des Art. 3 I GG zu betrachten sind. Insbesondere „die auf die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit angelegte Einkommesteuer“ muss sich deshalb, so das BVerfG, „tunlichst an der individuellen *Leistungsfähigkeit* orientieren“.<sup>20</sup>

18 Dennoch liegt die fiskalische Einnahmenerzielung des Staates „problemlos im öffentlichen Interesse“ (Uerpman, S. 128 f.).

19 Siehe z.B. - wenn auch ohne ausdrücklichen Bezug zum Sozialstaatsprinzip - BVerfG 11.10.1977 - 1 BvR 343/73 u.a., BVerfGE 47, 1, 29, unter C.VI.: Steuergesetzgebung und Steuerrechtsanwendung müssten „dem aus Art. 3 I GG folgenden Gebot der Steuergerechtigkeit entsprechen“. Diese fordere, „dass die Steuerlasten auf die Steuerpflichtigen im Verhältnis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verteilt werden“; BVerfG 22.6.1995 - 2 BvL 37/91, BVerfGE 93, 121, unter C.II.3.b.: „Vom Gleichheitssatz gebotene Lastenverteilung nach Maßgabe finanzieller Leistungsfähigkeit“. Für das Schrifttum siehe Tipke, Bd. I, S. 490: Das Leistungsfähigkeitsprinzip werde durch das Sozialstaatsprinzip „mitfundiert“; vgl. auch J. Lang, in: Tipke/Lang, der das Leistungsfähigkeitsprinzip in der Überschrift zu § 4, C.1.2. als „allgemein anerkanntes Fundamentalprinzip geheimer Besteuerung“ bezeichnet.

20 BVerfG 11.10.1977 (Fn. 19).

Die Frage der einkommensteuerrechtlichen Gleichbehandlung natürlicher und synthetischer Positionen betrifft den Kernbereich des Gebots einer Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Denn die finanzielle Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen ist in direkter Weise abhängig von dessen Reinvermögenszuwachs in einem vorgegebenen Zeitraum. Generell lassen sich tatbestandliche Differenzierungen im Einkommensteuerrecht vor Art. 3 I GG umso leichter rechtfertigen, je stärker sie auf einen wirtschaftlichen Einkommensbegriff abstehen und umso schwieriger, je mehr es auf andere Kriterien ankommt.<sup>21</sup> Inwieweit sich aus dieser Erkenntnis allerdings Vorgaben für die Besteuerung von Derivaten ableiten lassen, hängt davon ab, *wie stark* der verfassungsrechtliche Zwang des Leistungsfähigkeitsprinzips für den Gesetzgeber tatsächlich ist. Der „Grundsatz der möglichst gleichmäßigen Belastung aller Steuerpflichtigen entsprechend ihrer Leistungsfähigkeit“ genießt nach Ansicht des BFH „*keinen Vorrang* vor anderen Rechtsprinzipien“.<sup>22</sup> Nach Auffassung des BVerfG hat der Gesetzgeber „bei der Wahl des Steuergegenstands, also der Steuerquelle“, einen „weiten Gestaltungsspielraum“.<sup>23</sup> Dieser endet dort, wo „ein einleuchtender Grund für die Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung fehlt“.<sup>24</sup> Zur „reinen Verwirklichung des Prinzips der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit“ ist der Gesetzgeber bei der Einkommensteuer verfassungsrechtlich nicht verpflichtet.<sup>25</sup> Wie oben dargestellt, hat das BVerfG dem Gesetzgeber, und zwar gerade auch dem Steuergesetzgeber, „bei geringfügigen oder nur in besonderen Fällen auftretenden Ungleichheiten“ aus praktischen Erfordernissen der Rechtsdurchsetzung die Möglichkeit von *Typisierungen* zugestanden, solange deren Vorteile noch „im rechten Verhältnis“ zu den Ungleichheiten stehen.<sup>26</sup> Dabei ist auch die nach §§ 163, 227 AO bestehende Möglichkeit des Steuererlasses zur Milderung unbilliger Härten im Einzelfall zu berücksichtigen.<sup>27</sup> Nach Regelung des (typisierenden) Ausgangstatbestandes ist „die einmal getroffene Belastungsentscheidung folgerichtig i.S.

21 Vgl. Herzog, StBjB 1985/86, S. 27, 44 (Abschn.: „Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Grundgesetz“): Die Gleichheitsprobleme, die das BVerfG in solchen Gebieten des Steuerrechts habe, in denen die „wirtschaftliche Betrachtungsweise nur eine geringe Rolle“ spiele, seien „ungleich größer“ als die in Gebieten, „in denen im Allgemeinen mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gearbeitet“ werde (unter Hinweis auf BVerfG 10.2.1976 - 1 BvL 8/73, BVerfGE 41, 269, 279 ff., unter C.II.2., zum Auseinanderfallen von Einheits- und tatsächlichen Werten nach dem BewG 1965).

22 BFH 14.5.1974 - VIII R 95/72, BStBl II 1974, 572, unter B.II.2.b.

23 BVerfG 8.1.1999 - 1 BvL 14/98, BStBl II 1999, 152, unter B.II., vor 1., unter Berufung auf die st. Rspr. des BVerfG.

24 BVerfG 9.7.1969 - 2 BvL 20/65, BVerfGE 26, 302, zur Verfassungsmäßigkeit des § 23 EStG a.F., unter C.II.3.a.

25 BVerfG 23.11.1976 - 1 BvR 150/75, BVerfGE 43, 108, 120, zur steuerlichen Berücksichtigung von Unterhaltsleistungen, unter C.I.2.

26 Siehe die Nachweise oben 1. Kapitel, E.II.1.a., Fn. 300-303; ferner BVerfG 20.12.1966 (Fn. 17), unter B.II.1.; vgl. auch BFH 27.7.1967 - IV 300/64, BStBl III 1967, 690, unter VI.2.: Auf dem Gebiet des Steuerrechts habe der Gesetzgeber „weitgehend zu typisieren“ (m.w.N. aus der Rspr. des BVerfG zum Sozialrecht).

27 BVerfG 5.4.1978 - 1 BvR 117/73, BVerfGE 48, 102, unter C.II.1.. Zum Billigkeitserlass s.u. unter V., S. 331 ff.

der Belastungsgleichheit umzusetzen“.<sup>28</sup> Nicht das abstrakte Leistungsfähigkeitsprinzip, sondern das vom Gesetzgeber auf dieser Grundlage gebildete Besteuerungssystem ist dann Grundlage für die Gleichheitsbetrachtung.<sup>29</sup> In diesem Rahmen bedarf nur die Durchbrechung des vom Gesetzgeber selbst gewählten Systems einer besonderen Begründung.<sup>30</sup> *Inkonsistenzen* innerhalb der vom Steuergesetzgeber gewählten Differenzierungen sind zulässig.<sup>31</sup>

Der Gesetzgeber hat sich in Ausfüllung seines soeben skizzierten Gestaltungsspielraums für die Beschränkung der Besteuerung von Vermögenszugängen auf bestimmte Einkunftsarten - Besteuerung des Markteinkommens - und damit verbunden die Beschränkung der Anerkennung steuermindernder Vermögensabgänge auf Erwerbsaufwendungen sowie existenzsichernde Aufwendungen (Nettoprinzip<sup>32</sup>) entschieden. Diese Differenzierungen hat das BVerfG trotz der mit ihr offensichtlich verbundenen ungleichen Besteuerung wirtschaftlich gleichwertiger Nettovermögenszugänge als solche bislang nicht beanstandet.<sup>33</sup> Die Quelle des Vermögenszuwachses ist somit ein sachlich gerechtfertigtes Differenzierungskriterium. Das schließt es grundsätzlich aus, die ungleiche Besteuerung wirtschaftlich gleichwertiger Vermögenszugänge (Zahlungsströme) allein deshalb zu beanstanden, weil sie unterschiedlichen Einkunftsarten zugeordnet werden und weil sich die Grundannahmen, die der tatbestandlichen Rasterung zugrunde liegen, *im Einzelfall* als unzutreffend erweisen.

Ferner ist der Gleichheitssatz, wie bereits oben festgestellt, „umso mehr für gesetzgeberische Gestaltungen offen, als allgemeine, für rechtliche Gestaltungen zugängliche Lebensverhältnisse geregelt werden“.<sup>34</sup> Daraus erwächst eine Eigenverantwortlich-

28 BVerfG 10.11.1999 - 2 BvR 2861/93, BStBl II 2000, 160, unter B.I.2., im Zusammenhang mit der Auslegung des § 4 Nr. 14 S. 3 UStG durch den BFH; BVerfG Beschl. 30.9.1998 (Fn. 4), unter B.I.2., zu § 22 Nr. 3 S. 3 EStG; BVerfG 22.6.1995 (Fn. 19), zum Einheitswert nach dem BewG, unter C.II.1.d.

29 Vgl. BVerfG 14.4.1959 - 1 BvL 23/57 u.a., BVerfGE 9, 237, unter C.I.1.b., zur getrennten Veranlagung von Ehegatten nach § 26a EStG: Da die Verwirklichung des Gleichheitssatzes auf dem Gebiet der Einkommensbesteuerung in Frage stehe, müsse „bei der Auswahl des sachgerechten Vergleichstatbestandes vom System des Einkommensteuerrechts ausgegangen werden“; ferner BVerfG 10.4.1997 - 2 BvL 77/92, BVerfGE 96, 1, unter B.I., vor 1: Der Einkommensteuergesetzgeber habe „die Steuerschuldner in den verschiedenen Einkunftsarten gleich zu behandeln.“ [Hervorhebung durch den Verf.]

30 So Herzog, StBjB 1985/86, S. 27, 45, unter Berufung auf die Verfassungsrechtsprechung.

31 Vgl. Herzog, StBjB 1985/86, S. 27, 40: Das innere System des Steuerrechts müsse vom BVerfG zwar zur Kenntnis genommen werden und möge bei der Anwendung des Art. 3 I GG „da und dort“ ins Gewicht fallen, habe aber „als Ganzes“ keinen verfassungsrechtlichen Rang.

32 Z.B. BVerfG 7.12.1999 - 2 BvR 301/98, BStBl II 2000, 162, unter B.II.1.c.

33 Beanstandet wurde in Teilbereichen allerdings bereits die *unterschiedliche* steuerrechtliche Behandlung der verschiedenen Einkunftsarten untereinander. Siehe zur Verfassungswidrigkeit des völligen Ausschlusses der Verlustverrechnung bei laufenden Einkünften aus der Vermietung beweglicher Gegenstände durch § 22 Nr. 3 Satz 3 EStG a.F. BVerfG Beschl. 30.9.1998 (Fn. 4), unter B.I.2.: „Soweit das Einkommensteuerrecht mehrere Einkunftsarten unterscheidet und daran auch unterschiedliche Rechtsfolgen knüpft, müssen diese ihre Rechtfertigung in besonderen sachlichen Gründen finden“ [Hervorhebung durch den Verf.].

34 Siehe die Nachweise oben 1. Kapitel, E.II.1.a., Fn. 304. Vgl. zum Zusammenhang zwischen Frei-

keit des Einzelnen für die rechtlichen Folgen seines privatautonomen Handelns. Das gilt gerade auch für das Steuerrecht. In der Entscheidung des BVerfG vom 30.9.1998 zur Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses der Verlustverrechnung nach § 22 Nr. 3 S. 3 EStG a.F.<sup>35</sup> kam dieser Gesichtspunkt nicht zum Tragen, weil sich Einkünfte aus gelegentlichen Vermittlungen und aus der Vermietung beweglicher Gegenstände nicht ohne weiteres durch alternative Gestaltungen reproduzieren lassen. Für den Bausteineffekt ist der Gedanke der Eigenverantwortlichkeit aber entscheidend. Das gilt für das Steuerrecht ebenso wie auch sonst.<sup>36</sup> Der Steuerpflichtige hat es bei seiner Kapitalanlageentscheidung in der Regel selbst in der Hand, diejenige von mehreren finanziell gleichwertigen Gestaltungen zu wählen, die für ihn zur geringsten Steuerbelastung führt. Die Ausübung seiner Privatautonomie wird durch die steuerlichen Vorgaben zwar faktisch in bestimmte Richtungen gelenkt, aber hierdurch in der Regel noch nicht über Gebühr beeinträchtigt. Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass der verfassungsrechtliche Gleichheitssatz für die rechtliche Anerkennung des Bausteineffekts im Steuerrecht eine ebenso geringe Rolle spielt wie in den sonstigen Rechtsgebieten. Im Folgenden sollen die methodologischen Möglichkeiten zur Verwirklichung des Ideals von der gleichen Besteuerung finanziell gleichwertiger Sachverhalte herausgearbeitet werden.

## **II. Wirtschaftliche Betrachtungsweise**

Das steuerrechtliche Gebot der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“, früher sogar ausdrücklich gesetzlich geregelt,<sup>37</sup> dient „der gleichmäßigen Erfassung gleicher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit und damit dem Gleichheitssatz“.<sup>38</sup> Hintergrund der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ ist der Umstand, dass der Steuergesetzgeber die Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen nicht selbst zum Tatbestandsmerkmal erkoren hat und wegen des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots in Verbindung mit der Wesentlichkeitstheorie auch gar nicht durfte. Wie bereits angesprochen, hat er deshalb typisierende Tatbestände geschaffen, die nach der Quelle des Vermögenszuwachses differenzieren. Diesen liegen Vorgänge des Wirtschaftslebens zugrunde, in denen sich die Leistungsfähigkeit manifestiert.<sup>39</sup> Da sich wirtschaftliche Transaktionen zivilrechtlicher

heit und Gleichheit speziell im Kontext des Steuerrechts *Kirchhof*, in: Fischer (Hrsg.), S. 9, 19: Das Freiheitsrecht rechtfertige die (steuerrechtlichen) Unterschiede, die sich aus der individuellen Inanspruchnahme der Freiheit ergeben.

35 BVerfG 8.1.1999 (Fn. 23).

36 S.o. 1. Kapitel, E.II.1.b., S. 77.

37 Vgl. die (mit Inkrafttreten der AO 1977 zum 1.1.1977 durch Art. 96 Nr. 5 des Gesetzes 610-1-4 v. 14.12.1976, BGBI I 3341) ersatzlos gestrichene Vorschrift des § 1 II StAnpG 1934 mit dem ausdrücklichen Gebot, die „wirtschaftliche Bedeutung“ des Steuergesetzes bei seiner Interpretation zu „berücksichtigen“.

38 Tipke, Bd. 3, S. 1309; zuvor bereits Herzog, StBjB 1985/1986, S. 44 f.

39 Vgl. Papier, AÖR 98 (1973), 528, 561, zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise nach § 1 II StAnpG: Die im Allgemeinen primäre Zielrichtung eines Steuergesetzes, dem Staat Geldmittel zur

Formen bedienen, knüpfen die Steuertatbestände an zivilrechtliche Begriffe an.<sup>40</sup> Regelmäßig orientieren sie sich hierbei an denjenigen zivilrechtlichen Gestaltungen, die für die betreffenden wirtschaftlichen Vorgänge oder Zustände von den Steuerpflichtigen typischerweise gewählt werden.<sup>41</sup>

Das „wirtschaftliche“ Verständnis der dem Zivilrecht entlehnten steuerrechtlichen Tatbestandsmerkmale bildet dann gleichsam ein „Ventil“ zum Ausgleich des entstehenden Spannungsverhältnisses zwischen den formalistischen zivilrechtlichen Kategorien und dem Gesetzeszweck der Besteuerung nach der „wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“.<sup>42</sup> Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist „kein Gegensatz oder aliud zu einer rechtlichen Betrachtungsweise“, sondern „spezifisch steuerrechtliche, steuerteleologische Betrachtungsweise“.<sup>43</sup> Sie ist im Steuerrecht wie auch sonst<sup>44</sup> nicht mehr und nicht weniger als ein Anwendungsfall der teleologischen Auslegung.<sup>45</sup> Als solche ist sie me-

Erledigung seiner Aufgaben zu verschaffen, mache es erforderlich, die Leistungspflichten an Vorgänge, Zustände und Veranstaltungen des Wirtschaftslebens zu knüpfen, in denen sich eine entsprechende Leistungsfähigkeit des Pflichtigen manifestiere.

40 Vgl. *Papier*, AÖR 98 (1973), 528, 561: Die Tatsache, dass die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bezeugenden ökonomischen Lagen und Vorgänge meistens in bestimmten Rechtsformen und Rechtsgestaltungen auftraten, veranlasse den Steuergesetzgeber häufig, die Voraussetzungen der Steuerpflicht unter Verwendung von (Privat-) Rechtsbegriffen zu normieren; *Herzog*, StBjB 1985/86, S. 27, 45: Die rechtliche Betrachtungsweise [im Gegensatz zur wirtschaftlichen] sei nichts anderes als der Ausfluss einer Typisierung, die das Bestreben des Gesetzgebers nach Erfassung wirtschaftlicher Zusammenhänge grundsätzlich nicht in Frage stelle.

41 Vgl. auch § 42 AO; hierzu unten IV.2., S. 329. Kritisch de lege ferenda *Kirchhof*, NJW 1987, 3217, 3221: Der „tatbeständliche Zugriff“ des Steuergesetzes „auf individuelle finanzielle Leistungsfähigkeit (Zahlungsfähigkeit)“ begründe eine „tatbeständliche Perspektive“, die allein für das Steuerrecht gelte. Deshalb müsse das Steuergesetz seine „eigene Terminologie bilden“ (m.w.N.) und könne sich grundsätzlich nicht an die in anderen Teilrechtsordnungen geprägte Begrifflichkeit anlehnen. Die steuerrechtliche Verwendung von Begriffen, die mit außersteuerrechtlichen Rechtsfolgen verknüpft würden, führe nur zur Verwirrung, weil der [gemeint ist: unberechtigte] Eindruck entstehen könne, mit der Erfüllung des jeweiligen öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Tatbestandes seien auch die Voraussetzungen für die steuerliche Belastung oder Entlastung erfüllt.

42 Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ siehe BVerfG 26.3.1969 - 1 BvR 512/66, BVerfGE 25, 309, 313, unter IV.B.3.a.: Es sei von der Verfassung her „nicht geboten, dass die Finanzgerichte unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung und der Vorhersehbarkeit der Steuerbelastung die zur Anwendung kommenden steuerrechtlichen Begriffe und Institute stets und ausschließlich entsprechend ihrem bürgerlich-rechtlichen Gehalt“ auslegen.

43 *J. Lang*, in: Tipke/Lang, § 5, Rz. 83. Vgl. auch BVerfG 27.12.1991 - 2 BvR 72/90, BStBl II 1992, 212, 213 f., unter 1.a.cc.: Die sog. „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ enthalte nichts anderes als eine missverständliche Umschreibung der steuerrechtlichen Beurteilung eines autonom gestalteten Sachverhalts. Sie rechtfertige nicht „eine außerrechtliche wirtschaftliche Beurteilung rechtlicher Sachverhaltsgestaltungen im Steuerrecht“, sondern fordere „die an den spezifischen Regelungszielen einer steuerrechtlichen Regelung und deren eigengesetzlicher Terminologie auszurichtende steuerrechtliche Beurteilung, ob der bewirkte wirtschaftliche Erfolg einen Steuertatbestand“ erfülle.

44 S.o. 1. Kapitel, E.II.3., S. 81 ff.

45 Vgl. BVerfG 27.12.1991 (Fn. 43), unter 1.a.cc.: Das Steuerrecht präge wie jedes andere Rechtsgebiet seine eigenen Tatbestände. Auch wenn ein Steuergesetz Begriffe enthalte, die einem anderen Rechtsgebiet entnommen seien, sei durch Auslegung zu ermitteln, ob das Steuerrecht „insoweit den Wertungen des jeweiligen Rechtsgebietes, z.B. des Zivilrechts, des Gewerberechts oder des Sozial-

thodologisch an die Grenzen des möglichen Wortsinns gebunden.<sup>46</sup>

Die §§ 39 II, 40, 41 I und 42 AO sind Ausdruck des Gedankens der „wirtschaftlichen“ Auslegung. Auf § 42 AO wird unten (IV.) noch näher eingegangen. Nach § 39 II AO ist das steuerrechtliche („wirtschaftliche“) Eigentum an einem Wirtschaftsgut demjenigen zuzurechnen, der „die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise“ ausübt, „dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann“. Soweit das Einkommensteuerrecht, wie bei den Einnahmen aus Kapitalvermögen nach § 20 EStG,<sup>47</sup> an die finanziellen Früchte eines dem Steuerpflichtigen gehörenden (§ 39 I AO) Basiswertes (z.B. Aktie oder Schuldverschreibung) anknüpft, könnte man daran denken, diejenige Person als „wirtschaftlichen“ Eigentümer des Basiswertes zu betrachten und der Besteuerung zu unterwerfen, welche wirtschaftlich, sei es auch über den Umweg eines derivativen Vertrags, Empfängerin dieser (synthetisierten) Zahlungsströme ist. Das betrifft z.B. den Fall eines Asset-Swap zwischen dem Besitzer einer Aktie und demjenigen eines Bonds, durch den beide vereinbaren, die laufenden Erträge ihrer Anlagen miteinander zu tauschen. Damit aber würde man den Begriff des „wirtschaftlichen“ Eigentums überspannen. Ähnlich wie im Insolvenzrecht<sup>47a</sup> bedarf es im Steuerrecht für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums mehr als der bloßen Simulation der Nutzungen des sachenrechtlichen Eigentums mit schuldrechtlichen Mitteln. Wenn das Steuerrecht wie in § 20 IIa EStG i.V.m. § 39 I AO auf das Eigentum an einem Wirtschaftsgut (z.B. Kapitalvermögen) abstellt, geschieht dies nicht allein zur besseren Charakterisierung des wirtschaftlichen, reproduzierbaren Inhalts der Nutzungen als Bemessungsgrundlage. Weiterer Besteuerungsgrund ist vielmehr die besondere, in der „tatsächlichen Sachherrschaft“<sup>48</sup> verkörperte Nähe zur sachenrechtlichen („kapitalistischen“) Inhaberschaft an dem nutzungsfähigen Gut.<sup>49</sup> Das rechtliche Eigentum steht

rechts“ folge „oder mit Hilfe der entlehnten Begriffe eigenständige steuerrechtliche Tatbestände“ bilde; aus dem Schrifttum *J. Lang*, in: Tipke/Lang, § 5, Rz. 65: „Nach heute h.M. im Steuerrecht und auch in anderen wirtschaftsrelevanten Rechtsgebieten“ sei die „sog. wirtschaftlicher Betrachtungsweise“ eine „Methode teleologischer Gesetzesauslegung“; *Lehner*, FS Tipke (1996), S. 237 ff.: Der Begriff der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ betreffe im Steuerrecht allein die Auslegung zivilrechtlicher Begriffe in Steuertatbeständen; *ders.*, a.a.O., S. 239: „Normdirigierende Wirkung des Leistungsfähigkeitsprinzips von der Fassung des Gesetzes auch auf die Auslegung des Gesetzes“.

<sup>46</sup> Zur Zulässigkeit einer Überschreitung des möglichen Wortsinns im Wege der Rechtsfortbildung s.u. III., S. 317 ff.

<sup>47</sup> Hierzu noch unten C.I.2. und C.II.4., S. 350 ff., 385 ff.

<sup>47a</sup> S.o. 3. Kapitel, B.II., S. 223, bei Fn. 143a.

<sup>48</sup> *Schmieszek*, in: Beermann, § 39 AO, Rz. 9 (Stand: März 1998).

<sup>49</sup> Vgl. BFH 15.12.1999 - I R 29/97, DStZ 2000, 379, unter B.II.1.b.aa., zum Dividendenstripping mit Veräußerung von alten Aktien und Rückveräußerung junger Aktien: Bei Aktien erlange der Erwerber „wirtschaftliches Eigentum im Allgemeinen ab dem Zeitpunkt, von dem ab er nach dem Willen der Vertragspartner über die Wertpapiere verfügen“ könne. Das sei „in der Regel der Fall, sobald Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten, insbesondere die mit Wertpapieren gemeinhin verbundenen Kursrisiken und -chancen, auf den Erwerber übergegangen“ seien; ferner a.a.O., unter bb.: Weitere Voraussetzung sei, „dass der Besitz (oder die vergleichbare letztlich unentziehbare

zum wirtschaftlichen in einem Abhängigkeitsverhältnis, das bewirkt, dass hinsichtlich der Nutzungen immer nur Letzteres besteuert werden kann.<sup>50</sup> Das ergibt sich bereits aus dem Titel des § 39 AO („Zurechnung“), ferner aus dem Umstand, dass der wirtschaftliche Eigentümer nach § 39 II Nr. 1 AO dazu in der Lage sein muss, den rechtlichen Eigentümer „für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut“ „wirtschaftlich auszuschließen“. Synthetische Aktien oder Bonds lassen sich demgegenüber völlig unabhängig davon erzeugen, ob der synthetische Veräußerer die entsprechenden echten Aktien überhaupt besitzt oder zu erwerben beabsichtigt. Eine andere, von der Anwendbarkeit des § 39 II AO zu unterscheidende Frage im Fall der Besteuerung von Kapitalerträgen ist, ob sich die Zahlungen aus Derivaten direkt oder analog unter § 20 EStG subsumieren lassen, weil sie mit einer eigenen Kapitalüberlassung (z.B. Optionsprämie) verbunden sind. Darüber wird noch weiter unten zu sprechen sein.<sup>51</sup>

Ebenfalls keine Bedeutung für die steuerrechtliche Anerkennung des Bausteineffekts entfaltet § 41 I AO. Das „wirtschaftliche Ergebnis“, das nach dieser Vorschrift grundsätzlich (vgl. § 41 I 2 AO) maßgeblich für die Besteuerung ist, ist danach keineswegs vollständig losgelöst von der zivilrechtlichen Gestaltung zu betrachten. Das „Rechtsgeschäft“ mag zwar rechtlich unwirksam sein, es muss aber zumindest de facto existent sein. § 41 I AO ist also kein Freibrief dafür, Steuergesetze über die tatbestandlich beschriebenen Rechtsgeschäfte hinaus auf beliebige andere (finanz-) wirtschaftlich gleichwertige (wirksame oder unwirksame) zivilrechtliche Gestaltungen anzuwenden.

Die Regelung des § 41 II AO bestätigt lediglich, dass Konstruktionen ohne wirtschaftliche *und* rechtliche Wirkung steuerlich unbeachtlich sind. Relevant ist sie für die steuerrechtliche Einordnung verdeckter Differenzgeschäfte als Termingeschäfte mit Differenzausgleich i.S. des § 23 I Nr. 4 EStG<sup>52</sup> sowie sonstiger Scheinkonstruktionen, mit denen der Fiskus über den wahren vertragsrechtlichen Hintergrund des Geschäfts irregeführt werden soll.<sup>53</sup> Im Rahmen des (echten) Financial Engineering spielt die Vorschrift dagegen in der Regel keine praktische Rolle. Dort sind die einzelnen Bausteine nämlich wegen § 41 II AO gerade gewollt, um in den Genuss der unterschiedlichen Steuerrechts-

Position) in Erwartung des Eigentumserwerbs eingeräumt“ werde.

50 Vgl. BFH 15.12.1999 (Fn. 49), unter B.II.1.b.bb.: Zu einer „Verlagerung von rechtlichem zu wirtschaftlichem Eigentum“ könnte es „immer nur im Hinblick auf ein und dasselbe Wirtschaftsgut kommen“.

51 Unter C.I.2., S. 350 ff.

52 Vgl. BFH 8.12.1981 - VIII R 125/79, BStBl II 1982, 618, 619, unter 1.b.aa., noch zur alten, Differenzgeschäfte nicht besteuern Rechtslage nach § 23 I EStG a.F.: Nach § 41 II AO entspreche die steuerrechtliche Beurteilung der bürgerlich-rechtlichen Beurteilung des verdeckten Differenzgeschäfts mit der Rechtsfolge aus § 117 I und II BGB.

53 BFH 4.7.1991 - IV R 29/88, BStBl II 1992, 76, unter 4., zu einem Darlehen in der Gestalt zweier zeitgleich vereinbarter, gegenläufiger, von den Parteien so bezeichneter Devisentermingeschäfte: Da es zur Auszahlung der Kursgewinne und -verluste aus diesen Geschäften nicht gekommen sei, sollte „in Wahrheit nur der Nettobetrag ausgezahlt und zurückgezahlt werden“. Hierin habe, so das Gericht, „in rechtlicher und wirtschaftlicher Sicht die Gewährung eines Darlehens in Höhe des streitigen Betrags“ [Hervorhebung durch den Verfasser] gelegen. Vgl. aber Kopp, S. 163-164, der den Fall wohl zu Unrecht der wirtschaftlichen Auslegung (des Darlehensbegriffs) zuordnet.

folgen zu gelangen.<sup>54</sup> Damit sind sie keine Scheinschäfte i.S. des § 41 II AO. Die Bestimmung als solche rechtfertigt es nicht, zivilrechtlich *wirksamen* Vereinbarungen mangels finanzwirtschaftlicher Bedeutung die steuerrechtliche Anerkennung zu versagen, etwa wenn sie sich in ihrer Gesamtheit in Bezug auf ihre Zahlungsströme neutralisieren. Hierzu wäre eine steuerrechtlich-teleologische, von § 117 BGB abweichende Auslegung des Begriffs des „Scheingeschäfts“ notwendig, die in § 41 II AO nicht hineingelesen werden kann<sup>55</sup> und die im Übrigen zu Überschneidungen mit § 42 AO führen würde.<sup>56</sup>

### ***III. Rechtsfortbildung***

Der mögliche Wortsinn bildet die Schranke des teleologischen, wirtschaftlichen Verständnisses zivilrechtlich geprägter Tatbestandsmerkmale.<sup>57</sup> Wo diese Schranke überschritten wird, lässt sich eine Norm rechtsmethodologisch nur unter den Voraussetzungen der Analogie oder der teleologischen Reduktion auf privatautonome Gestaltungen anwenden, die den tatbestandlich umschriebenen zivilrechtlichen Geschäftstypen finanzwirtschaftlich gleichwertig sind. Bei der *integrierenden* Gleichbehandlung wird ein Tatbestand, der nach seinem Wortlaut nur einheitliche, natürliche Instrumente erfasst (z.B. § 20 EStG), analog auf ein zusammengesetztes, synthetisches Instrument (z.B. synthetisches Darlehen aus Aktie und Aktienfuture) angewendet. Bei der *zerlegenden* Gleichbehandlung wird umgekehrt ein natürliches Instrument (z.B. Future) im Wege der Reduktion mit Rücksicht auf die in ihm enthaltenen synthetischen Bausteine gerade nicht unter den Tatbestand subsumiert, dessen Wortlaut es eigentlich entspricht. Statt dessen wird der natürliche Baustein dann gegebenenfalls analog auf einen Tatbestand angewendet, der nach seinem Wortlaut nur für die synthetischen Bausteine dieser Instruments (z.B. Darlehen) bestimmt ist. Die Frage, ob die steuerrechtliche Analogie zum Nachteil des Steuerpflichtigen zulässig ist, ist in der Vergangenheit ausgiebig diskutiert worden, aber nach wie vor umstritten. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der teleologischen Reduktion steuerbegünstigender Vorschriften wird demgegenüber, sofern sie

54 S.o. 1. Kapitel, E.II.2., S. 77 ff.

55 Schmieszek, in: Beermann, § 41 AO, Rz. 30 (Stand: März 1998): Inhaltlich deckt sich § 41 II AO mit § 117 BGB.

56 Hierzu unten IV., S. 323 ff.

57 BFH 10.2.1972 - I R 205/66, BStBl II 1972, 455, unter 2.a., zum Tatbestandsmerkmal der Betriebsaufgabe nach § 16 III EStG: Die Auslegung findet „ihre Grenze am möglichen Wortsinn einer Vorschrift“, „lediglich innerhalb der Grenzen“, die der mögliche Wortsinn der Auslegung ziehe, könne es „auf den Zweck ankommen, den die Vorschrift des § 16 III EStG“ verfolge; siehe auch BFH 14.12.1999 - IX R 7/95, BStBl II 2000, 265, unter II.2.b., zu § 15a EStG: Die Auslegung finde dort ihre Grenze, wo sie in Widerspruch zu dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers treten würde; für den Sonderfall der verfassungskonformen Auslegung BVerfG 14.5.1986 - 2 BvL 19/84, BVerfGE 72, 278, 295, unter C.5., zu § 56 BBiG (m.w.N.): Das Gebot solcher Auslegung legitimiere nicht dazu, „Wortlaut und Sinn des Gesetzes beiseite zu schieben oder zu verändern“.

überhaupt angesprochen wird, nur vereinzelt in Zweifel gezogen.

## 1. Meinungsstand

Die Rechtsprechung des BFH bekennt sich bislang noch überwiegend zu einem Verbot der *Analogie*, soweit sie steuerbegründend oder -verschärfend wirkt.<sup>58</sup> Die Anwendung steuerbelastender Vorschriften findet danach ihre Grenze am möglichen Wort Sinn.<sup>59</sup> Verschiedene Senate des BFH haben die Frage offen gelassen,<sup>60</sup> lediglich der vierte Senat des BFH hat sich bislang ausdrücklich gegen ein Analogieverbot ausgesprochen.<sup>61</sup> Die Meinungen im Schrifttum sind ebenso geteilt.<sup>62</sup> Die Gegner der Analogie argumentieren überwiegend mit verfassungsrechtlichen Gründen. Genannt werden „die rechtsstaatlichen Prinzipien der Rechtssicherheit und des Vertrauenschutzes und die daraus folgende Garantiefunktion des gesetzlichen Eingriffstatbestandes“<sup>63</sup> sowie der Gesetzes-

58 Z.B. der achte Senat: BFH 8.12.1981 (Fn. 52), unter 1.a., zur Frage der analogen Anwendung des § 23 I Nr. 1, Nr. 2 a.F. EStG auf Differenzgeschäfte: Im Einkommensteuerrecht sei es unzulässig, „einen den Steuerpflichtigen belastenden Besteuerungstatbestand im Wege der Gesetzes- oder der Rechtsanalogie zu schaffen“; BFH 26.1.1977 - VIII R 109/75, BStBl II 1977, 283, unter C.I.5.a., zu §§ 16, 17 EStG; BFH 9.7.1997 - VIII B 40/97, BFH/NV 1998, 23, unter II.2.b. (obiter). Vgl. als mögliches Vorzeichen einer Trendwende nunmehr BFH 20.4.1999 - VIII R 44/96, BStBl II 1999, 698, zu § 17 EStG, wo sich derselbe Senat implizit über das Analogieverbot hinwegsetzt. Denn obwohl er unter II.2.a. ausdrücklich bekundet, „ein Teil des Schrifttums“ lehne „die Vorstellung, eine Ausschüttung aus dem EK 04 könne zu negativen Anschaffungskosten führen, als steuerverschärfende Analogie ab“, spricht er sich unter II.2.b. für eben diese Möglichkeit *negativer* Anschaffungskosten i.S. des § 17 EStG mit einem knappen Hinweis auf eine „weite Auslegung“ des Anschaffungskostenbegriffs sowie auf den Normzweck aus, ohne sich mit dem Analogieverbot auseinanderzusetzen.

59 BFH 10.2.1972 (Fn. 57), unter 2.a.

60 BFH 13.1.1984 - VI R 194/80, BStBl II 1984, 315, 316 f.; BFH 25.8.1987 - IX R 65/86, BStBl II 1988, 248, unter 1.c., zur analogen Anwendung des § 23 I EStG auf (zu Unrecht als verdeckte Differenzgeschäfte qualifizierte) Devisentermingeschäfte.

61 BFH 20.10.1983 - IV R 175/79, BStBl II 1984, 221, 224, unter 5.a.: Mit der Lückenausfüllung durch Analogie werde „dem Gesetzgeber nicht der Vorrang streitig gemacht“. Ein Analogieverbot bestehe „im Steuerrecht ebensowenig wie im übrigen Verwaltungsrecht“. Vgl. zuvor bereits zur Zulässigkeit der sog. „zweischneidigen Analogie“ (so die Begrifflichkeit bei J. Lang, in: Tipke/Lang, § 4, Rz. 187) BFH 28.5.1968 - IV R 202/67, BStBl II 1968, 650, zur Zulässigkeit der gesetzlich nicht geregelten, von der Rspr. und Verwaltungspraxis entwickelten und für den klagenden Steuerpflichtigen im Einzelfall nachteiligen Grundsätze über Gewinnzuschläge und -abschläge beim Übergang von der Überschussrechnung nach § 4 III EStG zur Gewinnermittlung durch Bestandsvergleich nach § 4 I oder § 5 EStG. Dort wird die angebliche Unzulässigkeit der Rechtsfortbildung zum Nachteil des Steuerpflichtigen zwar noch nicht in Frage gestellt, der Anwendungsbereich dieses Grundsatzes wird aber eingeschränkt: Die Gerichte seien, so liest man dort, „zur Füllung offener Regelungslücken“ berufen, „soweit dadurch nicht der gesetzliche Steuertatbestand in unzulässiger Weise ausgeweitet“ werde. Dies sei bei der Praxis der Gewinnzu- und -abschläge nicht der Fall, da sich diese Grundsätze im Einzelfall „zugunsten wie zuungunsten der Steuerpflichtigen auswirken“ könnten. Sie bildeten „ein System von Einzelregeln, dessen Teile nicht getrennt voneinander betrachtet werden“ dürfen.

62 Siehe den umfassenden Überblick bei Tipke, Bd. 1, S. 202-231.

63 So Papier, AöR 98 (1973), 528, 562, zum öffentlichen Eingriffsrecht und speziell zum Steuerrecht;

und Parlamentsvorbehalt. Andere halten das Steuerrecht wegen der „radikalen Positivität“ und der „Willkürlichkeit“ der Tatbestände bereits rechtstechnisch für nicht analogiefähig.<sup>64</sup> Da im Steuerrecht Tatbestand und Rechtsfolge „nur äußerlich, nicht aber innerlich verknüpft“ seien, so wird argumentiert, könne mit Hilfe der Analogie „keine dem nicht geregelten Fall der ratio legis »gerechte« Rechtsfolge gefunden bzw. auf ihn bezogen werden“.<sup>65</sup> Das Steuerrecht in seiner Kasuistik unterscheide sich von anderen Rechtsgebieten dadurch, dass es, soweit es um Steueranknüpfung gehe, die für den Analogieschluss notwendigen „Sachgesetzlichkeiten“ nicht sicher erkennen lasse.<sup>66</sup> Schließlich gibt es aber auch eine Reihe von Autoren, die sich für die generelle Zulässigkeit der Analogie im Steuerrecht aussprechen.<sup>67</sup>

Die *teleologische Reduktion* zu Lasten des Steuerpflichtigen wird wesentlich seltener problematisiert als die Analogie und scheint durchaus für möglich gehalten zu werden. Die steuerliche Rechtsprechung hat sie jedenfalls, soweit überschaubar, bislang nicht für unzulässig erklärt.<sup>68</sup> Im Falle der „zweischneidigen“ Steuernorm<sup>69</sup> des § 233a IIa AO, der den Beginn der Verzinsung von Steuernachforderungen und Steuererstattungen bei der Berücksichtigung „rückwirkender Ereignisse“ festlegt, hat der BFH sie jüngst ausdrücklich befürwortet.<sup>70</sup>

siehe z.B. auch Kamm, S. 98: Die „Garantiefunktion des Wortlautes“ steuerrechtlicher Eingriffsnormen stehe unter der Bedingung „eines durch den Gesetzeswortsinn und laienhafter Rechts- und Wirtschaftsauffassung vom konkreten Sachverhalt gerechtfertigten Vertrauens des Steuerpflichtigen auf eine ihm günstige Entscheidung“.

64 Flume, StBj 1964/65, 55, 68 ff.; ders., StBj 1985/86, 277, 279 ff., 290-299; ihm folgend Danzer, S. 76; ähnlich Kruse, S. 61.

65 Danzer, S. 77; zuvor bereits Flume, StBj 1967/68, 63, 64-68.

66 Kruse, S. 61.

67 Z.B. J. Lang, in: Tipke/Lang, § 4, Rz. 188: Die Behauptung vom Analogieverbot entspreche der „positivistischen Tradition“, die in allen anderen Rechtsgebieten (Staats-, Verwaltungs-, Arbeits- und Sozialrecht) aufgegeben worden sei; ders., § 4, Rz. 192: Der Widerstreit zwischen formaler und materialer Gerechtigkeit sei „zumal wegen des - in diesem Zusammenhang - geringen Gewichts des Rechtssicherheitsarguments“ zugunsten der materialen Rechtsstaatlichkeit und damit zugunsten der Analogie zu entscheiden; kritisch auch Tipke, Bd. 1, S. 223-231; Herzog, StBj 1985/86, S. 27, 43: Es sei „mehr als zweifelhaft“, dass es ein Analogieverbot mit Bezug auf das Steuerrecht in unserer Verfassungsordnung gebe.

68 Vgl. etwa für den das Analogieverbot befürwortenden achten Senat BFH 19.4.1994 - VIII R 2/93, BStBl II 1995, 705, unter I.2.b.: Die teleologische Reduktion der §§ 16, 34 EStG im Anwendungsbereich der Körperschaftsteueranrechnung nach § 36 II Nr. 3 EStG wird hier nicht etwa aus methodologischen, sondern aus teleologischen Gründen abgelehnt. Für die Instanzgerichte siehe FG Düsseldorf 14.12.1983 - III 680/78 GE, EFG 1984, 463, zur Zulässigkeit der teleologischen Reduktion einer landesrechtlichen Befreiungsnorm; FG Hannover 3.9.1992 - V 569/87, EFG 1993, 268, wo die Zulässigkeit einer „über den möglichen Wortsinn hinausreichenden einengenden Anwendung einer begünstigenden Rechtsnorm“ über § 42 AO hinaus offen gelassen wird.

69 S.o. Fn. 61 zur Analogie bei „zweischneidigen“ Steuernormen.

70 BFH 18.5.1999 - I R 60/98, BStBl II 1999, 634: Nach dieser Entscheidung ist § 233 IIa AO nicht auf die erstmalige Beschlussfassung über die Gewinnausschüttung für ein abgelaufenes Wirtschaftsjahr anwendbar, so dass sich der Zinslauf bei Steuernachforderungen und Steuererstattungen entsprechend § 27 KStG nach dem Jahr richtet, in dem der ausgeschüttete Gewinn entstanden ist, und nicht erst nach dem Jahr des „rückwirkenden Ereignisses“ (Ausschüttungsbeschluss). Der Gesetzeswortlaut, so heißt es, sei „teleologisch einzuschränken“ (a.a.O., unter II.2.b.bb.). Im konkre-

## 2. Stellungnahme

Vom Verbot der Analogie (bzw. der teleologischen Reduktion) kann man im Steuerrecht ebenso wie in anderen Rechtsgebieten - zumindest mit Ausnahme des Strafrechts<sup>71</sup> - nur insoweit sprechen, wie es im Einzelfall an einer offenen (bzw. verdeckten) planwidrigen Regelungslücke fehlt und somit die methodologischen Voraussetzungen der Rechtsfortbildung nicht erfüllt sind.<sup>72</sup> In Bezug auf die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung praeter legem zeichnet sich das Steuerrecht weder durch verfassungsrechtliche noch durch rechtsmethodologische Besonderheiten aus.

Die Bedeutung des in der Steuerdefinition des § 3 I AO enthaltenen Merkmals der *Gesetz- und Tatbestandsmäßigkeit* der Besteuerung, nach dem Exekutive und Judikative keine Steuern erfinden dürfen,<sup>73</sup> geht über die allgemeinen *verfassungsrechtlichen* Grundsätze des Gesetzesvorrangs und des Gesetzes- bzw. des Parlamentsvorbehalts (Wesentlichkeitstheorie)<sup>74</sup> nicht hinaus. Diese Grundsätze schließen die Rechtsfortbildung in den Grenzen der allgemeinen Methodenlehre keineswegs aus.<sup>75</sup> Es ist nicht einzusehen, warum dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes der Rechtsunterworfenen und der *Rechtssicherheit* (Vorhersehbarkeit) im Steuerrecht größere Bedeutung zukommen soll als in anderen Rechtsbereichen wie etwa im Zivilrecht. Die betroffenen Inter-

ten Fall ging es zwar um einen Steuererstattungsanspruch, so dass sich die Vorverlegung des Beginns der Verzinsung zugunsten des Steuerpflichtigen auswirkte. Die teleologischen und systematischen Argumente des Gerichts lassen sich ohne weiteres auf den Fall übertragen, dass sich gemäß § 27 KStG eine Erhöhung der KStG und damit eine Steuernachforderung i.S. des § 233a AO ergibt. Gegen eine teleologische Reduktion des § 233a IIa, VII AO *Ruban*, in Hübschmann/Hepp/Spitaler, § 233a AO, Rz. 54 (Stand: März 1999); *Hundt-Eßwein*, in: Beermann, § 233a AO, Rz. 28.4 (Stand: Mai 2000).

71 Die „durchaus herrschende Ansicht“ im Strafrecht interpretiert Art. 103 II GG i.S. eines Analogieverbots (*Engisch*, S. 195). Diese Norm ist nicht „analog“ auf das Steuerrecht anwendbar. Vgl. BVerfG 24.7.1957 - 1 BvL 23/52, BVerfGE 7, 89, 95, unter B.II., zur parallelen Frage der steuerrechtlichen Anwendbarkeit des in Art. 103 II GG ebenfalls enthaltenen Rückwirkungsverbots: „Keinesfalls“ gehe es an, Art. 103 II GG, der sich ausdrücklich nur auf Strafgesetze beziehe, „analog auf eine für den einzelnen Steuerzahler verhältnismäßig belanglose steuerrechtliche Bestimmung wie § 27 II des Hundesteuergesetzes anzuwenden.“ Vgl. auch *Herzog*, StBj 1985/86, S. 27, 43: Zwar hätte es angesichts der historischen Nähe des Steuerrechts zum Strafrecht durchaus eine „gewisse innere Logik“, das Analogieverbot des Art. 103 II GG vom Strafrecht auf das Steuerrecht zu erstrecken. Umgekehrt folge aber aus der Tatsache, dass angesichts dieser dem Parlamentarischen Rat bekannten geschichtlichen Entwicklung nur für das Strafrecht ein Analogieverbot ausgesprochen werde, „um so sicherer“, dass dasselbe für das Steuerrecht (und das Enteignungsrecht) eben nicht gewollt gewesen sei. Ein Analogieverbot aufgrund Analogie sei zudem logisch ein „Monstrum“.

72 Vgl. *Larenz*, S. 392: Mitunter könne sich aus dem Gesetz ein „Analogieverbot“ ergeben, dann nämlich, wenn die gesetzliche Regelung erschöpfend sein wolle, also ein argumentum e contrario berechtigt sei.

73 Vgl. *J. Lang*, in: *Tipke/Lang*, § 4 Rz. 157.

74 Grundlegend *Papier*, S. 161 ff.

75 Siehe die Nachweise oben 1. Kapitel, E.II.3., S. 83; speziell zum Parlamentsvorbehalt siehe *Kamm*, S. 98: Mit der demokratischen Komponente des Grundsatzes der Tatbestandsmäßigkeit der Besteuerung seien die methodologischen Verfahren der teleologischen Reduktion, der teleologischen Extension und der Induktion (verstanden i.S. von Gesamtanalogie) vereinbar.

ressen können in anderen Rechtsgebieten unter Umständen noch weit größer sein als im Steuerrecht.<sup>76</sup> Außerdem wird der beste Vertrauensschutz nicht etwa durch den Wortlaut eines immer komplizierteren Geflechts von Besteuerungs- und Ausnahmetatbeständen erreicht, sondern nur durch nachvollziehbare und konsequent verfolgte Gesetzeszwecke. Die Wortsinnschranke gewährleistet wegen der Unsicherheiten der Wortlautauslegung außerhalb des Begriffskerns gerade keine Rechtssicherheit.<sup>77</sup> Die Grenzen zwischen noch möglicher Wortlautauslegung und Rechtsfortbildung sind häufig fließend;<sup>78</sup> das durch den Wortlaut zu schützende Vertrauen lässt sich dann gar nicht klar abgrenzen. In der steuerrechtlichen Rechtsprechung gibt es zahlreiche Beispiele, wo der Gesetzeswortlaut unter Berufung auf die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ bis auf das Äußerste strapaziert wird.<sup>79</sup> Nicht die dem Gesetzeszweck verpflichtete Analogie oder Reduktion, sondern die durch das angebliche Verbot der Rechtsfortbildung geschaffene Grauzone zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsanwendung schafft Rechtsunsicherheit.<sup>80</sup>

Die hier vertretene Ansicht von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der steuerbegründenden oder -verschärfenden Rechtsfortbildung im Steuerrecht entspricht im Übrigen der vom BVerfG vorgegebenen Linie. In der Entscheidung vom 12.3.1985 über die BFH-Rechtsprechung zur Betriebsaufspaltung heißt es, der finanzgerichtlichen Rechtsprechung sei es „nicht von vornherein verwehrt, im Wege der Rechtsfortbildung veränderten wirtschaftlichen Situationen Rechnung zu tragen“. Die „Grenzen zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung“ würden erst dann überschritten, wenn die gesetzliche Regelung „nach Wortlaut, Systematik und Sinn abschließend gestaltet wäre“.<sup>81</sup>

Was die *methodologischen* Vorbehalte gegenüber der Rechtsfortbildung im Steu-

76 Siehe bereits oben I., S.309.

77 Vgl. *Locher*, S. 135: Rechtssicherheit bei der Rechtsanwendung gewährleiste die abstrakte Wortlautschranke nicht.

78 Vgl. *Kriele*, S. 223, der von einer „breiten Zone“ spricht, in der „sowohl Wortlautauslegung als auch Lückenausfüllung möglich“ sind und „zur Wahl“ stehen.

79 Siehe etwa die Besteuerung „verdeckter Gewinnausschüttungen“ auf Seiten des Gesellschafters auf der Basis des früheren § 20 I Nr. 1 EStG a.F. (vor Einführung des Satzes 2) BFH 24.1.1989 - VIII R 74/84, BStBl II 1989, 419, unter 2.; BFH 19.3.1991 - VIII R 2/85, BFH/NV 1992, 19; ferner die Qualifizierung von Besitzgesellschaften im Rahmen der Betriebsaufspaltung als Gewerbetrieb i.S. des Einkommensteuer- oder Gewerbesteuerrechts, z.B. BFH 8.11.1971 - GrS 2/71, BStBl II 1972, 63, unter V., zu § 2 I 1 GewStG. Vgl. auch die weite Auslegung des Begriffs der Zinsen (§ 20 I Nr. 7 EStG a.F.) vor Inkrafttreten des StMBG 1994; hierzu Schmidt-*Heinicke*, § 20 EStG, Rz. 170: Da im Schrifttum und wohl auch in der Rspr. umstritten gewesen sei, ob die Finanzverwaltung bereits bisher zutreffend unabhängig von der Bezeichnung und zivilrechtlichen Gestaltung alle bei „wirtschaftlicher Betrachtung“ für die Kapitalüberlassung zur Nutzung gezahlten Vorteile den steuerbaren Kapitaleinnahmen zurechnete, habe sich der Gesetzgeber im StMBG 1994 zu einer längst geplanten „Klarstellung“ [Anführungszeichen im Original] in § 20 I Nr. 7 und II 1 Nr. 2-4 EStG veranlasst gesehen.

80 Ähnlich *J. Lang*, in: Tipke/Lang § 4, Rz. 192: Die Anwendungsgrenze des möglichen Wortsinns schaffe nur bedingt Rechtssicherheit, da es innerhalb der Wortsinngrenze i.d.R. mehrere Sinn- und Auslegungsvarianten gebe.

81 BVerfG 12.3.1985 - 1 BvR 571/81 u.a., BVerfGE 69, 188, 203, unter C.I.2., zu BFH 8.11.1971 (Fn. 79). Vgl. *Herzog*, StBjB 1985/86, S. 27, 43: Es sei „mehr als zweifelhaft“, dass es ein Analogieverbot mit Bezug auf das Steuerrecht in unserer Verfassungsordnung gebe.

errecht angeht, können steuerbegründende oder -verschärfende Tatbestände genauso von (über den Wortlaut hinausgehenden bzw. hinter ihm zurückbleibenden) „Sachgesetzlichkeiten“ (Gesetzeszwecken) geprägt sein wie sonstige (Steuer)-Tatbestände auch. Das betrifft Lenkungssteuern („Zwecksteuern“) wie reine Fiskalsteuern. Richtig ist zwar, dass Steuernormen ausschließlich oder zumindest auch auf das Ziel der Finanzierung des allgemeinen Staatshaushalts gerichtet sind. Ferner lässt sich nicht bestreiten, dass dieses Ziel bereits allein durch den Eintritt der Steuerrechtsfolge erreicht wird, so dass sich aus dem Zweck der Einnahmeerzielung besondere Erkenntnisse für die Auslegung des Steuertatbestands nicht ableiten lassen.<sup>82</sup> Das bedeutet aber noch nicht, dass Steuernormen einem teleologischen Zugang gänzlich verschlossen wären.<sup>83</sup> Der Begriff des Gesetzeszwecks ist nämlich vielschichtig. Die Einnahmenerzielung kennzeichnet lediglich das rechtspolitische Endziel des Gesetzgebers. Normzweck i.S. der Methodenlehre sind demgegenüber die einzelnen Erwägungsgründe und Wertentscheidungen, die den Gesetzgeber bei der konkreten Ausgestaltung von Tatbestand und Rechtsfolgen und der hiermit verbundenen Interessenabwägung geleitet haben. Jede vom Gleichheitsideal der Kopfsteuer abweichende steuergesetzliche Differenzierung muss, soll sie vor der Messlatte des allgemeinen Gleichheitssatzes Bestand haben, von sachlichen oder praktischen Erwägungen geleitet sein<sup>84</sup> und verfügt deshalb über einen besonderen „Gesetzeszweck“.<sup>85</sup> Teleologische Steuerrechtsanwendung bedeutet, dass sich der Rechtsanwender diese der Norm zugrunde liegenden Annahmen und Wertentscheidungen des Gesetzgebers zu eigen macht und für den konkreten Fall „zu Ende denkt“. Je genauer sich diese Erwägungsgründe aufdecken lassen und je konkreter diese Gründe sind, desto einfacher ist es, eine Norm „teleologisch“ auszulegen, zu ergänzen oder zu beschränken. Bei der Frage der Existenz eines analogiefähigen Normzwecks im Steuerrechts darf der Blick also nicht einseitig auf den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge verengt werden.<sup>86</sup> Dementsprechend, aber im Widerspruch zu ihrer eigenen Prämissen erheben die Vertreter der Ansicht von der Unmöglichkeit der Analogie auch gar keine Einwände gegen die teleologische *Auslegung* im Steuerrecht.<sup>87</sup> Schließlich spricht

<sup>82</sup> Vgl. *Vogel*, DStZA 1977, 5, 9: Eine Auslegung nach dem Ertragszweck führe „zu einer nahezu unbegrenzten Ausdehnung aller Steuerpflichten“; siehe auch bereits oben B., vor I., S. 309.

<sup>83</sup> *J. Lang*, in: *Tipke/Lang*, § 4, Rz. 189: Es sei „evident“, dass es auch im Steuerrecht analogiefähige Prinzipien gebe.

<sup>84</sup> Oben I., S. 309 ff., sowie 1. Kapitel, E.II.1.a., S. 74 ff.

<sup>85</sup> Den Zusammenhang zwischen Analogiefähigkeit und Gleichheitssatz ansprechend *Tipke*, Bd. 1, S. 223: Wäre das Steuerrecht nicht analogiefähig, so würde man konsequenterweise zum Ergebnis kommen müssen, dass es sich auch dem Gleichheitssatz nicht unterwerfen lasse.

<sup>86</sup> So aber *Flume*, StBj 1967/68, 64: Die steuerrechtliche Tatbestandsbeschreibung sei „nicht Ausdruck einer sachgerechten Problemlösung“. Die steuerrechtlichen Tatbestände suchten die Gerechtigkeit [gemeint ist: im Gegensatz zu anderen Rechtsgebieten] nicht in der „richtigen“ Beziehung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge zu verwirklichen, sondern im Verhältnis aller Rechtsfolgen und Rechtsfolgebetroffenen zueinander und gemeinsam zum Staat als Steuergläubiger. Zustimmend *Danzer*, S. 60.

<sup>87</sup> Siehe *Danzer*, S. 64: Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ sei „eine Möglichkeit, den Zweck einer bestimmten Regelung [des Steuerrechts] zu konkretisieren“. Dazu oben II., S. 313 ff.

die rechtsvergleichende Erfahrung, dass in ausländischen Steuerrechtsordnungen die belastende Analogie durchaus praktiziert wird, gegen die Auffassung von der sachlogisch bedingten Analogieunfähigkeit des Steuerrechts.<sup>88</sup> Wenn das Steuerrecht tatsächlich teleologische Besonderheiten aufweist, sind diese nicht sachlogisch bedingt, sondern Ausdruck des Erfahrungssatzes, dass die steuertatbestandlichen Differenzierungen häufig weniger auf Systematik ausgerichtet und mehr den Zufälligkeiten der politischer Interessenkämpfe ausgesetzt sind als in anderen Rechtsbereichen.<sup>89</sup> Dabei besteht ein enger Zusammenhang mit Typisierung bei der steuertatbestandlichen Konkretisierung der Leistungsfähigkeit der Steuerpflichtigen.<sup>90</sup> Immer dort, wo der Gesetzgeber zulässigerweise im Interesse der praktischen Gleichheit typisiert, trägt der Steuertatbestand Elemente der Willkür in sich und fehlt es folglich an Sachgesetzlichkeiten für die teleologische Rechtsfortbildung. Nur deshalb, mangels ungewollter Regelungslücken, sind Steuernormen häufig nicht analogiefähig. Das gilt unabhängig davon, ob die Steuernorm belastend oder begünstigend ist.

Für den vorliegenden Kontext ergibt sich somit die folgende Erkenntnis: Im Grundsatz bestehen weder verfassungsrechtliche noch methodologische Einwendungen dagegen, die Rechtsfortbildung als Mittel der bewussten Gleichbehandlung von Einkünften aus natürlichen und synthetischen Finanzinstrumenten heranzuziehen. In dem Maße, wie etwaige Ungleichbehandlungen auf der typisierenden Differenzierung des Einkommensteuerrechts nach unterschiedlichen Einkunftsarten als solcher beruhen, dürfte es allerdings schwer sein, hinter dem Gesetzeswortlaut die für die Analogie bzw. die teleologische Reduktion notwendigen Sachgesetzlichkeiten auszumachen.

#### **IV. Steuerumgehung**

Das Rechtsinstitut der Steuerumgehung in Form des Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten (§ 42 AO)<sup>91</sup> scheint sich wegen seines Zusammenhangs mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise<sup>92</sup> und wegen seines Abstellens auf subjektive Kriterien in der Person des Steuerpflichtigen auf den ersten Blick besonders zu eignen als

88 Siehe den Überblick bei *Tipke*, Bd. 1, S. 219 ff.: Die belastende Analogie wird z.B. in der österreichischen (a.a.O., S. 219) und in der französischen (a.a.O., S. 221) Rspr. als zulässig (und damit als möglich) erachtet. In den USA wird gar nicht erst zwischen Analogie und Auslegung unterschieden; der „economic substance test“ zur Bekämpfung der Steuerumgehung wird als Auslegungstechnik verstanden (*Bankman*, NYU-Colloquium on Tax Policy, unter III.A.).

89 *Walz*, S. 231, zu den methodologischen Grenzen teleologischer Ansätze im Steuerrecht: Die wesentlich engere Orientierung der Rspr. am Wort Sinn des Einzeltatbestands, als das in anderen Teilrechtsordnungen, „ja selbst im Strafrecht“ üblich sei, beruhe auf der „Systemlosigkeit des Steuerrechts“.

90 Hierzu oben I., S. 309 ff.

91 *Tipke*, Bd. 3, S. 1329: § 42 AO erfasse nicht die Umgehung von Steuergesetzen schlechthin, sondern nur einen Sonderfall der Steuerumgehung.

92 Vgl. *Tipke*, Bd. 3, der die Steuerumgehung (S. 1323-1352) systematisch bei der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ einordnet. Zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise s.o. II., S. 313 ff.

Mittel gegen die Steuerarbitrage mit Derivaten, also gegen privatrechtliche Gestaltungen, welche die unterschiedliche Besteuerung natürlicher und synthetischer Positionen zum Erzielen von Steuervorteilen ausnutzen. Bereits oben<sup>93</sup> wurde zwar festgestellt, dass der Gesetzesumgehung grundsätzlich keine eigenständige Bedeutung neben den anerkannten Methoden der Rechtsanwendung und -fortbildung (Auslegung, Analogie und teleologische Reduktion) zukommt. Es blieb aber noch offen, ob möglicherweise für die Steuerumgehung angesichts deren ausdrücklicher Regelung etwas Besonderes gilt. Dieser Frage ist nun nachzugehen.

### 1. Meinungsstand

Das Bedürfnis für die besondere gesetzliche Regelung der Steuerumgehung durch § 42 AO wird in dem Umstand gesehen, dass „nach gegenwärtig herrschender Meinung“ die Auslegung am möglichen Wortsinn endet und ein Verbot steuerbelastender Analogie besteht.<sup>94</sup> Dementsprechend begreift man § 42 AO als gesetzliche Durchbrechung des Analogieverbots.<sup>95</sup> Diejenigen, welche die belastende Analogie im Steuerrecht für möglich und zulässig erachten, werten § 42 AO als „Unterfall der Analogie“.<sup>96</sup>

Eine Steuerumgehung i.S. des § 42 AO liegt nach ständiger Rechtsprechung des BFH vor, „wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die zur Erreichung des angestrebten wirtschaftlichen Ziels unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll“ (subjektives Element der Umgehungsabsicht) „und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche außersteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist“ (objektives Element der Unangemessenheit).<sup>97</sup> Eine Rechtsgestaltung gilt als unangemessen, „wenn verständige Parteien in Anbetracht des wirtschaftlichen Sachverhalts und der wirtschaftlichen Zielsetzung nicht in der gewählten Weise verfahren wären“,<sup>98</sup> weil sie sie als „unpassend“ erachten.<sup>99</sup> Die Unangemessenheit einer Rechtsgestaltung, so der BFH, trete deutlich hervor, wenn die Gestaltung „überhaupt keinem wirtschaftlichen Zweck“ diene, „also ein vernünftiger wirtschaftlicher Grund nicht zu entdecken“ sei.<sup>100</sup> Jede Gestaltung gilt

93 1. Kapitel, E.II.4., S. 84 ff.

94 Tipke, Bd. 3, S. 1328 f.; ders. /Lang, § 5 Rz. 96. Zur Analogie s.o. III., S. 317 ff.

95 Vgl. BFH 13.2.1980 - II R 18/75, BStBl II 1980, 364, unter II.1.a.: § 6 StAnpG (jetzt § 42 AO) bewirke, „dass in den von ihm erfassten Ausnahmefällen eine steuerbegründende Analogie zulässig“ sei.

96 J. Lang, in: Tipke/Lang, § 5, Rz. 98.

97 BFH 19.8.1999 - I R 77/96, BFHE 189, 342, unter II.1.a., zum inkongruenten Schütt-aus-Holz-zurück-Verfahren; BFH 29.10.1997 - I R 35/96, BStBl II 1998, 235, unter II.4. (m.w.N.), zur Antragsberechtigung nach § 50d EStG. Aus dem Schrifttum speziell zum subjektiven Element siehe z.B. J. Lang, in: Tipke/Lang, § 5, Rz. 108: Das Missbrauchen sei eine „finale Handlung“. Der Steuerpflichtige müsse mit Umgehungsabsicht gehandelt haben. Er müsse sich bewusst sein, dass er „den Normsinn, nicht aber den Wortsinn“ erfülle.

98 BFH 17.1.1991 - IV R 132/85, BStBl II 1991, 607, unter 3., m.w.N.

99 BFH 19.8.1999 (Fn. 97).

100 BFH 17.1.1991 (Fn. 98), m.w.N.. Vgl. auch J. Lang, in: Tipke/Lang, § 5, Rz. 107: Rechtliche

demnach als unangemessen, die der Steuerpflichtige allein wegen der erhofften steuerrechtlichen Vorteile wählt.<sup>101</sup> Der Unterschied zwischen der als solchen nicht rechtswidrigen Steuerumgehung und der strafbaren Steuerhinterziehung (§ 370 AO) bzw. der ordnungswidrigen leichtfertigen Steuerverkürzung (§ 378 AO) besteht darin, dass der Steuerpflichtige für die Finanzverwaltung bei der Umgehung nur die steuerrechtliche *Subsumtion*, bei den §§ 370, 378 AO aber die Kenntnisnahme des zu besteuernden *Sachverhalts* erschwert.<sup>102</sup>

Rechtsfolge der Qualifizierung einer Gestaltung als Steuerumgehung ist nach § 42 S. 2 AO die Fiktion einer „den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung“ für die Bestimmung des Steueranspruchs. Die steuerrechtliche Anpassung der rechtlichen Behandlung synthetischer Positionen an diejenige natürlicher Positionen (bewusste Gleichbehandlung) lässt sich demnach über § 42 AO erreichen, wenn man den Willen zur Steuerarbitrage („Umgehungsabsicht“) feststellt sowie die natürliche Position als „angemessen“ und die synthetische als „unangemessen“ qualifiziert.

## 2. Stellungnahme

Es gibt keinen Grund, die Gesetzesumgehung rechtssystematisch im Steuerrecht anders zu behandeln als in der übrigen Rechtsordnung. Die „Steuerumgehung“ ist ein Fall der Bestimmung des Anwendungsbereichs der umgangenen bzw. erschlichenen Norm und hat als solche keine eigenständige Bedeutung. Sie geht vielmehr auf in der teleologischen Auslegung, in der Analogie oder - beim „Erschleichen“ steuerbegünstigender Normen<sup>103</sup> - in der teleologischen Reduktion. In Rechtsprechung und Schrifttum wird

Gestaltungen, die lediglich aus steuerrechtlichen Gründen gewählt würden, bewirken nicht selten keinen „wirtschaftlichen Vorgang“ [Anführungszeichen im Original]. Sie seien „daher“ von vornherein unangemessen.

<sup>101</sup> Siehe auch BFH 27.7.1999 - VIII R 36/98, BStBl II 1999, 769, unter 3.c.: Ein Wertpapiergeschäft sei unangemessen, wenn für den Steuerpflichtigen bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses feststehe, dass sich das Geschäft „ausschließlich im Falle seiner steuerlichen Anerkennung vorteilhaft für ihn auswirken“ würde. Zust. zur st. Rspr. des BFH *J. Lang*, in: Tipke/Lang, § 5 Rz. 105, der erläuternd hinzufügt, unangemessen seien auf jeden Fall „abwegige Kniffe und Schliche“. Unangemessene Rechtsgestaltungen benutzten „nicht selten Umwege“, seien „oft umständlich, kompliziert, schwerfällig, unökonomisch, gekünstelt, unnatürlich, undurchsichtig, widersinnig, wenig effektiv oder gar überflüssig“. Bestätigend jetzt BFH 19.8.1999 (Fn. 97): Da es im Bestreben der Rechtsordnung liege, „für alle wirtschaftlichen Vorgänge möglichst einfache Rechtsgestaltungen zur Verfügung zu stellen“, sei „in der Regel der einfachste rechtliche Weg der angemessene“.

<sup>102</sup> Vgl. *Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Bd. IV, § 88, Rz. 80: Das Bemühen der Steuerpflichtigen, steuerbelastende Tatbestände zu meiden, sei legitim, solange deren „Belastungsgrund“ („legale Steuervermeidung“) und nicht nur deren „Erkennbarkeit“ („rechtswidrige Steuerumgehung“) vermieden werde.

<sup>103</sup> BFH 27.7.1999 (Fn. 101), unter 3.a.: Ein Missbrauch i.S. des § 42 AO könne auch vorliegen, wenn eine unangemessene Gestaltung für die Verwirklichung des Tatbestandes einer begünstigenden Gesetzesvorschrift gewählt werde; ebenso FG Hannover 3.9.1992 (Fn. 68), zum umsatzsteuerrechtlichen Vorsteuerabzug des Grundstückskäufers bei für den insolventen Verkäufer wirtschaftlich sinnvoller Rechnungserteilung.

zwar der methodologische Zusammenhang der Steuerumgehung mit der Analogie<sup>104</sup> und auch, hier allerdings nur vereinzelt, mit der teleologischen Reduktion<sup>105</sup> durchaus anerkannt; die notwendigen Konsequenzen für die Auslegung des Merkmals der Unangemessenheit sowie für die Umgehungsabsicht werden hieraus freilich in der Regel nicht gezogen. Der tiefere Grund hierfür liegt in der verfehlten<sup>106</sup> Ansicht vom Bestehen eines verfassungsrechtlichen Verbots der steuerbelastenden Analogie. Danach ist § 42 AO nur deshalb nicht verfassungswidrig, weil diese Norm „neben der Ermächtigung zur Lückenfüllung“ zusätzliche, „über die bloße Bindung an den immanenten Sinn und Zweck hinausgehende Begrenzungen in Gestalt der vom Bürger in gewissem Grade durchaus voraussehbaren und kalkulierbaren Inadäquanz der gewählten Rechtsform in Bezug auf das selbst gesteckte wirtschaftliche Ziel“ enthält.<sup>107</sup> Betrachtet man die steuerbelastende Analogie dagegen wie hier vertreten für zulässig, entfällt die Notwendigkeit einer Sonderbehandlung der Gesetzesumgehung im Steuerrecht. Daraus ergeben sich Folgerungen für die Auslegung des § 42 AO.

Der Begriff der *Angemessenheit* enthält eine Wertung. Deren Kriterien sind dem Gesetz, nämlich dem Zweck der „umgangenen“ Norm, und nicht dem rechtsfreien Raum zu entnehmen. Genau das aber bewirkt die Formel der Rechtsprechung dadurch, dass sie die Unangemessenheit der Gestaltung auf das Verhältnis dieser Gestaltung zur wirtschaftlichen Zielsetzung des Steuerpflichtigen bezieht. Maßstab der Betrachtung ist in der Regel, mangels sonstiger außersteuerlicher Kriterien, die „wirtschaftliche“ Oppor-

104 Vgl. BFH 28.6.1989 - II B 89/88, BFH/NV 1990, 323, 325, unter 1., wo von der „nach § 42 AO 1977 gebotenen Tatbestandsanalogie“ die Rede ist. Siehe auch oben 1., S. 324, bei Fn. 96.

105 Siehe FG Hannover 3.9.1992 (Fn. 68): Es könne „dahingestellt bleiben, ob § 42 AO vom rechts-systematischen Ansatz her lediglich als Bekräftigung der ohnehin zulässigen teleologischen Reduktion anzusehen“ sei, „oder ob § 42 AO dem Rechtsanwender erst die Befugnis zu einer über den möglichen Wortsinn hinausreichenden einengenden Anwendung einer begünstigenden Rechts-norm“ erteile [Hervorhebung durch den *Verf.*]. Diese Entscheidung wurde aufgehoben durch BFH 23.9.1983 (V R 3/93, BFH/NV 1994, 745), allerdings ohne Bezugnahme auf die soeben zitierten Ausführungen.

106 S.o. III.2., S. 320 ff.

107 Papier, S. 188 f.; ähnlich BFH 13.2.1980 (Fn. 95), wo das Gericht den Zusammenhang mit der Analogie zwar sieht, aber davon ausgeht, § 42 AO setze über die wertungsmäßige Vergleichbarkeit des Sachverhalts hinaus *zusätzliche* Anforderungen. Die Begriffe „Missbrauch“ und „Umgehung des Steuergesetzes“ dienten „der Einengung der zulässigen steuerbegründenden Analogie“. Aus ihrem Sinnzusammenhang ergebe sich, „dass ungewöhnliche Wege zur Erzielung eines Erfolgs unter der weiteren Voraussetzung, dass dieser Erfolg den Wertungen eines bestimmten Steuertatbestandes“ entspreche, so behandelt werden dürften, „als wäre der Steuertatbestand verwirklicht worden“ [Hervorhebung durch den *Verf.*]. Deutlich wird die Trennung von Normanwendung und Steuerumgehung z.B. auch in BFH 6.2.1991 - I R 101/88, BStBl II 1991, 851, unter II.1.: Kreditverbindlichkeiten gegenüber verschiedenen bei der Kreditgewährung nicht zusammenwirkenden Banken seien, so heißt es dort, auch dann nicht als einheitliche Schuld i.S. von § 8 Nr.1 GewStG zu beurteilen, wenn ein Bankkredit mit Mitteln eines bei einer anderen Bank aufgenommenen Kredits getilgt werde „und der Wechsel des Kreditgebers ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten“ sei, weil er nur dazu dienen solle, „der durch die Qualifizierung der Verbindlichkeiten als Dauerschulden eintretenden Steuerbelastung zu entgehen“. „In derartigen Fällen“ sei bei der Festsetzung des Gewerbesteuermessbetrags jedoch nach § 42 AO von den Besteuerungsgrundlagen auszugehen, die sich ergeben hätten, wenn der Kreditgeber nicht gewechselt hätte.

tunität bzw. Normalität des zu beurteilenden Verhaltens. Damit werden Steuerverwaltung und Gerichte weder ihren Fähigkeiten noch ihrer Aufgabe gerecht. Bei dieser Beurteilung bleiben zudem die in der Unternehmenspraxis gerade entscheidenden steuerrechtlichen Erwägungen bewusst außer Betracht. Die „wirtschaftliche“ Angemessenheit ist somit gar keine betriebswirtschaftliche, sondern eine normativ-fiktive. Die rechtlichen Resultate werden dadurch willkürlich.<sup>108</sup>

Mitverantwortlich für die Fehlinterpretation des § 42 AO ist der missverständliche Wortlaut der Vorschrift. Der Begriff des „Missbrauchs“ von Gestaltungsmöglichkeiten sowie derjenige der „Angemessenheit“ der vom Steuerpflichtigen gewählten rechtlichen Gestaltung verleiten dazu, in der Steuerumgehung einen zumindest objektiven, nach dem persönlichen Vorverständnis des Rechtsanwenders auszufüllenden Unwertgehalt zu sehen,<sup>109</sup> den sie gar nicht besitzt. Es geht nicht darum, den Steuerpflichtigen dafür zu sanktionieren, dass er bewusst eine steuergünstige Gestaltung gewählt hat. Die Steuerpflichtigen sind, das erkennt die Rechtsprechung auch an, „grundsätzlich frei, ihre rechtlichen Verhältnisse so zu gestalten, dass sich eine geringere Steuerbelastung ergibt“.<sup>110</sup> Die gewählte Gestaltung ist insoweit also der Besteuerung zugrunde zu legen.<sup>111</sup> Dem-

108 Vgl. Klein, S. 82 (m.w.N.): Die Ermittlung des Werturteils der Unangemessenheit allein aus der Relation zwischen Gestaltung und angestrebtem Ziel führe zu einer „normfernen Beliebigkeit“ der Missbrauchsdefinition; Paus, DStZ 2000, 261, 263: Der Gesichtspunkt der unangemessenen Gestaltung verliere jede Bedeutung, wenn man jede Gestaltung für unangemessen halte, die der Steuerpflichtige allein wegen der erhofften steuerlichen Vorteile wähle.

109 Siehe z.B. BFH 23.10.1991 - I R 40/89, BStBl II 1992, 1026, unter II.1.b.dd., zur Zwischenschaltung niedrig besteuterter ausländischer Basisgesellschaften, wo in Bezug auf § 42 AO von einem „Missbrauchsverdikt“ und „Manipulation“ die Rede ist; ebenso wieder jüngst BFH 19.1.2000 - I R 94/97, DStR 2000, 511, unter II.1.a., zur Zwischenschaltung von Basisgesellschaften in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft im niedrig besteuerten Ausland: Das Steuerrecht respektiere grundsätzlich die gewählte zivilrechtliche Gestaltung. Dies gelte jedoch „nicht für solche Gestaltungen, die nur der Manipulation dienten. Scheinbar widersprüchlich hierzu BFH 13.2.1980 (Fn. 95): Die Begriffe „Missbrauch“ und „Umgehung des Steuergesetzes“ seien „nicht moralische Wertungen eines bestimmten Verhaltens“, sondern dienten „der Einengung der zulässigen steuerbegründenden Analogie“. [Hervorhebungen durch den Verf.]

110 BFH 23.10.1996 - I R 55/95, BStBl II 1998, 90, unter II.2., m.w.N.; siehe auch BFH Beschl. 29.11.1982 - GrS 1/81, BStBl II 1983, 272, 277, zu Wertpapierpensionsgeschäften, unter C.III.: Das Gestaltungsmotiv der Ersparnis von Steuern mache die Gestaltung nicht unangemessen und rechtsmissbräuchlich; vgl. ferner die Begründung zum Entwurf einer RAO, Bericht des 11. Ausschusses, Nationalversammlung, 1919, DS Nr. 1460, S. 4: Dem Steuerpflichtigen könne es grundsätzlich nicht verwehrt werden, sein Rechtsverhältnisse beliebig zu gestalten, selbst wenn dies entscheidend aus Steuerersparnisgründen geschehe (zit. nach Fischer, DB 1996, 644, 647). Zur gleichheitsrechtlichen Unbedenklichkeit der Anerkennung der Steuergestaltung BVerfG 14.4.1959 - 1 BvL 23/57 u.a., BVerfGE 9, 237, 249 ff., unter C.I.2., zu steuergestaltenden Arbeitsverträgen unter Ehegatten: Wollten Ehegatten ernsthaft auch [gemeint ist: neben dem steuerlichen Motiv] zivilrechtlich gebunden sein, so sei „schwer einzusehen, warum solchen Verträgen die steuerliche Wirkung [§ 26a EStG a.F.] versagt sein sollte“.

111 BFH 23.10.1996 (Fn. 110). Etwas anderes gelte nur, wenn die Voraussetzungen des § 42 AO erfüllt wären. Rechtsvergleichend erwähnenswert ist die Entscheidung des Supreme Court of Canada 14.6.1999, *Shell Canada Limited v. Her Majesty The Queen*, [1999] 3 S.C.R. 622, Rz. 45 ([http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1999/vol3/html/1999scr3\\_0622.html](http://www.lexum.umontreal.ca/csc-scc/en/pub/1999/vol3/html/1999scr3_0622.html), Abruf v. 1.9.2000), zur steuerlichen Behandlung einer Verschuldungsmaßnahme in einer hochverzinslichen Währung, die mittels eines Kassatauschs und eines Devisentermingeschäfts in ein synthetisches

entsprechend ist die wirtschaftliche Entscheidungsneutralität des Steuerrechts auch nicht etwa bindender Rechtsgrundsatz, sondern allenfalls rechts- oder wirtschaftspolitische Wunschvorstellung.<sup>112</sup> Bei der Beurteilung der Steuerarbitrage mit Derivaten läuft ein „wirtschaftliches“ Verständnis der „Unangemessenheit“ schon deshalb leer, weil natürliche und synthetische Positionen anerkanntermaßen (finanz-) wirtschaftlich gleichwertig sind.<sup>113</sup> Gestaltungen, die nach dem BFH „überhaupt keinem wirtschaftlichen Zweck“ dienen,<sup>114</sup> und denen man schon unabhängig von der konkreten Steuernorm die steuerrechtliche Anerkennung versagen muss, gibt es bei genauer Betrachtung nicht, sofern sie nur wirklich gewollt und keine Scheingeschäfte sind. Jede Transaktion und jede Kombination von Transaktionen erfüllt zumindest objektiv gesehen eine wirtschaftliche Funktion, mag diese auch für den Steuerpflichtigen subjektiv nicht von Bedeutung sein. Selbst der Extremfall des Kaufs und sofortigen Wiederverkaufs derselben Sache oder des gleichzeitigen Kaufs und Verkaufs gleichartiger Gegenstände ist in seiner Gesamtheit wirtschaftlich nicht vollständig neutral - sei es wegen des kurzen Zeitraums, innerhalb dessen sich die erworbene Sache im Eigentum des Steuerpflichtigen befand, sei es wegen der mit den Transaktionen entstehenden schuldrechtlichen Ansprüche. Erst recht gilt dies, wenn dabei einer der Erwerbs- oder Veräußerungsakte synthetisch unter Einsatz von Derivaten dupliziert wird. Die finanzwirtschaftliche Ausgeglichenheit einer solchen Position darf nicht verwechselt werden mit ihrer wirtschaftlichen Bedeutungslosigkeit.

Im Übrigen versagt die herrschende Auslegung der „Unangemessenheit“ bei solchen zwei- oder mehrseitigen steuergestaltenden Konstruktionen, bei denen die Steuerpflichtigen nur indirekt über die Preisgestaltung an den erzielten Steuvorteilen der Gegenseite teilhaben.<sup>115</sup> Deutlich wird das Versagen des Angemessenheitskriteriums

Darlehen in einer niedriger verzinslichen Währung umgewandelt wurde: „Unless the [Income Tax] Act provides otherwise, a taxpayer is entitled to be taxed based on what it actually did, not based on what it could have done, and certainly not based on what a less sophisticated taxpayer might have done.“

112 Vgl. *J. Lang*, Entwurf, Rz. 358: Das von *Rainer Elschen* (1991) und *Franz Wagner* (1992) formulierte Ideal einer entscheidungsneutralen Besteuerung sei „sicher mit den historischen Vorstellungen der Steuergleichheit, Steuergerechtigkeit und des Leistungsfähigkeitsprinzips nicht zu vereinbaren“. Es entspreche aber „ziemlich exakt dem modernen rechtlichen Verständnis einer gleichmäßigen Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit, das u.a. in der Forderung nach Rechtsformneutralität der Besteuerung seinen Niederschlag finde; *D. Schneider*, DB 1999, 105: Die „Norm [gemeint ist: „steuerpolitische Norm“, vgl. a.a.O., S. 110] Entscheidungsneutralität der Einkommensteuer“ beziehe sich auf die fiskalische, nicht wirtschaftslenkende Besteuerung. Sie besage, „dass über den Liquiditätsentzug hinaus die Handlungen vernünftig Wirtschaftender bei ihrem Einkommenserwerb möglichst nicht durch einkommensabhängige Steuerzahlungen verändert werden, sondern so erfolgen sollen, wie sie in einer sonst gleichen, aber einkommensteuerlosen Welt getroffen würden“.

113 Treffend Supreme Court of Canada 15.10.1999 (Fn. 111), Rz. 46: „Inquiring into the »economic realities« of a particular situation [...] wrongly invites a rule that where there are two ways to structure a transaction with the same economic effect, the court must have regard only to the one without tax advantages“.

114 S.o. unter 1., S. 324.

115 Vgl. *D. Schneider*, StuW 1985, 345, 353: Steuervermeidung werde in einer „ökonomisch falschen Problemsicht“ dort vermutet, wo aufgrund von Steuerplanung Entscheidungsänderungen befürwor-

unter diesen Voraussetzungen am Beispiel des sog. Dividendenstripping, das den Gesetzgeber in Gestalt des im Zuge der Körperschaftsteuerreform 2001 nun wieder aufgehobenen § 50c EStG a.F. zur Schaffung einer speziellen Missbrauchsnorm veranlasst hatte. Sie dehnte die Rechtsfolgen des Missbrauchs auf den anrechnungsberechtigten Steuerpflichtigen aus, obwohl an sich nicht dieser, sondern der Nichtanrechnungsberechtigte infolge der „Umweggestaltung“ gesetzlich nicht vorgesehene Steuervorteile zog.<sup>116</sup> Es sei ausgeschlossen, so führt der BGH aus, „das mit § 50c EStG gewollte Gesetzesziel gleichermaßen mit Hilfe des § 42 AO zu erreichen“.<sup>117</sup>

Nach der hier vertretenen Konzeption ist demgegenüber eine rechtliche Gestaltung allein deshalb „den wirtschaftlichen Vorgängen angemessen“ i.S. des § 42 AO, weil sie dem *zivilrechtlichen* Normalfall entspricht, von dem der Steuergesetzgeber bei der Regelung eines *wirtschaftlichen* Sachverhalts (aus Gründen der Vereinfachung) ausgegangen ist.<sup>118</sup> Regelmäßig nämlich umschreiben Steuertatbestände die als steuerwürdig angesehenen wirtschaftlichen Sachverhalte vereinfachend „in ihrer *typischen* zivilrechtlichen Gestaltung“.<sup>119</sup> Dies führt dazu, dass der vom Normzweck erfasste „wirtschaftliche Tatbestand“ über den „zivilrechtlich formulierten“ Tatbestand „hinausschießt“.<sup>120</sup> Die Bedeutung des § 42 AO besteht so gesehen darin, dass jemand, der den „wirtschaftlichen Effekt“, den das Gesetz erfassen will, mit einer anderen, „vom Wortsinn des Gesetzes nicht mehr erreichten“ und *insofern* unangemessenen (atypischen) zivilrechtlichen Gestaltung herbeiführt, steuerrechtlich so behandelt wird, „als habe er die angemessene, vom Gesetz erfasste Gestaltung gewählt“.<sup>121</sup> Während „angemessen“ aus dieser Sicht also nichts anderes als „vom Wortlaut und Normzweck gedeckt“ bedeutet, ist

tet werden. Steuerplanung des einzelnen Unternehmers stelle aber lediglich die in einer Wettbewerbswirtschaft vernünftige Anpassung an bereits bekannte Steuerwirkungen dar. Steuerplanung könne institutionsbildende Steuerausweichhandlungen (am Bsp. des Finanzierungs-Leasing) nicht aufdecken, weil deren wirtschaftliche Ursache über die Preisgestaltung hinweg nur im gemeinsamen Vorteil der Vertragsschließenden bestehe. Methodisch grundlegend für die ökonomische Analyse des Steuerrechts sei die „Suche nach dem gemeinsamen Steuervorteil“ der Vertragsparteien.

116 BFH 15.12.1999 - I R 29/97, DStZ 2000, 379, unter II.3.b.aa.

117 BFH 15.12.1999 (Fn. 116); gegen eine Anwendung der Grundsätze dieser Entscheidung über den entschiedenen Einzelfall hinaus BMF 6.10.2000 - IV C 6-S 2189-11/00.

118 Besser als in § 42 AO kam dieser Zusammenhang in § 5 II Nr. 1 RAO 1919 zum Ausdruck: Danach war Missbrauch u.a. in Fällen gegeben, „wo das Gesetz wirtschaftliche Vorgänge [...] in der ihnen *entsprechenden* rechtlichen Gestaltung der Steuer unterwirft“, „ihnen nicht entsprechende [...] Rechtsformen gewählt [...] werden“ und „derselbe Erfolg erzielt wird, der erzielt wäre, wenn eine dem wirtschaftlichen Vorgang *entsprechende* rechtliche Gestaltung gewählt wäre [...]“ [zit. nach Klein, S. 123, Hervorhebungen durch den *Verf.*]. Das Wort „*entsprechend*“ vermeidet im Gegensatz zu „angemessen“ jeden moralisierenden Unterton.

119 J. Lang, in: Tipke/Lang, § 5, Rz. 97 [Hervorhebung durch den *Verf.*]; vgl. auch BFH 6.3.1990 - II R 88/87, BStBl II 1990, 446, 447, unter 2., wo in Zusammenhang mit § 42 AO von der „in einem Steuergesetz bezeichneten typischen zivilrechtlichen Form“ die Rede ist, der die tatsächlich getroffenen Vereinbarung „formal“ nicht entspricht.

120 J. Lang, in: Tipke/Lang, § 5, Rz. 99.

121 J. Lang, in: Tipke/Lang, § 5, Rz. 98; ähnlich BFH 13.2.1980 (Fn. 95), m.w.N.: Nach § 42 AO dürften „ungewöhnliche Wege zur Erzielung eines Erfolgs unter der weiteren Voraussetzung, dass dieser Erfolg den Wertungen eines bestimmten Steuertatbestandes entspricht“, so behandelt wer-

„unangemessen“ diejenige Gestaltung, die zwar nicht mehr vom Wortlaut, aber noch vom Normzweck her abgedeckt wird.<sup>122</sup> Das ist exakt dieselbe Ausgangssituation, nach der sich auch die Zulässigkeit einer Analogie oder einer teleologischen Reduktion richtet. Jeweils geht es um Lückenfüllung nach dem Maßstab des Normzwecks.<sup>123</sup> Ob man § 42 AO als echte, rechtsfortbildende Analogie bzw. teleologische Reduktion i.S. der Methodenlehre oder als gesetzlich angeordnete „Sachverhaltsfiktion“ begreift,<sup>124</sup> ist bloß eine Frage der Begrifflichkeit und ohne praktische Bedeutung. Begreift man die Analogie als Methode der Rechtsfortbildung praeter legem, ist eine Analogie, die durch das Gesetz angeordnet wird (§ 42 AO), bereits begrifflich nicht denkbar. Die Anhänger des steuerrechtlichen Analogieverbots, zu denen auch der historische Gesetzgeber der AO gezählt hat, müssen § 42 AO bereits deshalb als Sachverhaltsfiktion deuten, um sich zu ihrer eigenen Prämisse nicht in Widerspruch zu setzen.

Das zusätzliche Erfordernis der Absicht des Steuerpflichtigen zur Umgehung oder Erschleichung einer Steuernorm („*Umgehungsabsicht*“) beschränkt die Anwendbarkeit des § 42 AO auf Fälle der bewussten (Versuche von) Steuerarbitrage. Für die Vertreter der Auffassung, die Angemessenheit der Gestaltung sei am eigenen wirtschaftlichen Ziel des Steuerpflichtigen zu messen, ist es dogmatisch notwendiges Korrektiv des Eingriffs in die unternehmerische Selbstbestimmung. Nach dem hier vertretenen Ansatz aber ist sie überflüssig.

Bereits begrifflich verlangt der „Missbrauch“ (§ 42 AO) nicht notwendigerweise nach einer entsprechenden Absicht.<sup>125</sup> Für die Fälle des institutionellen Rechtsmiss-

den, „als wäre der Steuertatbestand verwirklicht worden“.

122 Ansätze zur zumindest ergänzenden Berücksichtigung des Zwecks der umgangenen (bzw. erschienenen) Norm im Rahmen des § 42 AO lassen sich in der Rspr. des BFH durchaus finden: Vgl. BFH 19.8.1999 (Fn. 97): Ein „Gestaltungsmisbrauch“ liege „stets nur dann vor, wenn die gewählte Gestaltung nach den *Wertungen des Gesetzgebers*, die den jeweils maßgeblichen steuerrechtlichen Vorschriften zugrunde liegen, der Steuerumgehung dienen soll, ansonsten aber nicht“ [Hervorhebung durch den *Verf.*]; BFH 16.1.1992 - V R 1/91, BStBl II 1992, 541, 543, unter II.3.c., vor aa., zum umsatzsteuerrechtlichen Vorsteuerabzug: § 42 AO setze „eine am *Gesetzeszweck* vorbeizielende rechtliche Gestaltung“ voraus [Hervorhebung durch den *Verf.*]; ähnlich BFH 6.3.1990 (Fn. 119). Vgl. auch BFH 23.10.1991 (Fn. 109): Hier wird die Frage der Umgehung nicht am Zweck der (möglicherweise) umgangenen Norm, sondern am Zweck sonstiger Normen geprüft, mit denen die umgogene Norm in systematischem Zusammenhang steht.

123 Vorbildlich für die teleologische Reduktion FG Hannover 3.9.1992 (Fn. 68): Der Anwendungsbe- reich des § 42 AO reiche *nicht* über die Grenzen der teleologischen Reduktion hinaus. Diese Grenzen würden durch den Gesetzeszweck gezogen. Eine Umgehung können daher nur vorliegen, wenn eine steuergesetzliche Regelung entgegen ihrem Wortsinn vom Gesetzeszweck her einer Einschränkung bedürfe.

124 So für die Umgehung steuerbelastender Normen Klein, S. 37-39; ebenso BFH 13.2.1980 (Fn. 95): Während die Analogie darin bestehe, „dass die für einen bestimmten Sachverhalt gegebene Regelung auf einen anderen, ihm wertungsmäßig gleich zu erachtenden übertragen“ werde, ordne § 6 StAnpG [jetzt: § 42 AO] an, „dass die missbräuchliche, oder anders ausgedrückt, unangemessene Gestaltung gedanklich durch die angemessene ersetzt“ werde. „Mit dieser technischen Lösung des Konflikts zwischen dem Wortlaut einer Rechtsnorm und der ihr zugrunde liegenden Wertung“ werde „aber dasselbe Ergebnis erzielt wie mit der analogen Anwendung des Steuertatbestandes“.

125 Wie hier Fischer, DB 1996, 644, 645: Umgehungsabsicht sei nicht erforderlich, es gehe um die Geltung des objektiven Rechts, nicht um Sanktionen böswilligen Verhaltens; Danzer, S. 101-103.

brauchs außerhalb des Steuerrechts ist dies anerkannt.<sup>126</sup> Praktisch entfaltet das subjektive Element in der Rechtsprechung des BFH bezeichnenderweise keine Bedeutung, da sein Vorliegen im Wege einer Vermutung aus dem Fehlen wirtschaftlicher oder sonst beachtlicher Gründe abgeleitet wird.<sup>127</sup> Diese Vermutung, so heißt es, gehe auf die Überlegung zurück, dass die gewählte Gestaltung „auf irgendwelchen Absichten“ beruhen müsse.<sup>128</sup> Im Übrigen ist das Kriterium der Umgehungsabsicht selbst innerhalb des BFH umstritten. Im Gegensatz etwa zum ersten, vierten und achten steht ihm der fünfte Senat distanziert gegenüber.<sup>129</sup>

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Mit der Erkenntnis von der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und methodologischen Durchführbarkeit der belastenden Analogie bzw. Reduktion im Steuerrecht verliert § 42 AO seine Daseinsberechtigung. Diese Vorschrift hat insofern nur deklaratorischen Charakter. Für die steuerrechtliche Bewältigung des finanzwirtschaftlichen Bausteineneffekts hat die Steuerumgehung gegenüber den allgemeinen Methoden der Rechtsfortbildung keine eigenständige Funktion.

## ***V. Steuererlass aus Billigkeitsgründen***

Für den vorliegenden Kontext könnte sich die Frage eines Steuererlasses aus Billigkeitsgründen im Festsetzungs- oder Erhebungsverfahren (§ 163 bzw. § 227 AO) immer dann stellen, wenn eine synthetische Positionen zu einer höheren Steuerlast führt als eine wirtschaftlich gleichwertige natürliche. Der Billigkeitserlass ist grundsätzlich eine Ermessensentscheidung der Finanzverwaltung, die innerhalb der Grenzen der pflichtgemäßen Ermessensausübung nicht justizierbar ist.<sup>130</sup> Die tatbestandlichen Vorausset-

A.A. BFH 5.3.1986 - I R 201/82, BStBl II 1986, 496, unter 3., zur Zwischenschaltung einer ausländischen Basisgesellschaft: Die Steuerumgehungsabsicht sei ein sich aus „der Erwähnung des Missbrauchs in § 6 I StAnPg“ [= § 42 AO] ergebendes subjektives Tatbestandsmerkmal.

126 S.o. 1. Kapitel, E.II.4., S. 85.

127 Vgl. BFH 7.7.1998 - VIII R 10/96, BFHE 186, 534, unter II.1.c., zum Verkauf aller Anteile an einer GmbH zwecks Vermeidung einer Besteuerung des Liquidationserlöses nach § 20 I Nr.2 EStG: Bei einer den wirtschaftlichen Verhältnissen unangemessenen Gestaltung spreche „eine tatsächliche Vermutung“ für die Missbrauchsabsicht des Steuerpflichtigen, wenn für diese Gestaltung wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlten.

128 BGH 5.3.1986 (Fn. 125).

129 BFH 10.9.1992 - V R 104/91, BStBl II 1993, 253, unter II.4.: Es bedürfe keiner Entscheidung der Frage, ob § 42 AO das Vorliegen einer Missbrauchsabsicht voraussetze. Der Senat habe hierzu die Auffassung vertreten, „dass die Anwendung des § 42 AO nicht durch subjektive Umstände wie Gutgläubigkeit, Rechtsunkenntnis, Unerfahrenheit oder Ungeschicklichkeit vermieden werden“ könne, wenn die objektiven Umstände eine unangemessene Gestaltung ergeben (m.w.N.). Damit habe „der Senat im Ergebnis verneint, dass die Missbrauchsabsicht Tatbestandsmerkmal des § 42 AO“ sei; offen gelassen in BFH 17.6.1998 - X R 68/95, BFHE 186, 288, unter II.3.e.

130 Vgl. Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschl. 19.10.1971 - GmS-OGB 3/70, BFHE 105, 101, zu § 131 I 1 AO a.F. (jetzt: § 163 AO), unter 6.: Zwischen dem Begriff „unbillig“ und der Folge „können“ bestehe eine „unlösbare Verbindung“. Der Begriff „unbillig“ rage deshalb „in den Ermessensbereich hinein“.

zungen der §§ 163, 227 AO sind identisch.<sup>131</sup> Das gemeinsame Kriterium der „Unbilligkeit“ der Erhebung bzw. Einziehung „nach Lage des einzelnen Falles“ ist gleichlaufend auszulegen. Relevant werden könnte die *sachliche* Unbilligkeit in Gestalt der Zweckverfehlung sowie der Grundrechtsverletzung.<sup>132</sup>

Bei der *Zweckverfehlung* besteht zwar nach dem gesetzlichen Tatbestand ein Anspruch aus dem Steuerschuldverhältnis, seine Geltendmachung ist „aber mit dem Zweck des Gesetzes nicht oder nicht mehr zu rechtfertigen“ und läuft „dessen Wertungen zu wider“.<sup>133</sup> Das maßgebliche Gesetz braucht dazu nicht unbedingt dasjenige zu sein, das Grundlage der Besteuerung ist. Eine niedrigere Steuerfestsetzung bzw. -erhebung ist nur insoweit zulässig, „als angenommen werden kann, der Gesetzgeber würde die im Billigkeitswege zu entscheidende Frage - hätte er sie geregelt - i.S. der vorgesehenen Billigkeitsmaßnahme entscheiden“.<sup>134</sup> Entscheidend ist der „erklärte oder mutmaßliche Willen des Gesetzgebers“.<sup>135</sup>

Ein Billigkeitserlass in der Fallgruppe der *Grundrechtsverletzung* kann zur Wahrung der Grundrechte „bei generalisierenden und typisierenden Steuertatbeständen geboten sein, „wenn die Regelungen nur deshalb einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten, weil im Einzelfall oder in Gruppen von Einzelfällen die Möglichkeit besteht, auftretenden Härten durch Billigkeitsmaßnahmen Rechnung zu tragen“.<sup>136</sup> In diesen Fällen reduziert sich das Ermessen der Finanzbehörde nach §§ 163, 227 AO auf null.<sup>137</sup> Anders ist es, wenn die Einziehung der Steuer „zwar dem zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers“ entspricht, dieser aber einer an den Grundrechten ausgerichteten verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht standhält. Dann ist das Gesetz als solches verfassungswidrig. Das kann aber „nur in den dafür vorgesehenen Verfahren geltend gemacht werden und rechtfertigt keinen Billigkeitserlass“.<sup>138</sup> Bei fehlender rechtlicher Anerkennung des Bausteineffekts kommt als verletztes Grundrecht in erster Linie der allgemeine Gleichheitssatz in Betracht. Das wird, wenn überhaupt, wegen der

131 Seer, in: Tipke/Lang, § 22, Rz. 295.

132 Zu den Fallgruppen der sachlichen Unbilligkeit Seer (Fn. 131), Rz. 334-337.

133 BFH 15.10.1998 - IV R 69/97, BStBl II 1999, 41, unter 2.a., zu § 227 AO; ähnlich BFH 23.3.1998 - II R 26/96, BFH/NV 1998, 1098, unter II.1, m.w.N., zu § 163 AO: Die Einziehung der Steuer müsse dort „zwar dem Gesetz entsprechen, aber infolge eines Gesetzesüberhangs den Wertungen des Gesetzgebers derart zuwiderlaufen, dass sie unbillig erscheint“.

134 BFH 23.3.1998 (Fn. 133), unter II.1, m.w.N.

135 BFH 27.3.1958 - Vz 181/57 U, BStBl III 1958, 248.

136 BFH 23.3.1998 (Fn. 133), unter II.1. [Hervorhebungen durch den *Verf.*]; vgl. auch BVerfG 5.4.1978 - 1 BvR 117/73, BVerfGE 48, 102, unter C.II.1., C.II.3., vor a.: „Das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Übermaßverbot“ zwinge dazu, „Befreiung von einer schematisierenden Belastung zu erteilen, wenn die Folgen extrem über das normale Maß hinausschießen, das der Schematisierung zugrunde liegt“.

137 Vgl. BVerfG 10.11.1998 - 2 BvR 1220/93, BStBl II 1999, 193, unter B.II.: Das BVerfG habe „eine Verfassungspflicht zum Billigkeitserlass festgestellt, wenn die Anwendung eines nicht zu beanstandenden Gesetzes in Einzelfällen zu einem »ungewollten Überhang« führen würde“.

138 BFH 23.3.1998 (Fn. 133), unter II.1., m.w.N.. Vgl. auch Seer, in: Tipke/Lang, § 22, Rz. 336: §§ 163, 227 AO dürften nicht als „Reparaturwerkzeuge“ für ein verfassungswidriges Gesetz missbraucht werden [Anführungszeichen im Original].

Zulässigkeit tatbestandlicher Typisierungen nur solche Ungleichheiten betreffen, die im Vergleich zu den Typisierungsvorteilen als unverhältnismäßig beurteilt werden müssen.<sup>139</sup>

Egal, ob Zweckverfehlung oder Grundrechtsverletzung: Die sachliche Unbilligkeit muss sich jedenfalls immer auf atypische Einzelfälle beschränken.<sup>140</sup> Die „generelle Geltungsanordnung des Gesetzes“ darf durch einen Billigkeitserlass „nicht unterlaufen“,<sup>141</sup> die vorgesehene Besteuerung nicht „allgemein außer Kraft“ gesetzt werden.<sup>142</sup> Schon deshalb eignet sich der Steuererlass aus sachlichen Gründen nicht zur Gesetzeskorrektur im Falle einer ungleichen Besteuerung der Einkünfte aus natürlichen und synthetischen Positionen. Sollte diese nämlich nicht bereits durch teleologische Auslegung oder Rechtsfortbildung behebbar sein, ist dies ein Zeichen struktureller Inkonsistenzen zwischen den einzelnen Einkunftsarten. Eine vom Gesetz abweichende Steuerfestsetzung oder -erhebung wäre dann nicht mehr eine dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers entsprechende Ausnahme in einem atypischen Härtefall, sondern ein substantieller Eingriffe in die bestehende Gesetzessystematik. Diese Bewertung ist unabhängig davon, wie häufig das Problem in der Besteuerungspraxis tatsächlich auftritt.

Nachdem nun die verfassungsrechtlichen und methodologischen Vorbedingungen des Steuerrechts für die Anerkennung des Bausteineffekts geklärt sind, wendet sich die Untersuchung nun den konkreten Einzeltatbeständen des Einkommensteuerrechts zu. Zunächst wird es um den privaten (C.) und anschließend um den gewerblichen Einsatz von Derivaten gehen (D.). Wegen der Vielfalt der Instrumente und ihrer Kombinationsmöglichkeiten können wie bereits in den vorausgehenden Kapiteln nur exemplarische Fallkonstellationen untersucht werden.<sup>143</sup> Dies wird jedenfalls ausreichen, um die

139 S.o. I., S. 311, bei Fn. 26.

140 Seer (Fn. 331), Rz. 335: Sachliche Unbilligkeit könne vorliegen, wenn „in einem *atypischen* Einzelfall die rechtliche Aussage des Gesetzes über den mit diesem verfolgten Zweck“ hinausreiche [Hervorhebung durch den Verf.].

141 BFH 15.10.1998 (Fn. 133), unter 2.a.. Zuvor bereits BVerfG 5.4.1978 (Fn. 136), unter C.II.3., vor a.: Billigkeitsmaßnahmen dürfen „nicht die einem gesetzlichen Steuertatbestand innenwohnende Wertung des Gesetzgebers generell durchbrechen oder korrigieren, sondern nur einem ungewollten Überhang des gesetzlichen Steuertatbestandes abhelfen“.

142 BFH 23.3.1998 (Fn. 133), unter II.1., m.w.N.; siehe auch BVerfG 5.4.1978 (Fn. 136), unter C.II.3., vor a.: Wenn Billigkeitsmaßnahmen „ein derartiges Ausmaß erreichen müssten, dass sie die allgemeine Geltung des Gesetzes aufhöben, wäre das Gesetz als solches verfassungswidrig.“ Diese Grenze überschreitet - zugunsten der Steuerpflichtigen - z.B. das BMF-Schreiben vom 19.12.1989 (IV A 3 S 7106-55/89) zur „umsatzsteuerrechtlichen Behandlung verschiedener Finanzmarktinovationen und der uneigentlichen Wertpapierleihe“. Es bestimmt unter Gliederungspunkt 1.b., dass mit einem Transaktionsentgelt zu vergütende Leistungen der DTB „aus sachlichen Billigkeitsgründen“ über den Gesetzeswortlaut hinaus („Umsätze im Geschäft mit Geldforderungen und die Vermittlung dieser Umsätze, ausgenommen die Einziehung von Forderungen“) bis zur Vollendung einer dem Gesetzgeber nahegelegten Gesetzesänderung „zunächst im Verwaltungswege als nach § 4 Nr. 8 lit. c UStG von der Umsatzsteuer befreit behandelt“ werden sollen. Vgl. nunmehr mit gleicher Begründung die entsprechende Verfügung der OFD Hannover v. 25.2.1999 (S 7100-435-StO 352) zur „umsatzsteuerlichen Behandlung von Warentermingeschäften für den Agrarhandel in Hannover“ (unter 1.3.) in Bezug auf die Tätigkeit der WTB-Clearing-Bank (WTC).

143 Fast resignierend Plambeck/Rosenbloom/Ring, in: IFA (Hrsg.), S. 735, 740: Obwohl es ein „ver-

Grundprobleme sichtbar zu machen und zu Lösungsmöglichkeiten Stellung zu beziehen.

## C. Private Einkünfte

Bei den Überschusseinkünften führen entsprechend dem Zu- und Abflussprinzip (§§ 8 I, 11 I 1, II 1 EStG) nur solche Vermögenszuwächse zu steuerpflichtigen Einkünften, die sich bereits in Geld oder Geldeswert realisiert haben. Positionen in Finanzinstrumenten werden deshalb erst dann einkommensteuerlich relevant, wenn sie zu positiven oder negativen Zahlungsströmen führen oder wenn sie selbst Gegenstand eines Erwerbsaktes sind, vorausgesetzt, sie werden steuerlich als Güter mit Geldeswert i.S. des § 8 I EStG anerkannt.<sup>144</sup> Um vergleichen zu können, wie natürliche Positionen einerseits und synthetische Positionen andererseits besteuert werden (II.), ist zuvor zu untersuchen, wie einzelne Derivate einkommensteuerrechtlich zu qualifizieren sind (I.).

### I. Einzelne Derivate

Die Darstellung beginnt mit den privaten Veräußerungsgeschäften nach § 22 Nr. 2 i.V.m. 23 EStG. Zwar ist der Tatbestand nach § 23 II 1 EStG gegenüber den anderen Einkunftsarten subsidiär. Er ist aber der einzige, der Zahlungsströme zwar nicht aus „Derivaten“, aber immerhin aus „Termingeschäften“<sup>145</sup> ausdrücklich nennt.

#### 1. Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften

Die Einkunftsart der „privaten Veräußerungsgeschäfte“ (§§ 22 Nr. 2, 23 EStG) als Unterfall der „sonstigen Einkünfte“ i.S. des § 2 I Nr. 7 EStG ist neu. Entstanden ist sie im Zuge der Steuerreform 1999<sup>146</sup> durch Ausweitung der unter § 23 EStG a.F. geregelten „Spekulationsgeschäfte“<sup>147</sup> auf „Termingeschäfte“ (§ 23 I 1 Nr. 4 EStG). Gleichzeitig ist die Spekulationsfrist für Wirtschaftsgüter außerhalb des Immobilienbereichs von sechs Monaten auf ein Jahr verlängert worden (§ 23 I 1 Nr. 2 EStG). Neben den „Spekulationsgeschäften“ bisherigen Typs unterliegen nunmehr der Einkommensteuer Einkün-

---

wandtes und faszinierendes Thema“ sei, untersuche der Bericht nicht in systematischer Weise „die Verwendung von Derivaten zur Nachbildung konventioneller Transaktionen“. Der Grund liege in der unbegrenzten Variationsbreite solcher Gestaltungsmöglichkeiten.

<sup>144</sup> Hierzu unten C.I.3., S. 359 ff.

<sup>145</sup> Zum Zusammenhang der „Termingeschäfte“ nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG mit dem Begriff des Derivats und des derivativeähnlichen Geschäfts s.u. 1.a.bb., S. 340 ff.

<sup>146</sup> Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 v. 4.3.1999, BGBI I, 402.

<sup>147</sup> Wie sich aus der Übergangsvorschrift des § 52 XXXIX 2 EStG ergibt, bleibt die bisherige Regelung bis einschließlich zum Veranlagungszeitraum (VZ) 1998 anwendbar.

te aus „Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt, sofern der Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil nicht mehr als ein Jahr beträgt.“ Das bereits bisher bestehende Verbot des horizontalen Ausgleichs von Verlusten im Bereich des § 23 EStG mit „sonstigen Einkünften“ (§ 22 EStG) anderer Art sowie mit Überschüssen aus anderen Einkunftsarten wurde beibehalten (§ 23 III 8 HS 1 EStG). Das absolute Verbot des Verlustvor- und -rücktrags (interperiodischer Verlustabzug, § 23 III 4 HS 2 EStG a.F.) wurde unter dem Eindruck des (nicht unmittelbar einschlägigen) Beschlusses des BVerfG vom 30.9.1998 zur Verfassungswidrigkeit des § 22 Nr. 3 S. 3 EStG a.F.<sup>148</sup> eingeschränkt,<sup>149</sup> so dass Verluste nun auf Überschüsse aus privaten Veräußerungsgeschäften in unmittelbar angrenzenden Veranlagungszeiträumen angerechnet werden dürfen (§ 23 III 8 HS 2, 9 EStG).<sup>150</sup> Die nachfolgende Betrachtung beginnt mit der Besteuerung von Zahlungsströmen aus der Erfüllung von Derivaten bei Fälligkeit (a.). Anschließend werden die Zahlungsströme aus der vorzeitigen Glattstellung dieser Geschäfte behandelt (b.).

#### *a. Zahlungsströme bei Fälligkeit*

Die Bedeutung und Reichweite der tatbestandlichen Ausweitung des § 23 EStG lässt sich am besten vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtslage zur Besteuerung von Termingeschäften erschließen. Diese soll zunächst erörtert werden.

---

148 BVerfG Beschl. 30.9.1998 - 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88: Danach verstößt der völlige Ausschluss der Verlustverrechnung bei laufenden Einkünften aus der Vermietung beweglicher Gegenstände nach § 22 Nr 3 S. 3 EStG gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art 3 I GG.

149 Siehe die Begründung des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 v. 9.11.1998, BT-Drucks. 14/23, S. 180: Die Ergänzung des § 23 III EStG „trage“ der Vorgabe des BVerfG in seinem Beschl. v. 30.9.1998 (Fn. 148), „Rechnung“; Schmidt-Heinicke, § 23 EStG, Rz. 60, der die Möglichkeit einer Verfassungswidrigkeit der Altregelung anspricht. Vgl. demgegenüber die Verfügung der OFD Düsseldorf v. 6.7.1999, S 2256 A - St 121: Die Bindungswirkung des BVerfG-Beschlusses beschränke sich ausdrücklich auf laufende Einkünfte i.S. des § 22 Nr. 3 EStG aus der Vermietung beweglicher Gegenstände und gelte nicht „für das *ähnlich* geregelte Verlustausgleichsverbot in der bis einschließlich VZ 1998 geltenden Fassung des § 23 III 4 EStG“.

150 Siehe auch unten D.III., S. 404 ff., zur Beschränkung des Verlustausgleichs bei Termingeschäften im betrieblichen Bereich (§ 15 IV 3 EStG), die sich als „Folgeänderung“ versteht (Dritter Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drucks. 14/443 v. 3.3.1999, S. 27).

### *aa. Bisherige Rechtslage*

Der bisherige Tatbestand der „Spekulationsgeschäfte“ beschränkte sich auf die Besteuerung realisierter Wertdifferenzen aus dem zeitversetzten Kassaerwerb und der Kassaveräußerung von Wirtschaftsgütern.<sup>151</sup> Gewinne aus Primärgeschäften am Terminmarkt wurden nach der Rechtsprechung über § 23 EStG a.F. bei Barausgleich überhaupt nicht<sup>152</sup> und bei Erfüllung in Natur auch nicht als solche, sondern nur dann besteuert, wenn der Lieferung bzw. Abnahme innerhalb der Spekulationsfrist ein gegenläufiges Erwerbs- bzw. Veräußerungsgeschäft vorausgegangen war oder wenn der in ihr enthaltene Vorteil durch nachfolgende Veräußerung bzw. nachfolgenden Rückerwerb am Kas- samarkt (Glattstellung) innerhalb der Spekulationsfrist in Geld umgewandelt wurde.<sup>153</sup>

Hierbei übersah man, dass der Tatbestand des § 23 I 1 EStG a.F. in Gestalt der Nr. 1 lit. b (Terminkauf) bzw. der Nr. 2 (Terminverkauf) zwar nach seinem Wortlaut auf das Glattstellungsgeschäft passte, nicht aber seinem Sinn nach. Denn die besteuerte Spekulation findet bei Termingeschäften mit Erfüllung in Natur (im Wesentlichen) gar nicht zwischen dem Zeitpunkt der Erfüllung und der Glattstellung, also *zwischen* den tatbestandsmäßigen Transaktionen, sondern schon davor, nämlich während der Laufzeit des Termingeschäfts statt. Mit § 23 EStG a.F. wollte der Gesetzgeber keineswegs jede Art von durch Veräußerungsgeschäfte realisierten Überschüssen aus den Schwankungen der Preise von Wirtschaftsgütern innerhalb eines vorgegebenen Zeitraums (Spekulationsfrist) erfassen. Vielmehr lag § 23 I EStG a.F. und liegt § 23 I 1 Nr. 2, Nr. 3 EStG n.F. auch heute noch in beiden Tatbestandsvarianten (Ankauf/Verkauf und Ver-

151 Die Änderung des Paragraphentitels in § 23 EStG („Private Veräußerungsgeschäfte“) reflektiert nicht die Ausweitung des Tatbestands. Sie ist insofern irreführend, als gerade die frühere Regelung ausschließlich „Veräußerungsgeschäfte“ regelte und die Neufassung nunmehr mit der Einbeziehung von Risikogeschäften mit Barausgleich darüber hinaus geht. Zweck der Umbenennung war es, zum Ausdruck zu bringen, dass die Besteuerung nicht vom Vorliegen einer besonderen „Spekulationsabsicht“ abhängt (Bericht des Finanzausschusses zum Gesetzentwurf eines Steuernlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drucks. 14/443 v. 3.3.1999, S. 28).

152 Siehe z.B. BFH 8.12.1981 - VIII R 125/79, BStBl II 1982, 618, unter 1.a., zu privaten, als (echte) verdeckte Differenzgeschäfte qualifizierten Devisentermingeschäften: Wenn bei einem Differenzgeschäft „keine schuldrechtlichen Vereinbarungen über die Anschaffung oder den Erwerb und über die Veräußerung von Wirtschaftsgütern, mithin über die Lieferung von Gegenständen getroffen“ würden, dann sei dies kein Spekulationsgeschäft i.S. von § 23 I EStG, weil es an einem Veräußerungsgeschäft über einen Gegenstand fehle; BFH 25.8.1987 - IX R 65/86, BStBl II 1988, 248, unter 1.c., ebenfalls zu Devisentermingeschäften; für die Finanzverwaltung siehe z.B. OFD Hannover 26.8.1998 - S 2256-18-StO 223, DB 1998, 1939, zu „gedeckten Optionsscheinen“ (Covered Warrants), die ein Wahlrecht zwischen Lieferung des Basiswerts oder Barausgleich gewähren: Werde die Option dahingehend ausgeübt, dass ein Barausgleich verlangt werde, bleibe das Optionsgeschäft „steuerlich ohne Auswirkungen“, weil bei Zahlung des Barausgleichs das Optionsrecht erlöscche. Aus dem Schriftum zust. z.B. Czelius, in: Kirchhof/Söhn, § 23 EStG, Rz. B 6 (Stand: Januar 1995).

153 Vgl. FG Düsseldorf 21.10.1969 - II 199/66 E, EFG 1970, 122, 123: Aus der Lieferung von Wertpapieren in der Folge der Ausübung einer Option ergäben sich noch keine einkommensteuerrechtlichen Folgen. Diese träten erst ein, wenn der Erwerber die Wertpapiere innerhalb der Spekulationsfrist des § 23 EStG veräußere.

kauf/Rückkauf) der Gedanke zugrunde, dass es gerade die beiden tatbestandsmäßigen, zeitverschobenen Transaktionen sind, welche die Preisrisikoposition zunächst öffnen und dann wieder schließen. Die Veräußerungsgeschäfte müssen demnach zugleich Mittel für die Erzeugung der Zahlungsströme und Mittel der Spekulation sein. Nur deshalb knüpft die Spekulationsfrist an den Zeitraum zwischen diesen beiden Transaktionen an und nicht abstrakt an die Dauer der Risikotragung. Dementsprechend legt man auch die Begriffe „Anschaffung“ und Veräußerung“ i.S. des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts aus.<sup>154</sup>

Wie verfehlt die Besteuerung von Termingeschäften mit Erfüllung in Natur nach § 23 EStG a.F. war, zeigt sich daran, dass sich das Glattstellungsgeschäft am Kassamarkt jedenfalls gedanklich so gestalten ließ, dass es zeitlich exakt mit der Erfüllung des Termingeschäfts zusammenfiel. Denkbar ist das wegen der Zweivertragstheorie des BFH<sup>155</sup> zumindest für Optionen.<sup>156</sup> Dieser Fall war dann nicht einmal mehr unter den *Wortlaut* des § 23 EStG a.F. (Veräußerungsgeschäft i.e.S.) subsumierbar. Die Besteuerung von Glattstellungsgeschäften, die kurz vor oder kurz nach der Erfüllung des Termingeschäft abgeschlossen werden, erschien dann willkürlich. Darüber hinaus führte die bisherige Auslegung des § 23 EStG a.F. dazu, dass Gewinne aus einer Option selbst dann besteuert werden konnten, wenn die Laufzeit die Spekulationsfrist überschritt, solange nur die Glattstellungstransaktion innerhalb der Frist abgeschlossen wurde. Bei Futures und Forwards mit einer kürzeren Laufzeit als die Spekulationsfrist ließ sich die Steuerpflicht durch eine entsprechende Verzögerung der Glattstellung bis zum Ablauf der Frist, gerechnet ab Vertragsschluss, vermeiden. Dadurch entstanden mit dem Ideal der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit nicht zu vereinbarende Ungleichbehandlungen zwischen Investitionen am Kassa- und am Terminmarkt. Einbußen aus dem Wertverlust von Optionsrechten ließen sich, soweit sie der bei den Überschusseinkünften steuerlich unbeachtlichen „Vermögensphäre“ zugeordnet wurden,<sup>157</sup> ganz einfach dadurch in (allerdings nur innerhalb der Einkunftsart ausgleichs- und interperiodisch gar nicht abzugsfähige) „Verluste aus Spekulationsgeschäften“ (§ 23 III 4 EStG a.F.) umwandeln, dass

<sup>154</sup> Schmidt-Heinicke, § 23 EStG, Rz. 17; Crezelius, in: Kirchhof/Söhn, § 23 EStG, Rz. B 61 (Stand: Januar 1995).

<sup>155</sup> S.o. 1. Kapitel, A.III., S. 15 f.

<sup>156</sup> Bei Terminkäufen bzw. -verkäufen stellt sich das Problem nicht, weil man für die „Anschaffung“ bzw. „Veräußerung“ auf den schuldrechtlichen Vertragsschluss abhebt und somit die Laufzeit des Geschäfts in die Spekulationsfrist einbezieht.

<sup>157</sup> Die Abzugsfähigkeit der Optionsprämie bei Verfall der Option als Verlust aus Spekulationsgeschäften hing davon ab, ob etwaige Gewinne aus dem Ausübungsgeschäft nach § 23 I EStG tatbestandsmäßig gewesen wären. Das wäre z.B. nicht der Fall, wenn der Käufer einer Verkaufsoption vor Fälligkeit der Option bereits im Besitz des Basiswertes gewesen und die Spekulationsfrist bis zur Fälligkeit der Option abgelaufen wäre. Vgl. auf der anderen Seite FG Köln 7.4.1987 - 5 K 55/86, EFG 1987, 508, unter I.: Danach führte der Verfall einer Verkaufsoption immer dann zu einem Verlust aus Spekulationsgeschäften i.S. von § 23 IV 1 EStG a.F., wenn der Optionsinhaber „bei Abschluss des Optionsgeschäftes“ (konsequenter wäre wohl: vor Fälligkeit) noch nicht im Besitz entsprechender Wertpapiere gewesen war. Denn bei Ausübung der Option hätte ihr Inhaber zwingend innerhalb der Spekulationsfrist die zu verkaufenden Papiere erwerben müssen.

man die Optionen eine logische Sekunde vor Verfall am Sekundärmarkt veräußerte bzw. durch ein Gegengeschäft glattstellte.<sup>158</sup> Für die Gesetzesreform ausschlaggebend war schließlich die ungleiche Besteuerung von Einkünften aus Primärgeschäften in Derivaten einerseits und derivateähnlichen Geschäften andererseits.<sup>159</sup> Diese wog umso schwerer, als man den Auffangtatbestand des § 22 Nr. 3 EStG a.F. auf Zahlungsströme aus Festgeschäften mit Barausgleich nicht für anwendbar hielt.<sup>160</sup>

Lediglich Zahlungsströme aus dem Eingehen von Stillhalterpositionen in derivativen oder derivateähnlichen Optionen (Optionsprämien) qualifizierte man als „Einkünfte aus Leistungen“ i.S. des § 22 Nr. 3 EStG a.F..<sup>161</sup> Den Tatbestand des § 23 I EStG a.F. hielt man hier zu Recht für unanwendbar.<sup>162</sup> Bei Erfüllung in Natur wurden Options- und Ausführungsgeschäft steuerrechtlich getrennt beurteilt.<sup>163</sup> Das hatte zur Folge, dass spätere Verluste des Stillhalters aus dem Ausführungsgeschäft nicht als Werbungskosten von der nach § 22 Nr. 3 EStG a.F. zu besteuernnden Prämie abgezogen werden konnten.<sup>164</sup> Im Rahmen des Liefergeschäfts erlittene Verluste aber wurden der unbeachtli-

158 Hierzu unten unter b., S. 345 ff.

159 Vgl. den (1999 nochmals als RegE eingebrachten) Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen v. 9.11.1998, BT-Drucks. 14/23 v. 9.11.1998, S. 179: Geschäfte, die lediglich auf die Differenz zwischen den Börsen- oder Marktpreisen eines Basiswerts zu bestimmten Stichtagen gerichtet seien, unterlägen nach der Rspr. nicht der Spekulationsbesteuerung. Diese Behandlung erscheine „nicht sachgerecht, da es sich bei diesen Geschäften um eine typische Spekulation“ handele, „die vom Normbereich und Gesetzeszweck des § 23 EStG abgedeckt“ werde.

160 Vgl. BFH 25.8.1987 (Fn. 152), unter 2.: Einen gegenseitigen Leistungsaustausch könnte man bei Devisentermingeschäften mit Differenzausgleich zwar darin erblicken, dass jeder „der Vertragspartner dem anderen eine Chance“ einräume, „im Falle einer günstigen Kursentwicklung einen Gewinn in Höhe der Kursdifferenz zu erzielen“. Dafür werde jedoch kein Entgelt gezahlt; zuvor bereits BFH 8.12.1981 (Fn. 152), unter 2., ebenfalls zu Devisentermingeschäften mit Differenzausgleich. Mit dieser Argumentation wurde das Gericht allerdings dem Umstand nicht gerecht, dass der gegenseitigen stochastisch bedingten Verpflichtung bei derivativen Festgeschäften der Leistungscharakter, verstanden i.S. eines synallagmatischen Austausches (BFH 23.6.1964 - GrS 1/64 S, BStBl III 1964, 500, unter II.; BFH 28.11.1984 - I R 290/81, BStBl II 1985, 264, unter II., vor 1.: „do ut des“), nicht abgesprochen werden kann. Siehe hierzu oben 2. Kapitel, B.I.2.a.aa., S. 147 ff.

161 BFH 28.11.1990 - X R 197/87, BStBl II 1991, 300, unter I.2., zu einer Wertpapierverkaufsoption mit Erfüllung in Natur; BFH 28.11.1984 (Fn. 160), unter II.2., zu einer Wertpapierkaufoption mit Erfüllung in Natur; FG Köln 7.4.1987 (Fn. 157); für die Finanzverwaltung siehe BMF-Schreiben v. 10.11.1994 - IV B 3-S 2256-34/94, Rz. 13 (zum Sonderfall des „Verkaufs“ einer Glattstellungsoption mit Closing-Vermerk nach Rz. 8 des Schreibens s.u. unter b.bb., S. 350); zuvor bereits Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg v. 24.3.1972 - S 2256 A-2/70 („Steuerliche Erfassung von Optionsgebühren nach § 22 Ziff. 3 EStG“). Für die parallele Einstufung der Stillhalterleistung als „sonstige Leistung“ i.S. des § 1 I Nr.1 UStG siehe BFH 28.11.1985 - V R 169/82, BStBl II 1986, 160, unter II., zu Optionen mit Barausgleich (auf Wareterminkontrakte).

162 Siehe BFH 28.11.1990 (Fn. 161), unter I.3.: Wertpapieroptionsgeschäfte seien für den Stillhalter „weder Veräußerungsvorgänge noch veräußerungsgünstliche Vorgänge“, gleichviel, ob der Vertragspartner die Option ausübe oder nicht. Das Optionsrecht sei nicht bereits beim Optionsgeber ein selbst geschaffenes selbständiges Wirtschaftsgut, das mit dem Verkauf der Option „veräußert“ [Anführungszeichen im Original] werde.

163 Zur Zweivertragstheorie des BFH siehe bereits oben 1. Kapitel, A.III., S. 15 f.

164 Siehe BFH 28.11.1990 (Fn. 161), unter II.1.: „Vermögensverluste, die dem Stillhalter aus einem sich anschließenden Wertpapiergeschäft oder aus einem gegenläufigen Geschäft“ entstünden, seien

chen „Vermögensphäre“ zugerechnet.<sup>165</sup>

Die Verweigerung des Werbungskostenabzugs der Stillhalteraufwendungen nach bisherigem Recht war neben dem Verbot des kreuzweisen Ausgleichs positiver und negativer Einkünfte aus sonstigen Leistungen einerseits und Spekulationsgeschäften andererseits (§§ 22 Nr. 3 S. 3; 22 Nr. 2, 23 III 4 EStG a.F.) eine zusätzliche Ursache für mit dem Leistungsfähigkeitsgrundsatz nicht zu vereinbarende Inkonsistenzen bei der Besteuerung von Derivaten.<sup>166</sup> So konnte etwa der gleichzeitige Kauf und Verkauf einer Option desselben Typs trotz der finanzwirtschaftlichen Neutralität der Gesamtposition zu einer steuerlichen Belastung führen, und zwar nicht nur im Zeitpunkt des Vertragschluss, sondern auch über die gesamte Laufzeit betrachtet. Während die empfangene Optionsprämie aus der Short-Position in jedem Falle nach § 22 Nr. 3 EStG a.F. zu besteuern war, konnte die bezahlte Prämie in gleicher Höhe, wenn überhaupt,<sup>167</sup> nur innerhalb der Einkunftsart „Spekulationsgeschäfte“ geltend gemacht werden.<sup>168</sup> Wegen des Verbots des externen Verlustausgleichs nach § 23 III 4 EStG a.F. setzte das, vorbehaltlich ausgleichbarer Gewinne aus anderweitigen Spekulationsgeschäften, voraus, dass aus der gekauften Option steuerpflichtige Spekulationsgewinne erzielt wurden. Die dann aber entstehenden entsprechenden Verluste aus der Short-Position waren weder von der erhaltenen Optionsprämie noch, wegen § 22 Nr. 3 S. 3 EStG a.F., von den Gewinnen

„nicht als Werbungskosten abziehbar; ebenso FG Köln 7.4.1987 (Fn. 157): Das Ausführungsgeschäft werde nicht durch das Optionsgeschäft veranlasst, sondern beruhe „auf einer eigenständigen, vom Optionsgeschäft nicht vorherbestimmten Willensentscheidung des Optionskäufers“; FG Karlsruhe 9.2.1984 - X 186/80, EFG 1984, 502; siehe auch bereits den Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg v. 24.3.1972 (Fn. 161). Aus dem Schrifttum zust. z.B. v. Bornhaupt, in: Kirchhof/Söhn, § 9 EStG, Rz. B 861 (Stand: Dezember 1998); Hamacher, Die Bank 1989, 507, 509. A.A. Keuk, DB 1972, 1130, 1133: Die Übernahme eines finanziellen Wagnisses, wie es bei Bürgschaften oder Optionen der Fall sei, sei keine Leistung i.S. des § 22 Nr. 3 EStG. Es handle sich um einen Vorgang „ausschließlich auf dem Gebiet des Kapitalvermögens“, der zu den anderen Einkunftsarten und damit zum Einkommen i.S. des EStG in keine Beziehung gebracht werden könne; nicht im Grundsatz ablehnend, sondern nur speziell für DTB-Optionen mit dem (nicht ganz überzeugenden) Hinweis auf die Möglichkeit der jederzeitigen, nicht nur finanzwirtschaftlichen, sondern auch vertragsrechtlichen Beendigung der Position durch Abschluss einer Closing-Transaktion Hamacher, WM 1991, 1661, 1663: „Von vornherein gar keine Bindung gegen Entgelt“ [Hervorhebung im Original].

165 BFH 28.11.1990 (Fn. 161), unter II.1., zur Kaufoption: Die vom Stillhalter der Kaufoption in Kauf genommene Werteinbuße liege „auf der Vermögensebene“. Dementsprechend würden auch Wertsteigerungen der Basisaktien, derentwegen der Optionsnehmer die Kaufoption verfallen lasse, beim Stillhalter nicht als Einkünfte erfasst. Die Wertschwankungen der Basisaktien seien „allenfalls als Spekulationsgewinne oder -verluste steuerrechtlich erheblich“.

166 Vgl. Keuk, DB 1972, 1130, 1133: Wollte man die Optionsgebühr tatsächlich für steuerpflichtig erklären, „wäre es unabweisbar, steuerlich auch die Realisierung der Gefahr, für deren Übernahme der Steuerpflichtige das Entgelt erhält, zu berücksichtigen“. Es sei schlechterdings „undiskutabel“, das Entgelt für die Übernahme eines finanziellen Wagnisses zu besteuern, zugleich aber den etwaigen Verlust zu ignorieren; ebenso Ebenroth/Einsele, ZIP 1988, 205, 218; dies., a.a.O., S. 219, mit der Gesamteinschätzung, die einkommensteuerrechtliche Behandlung von „Börsentermingeschäften“ weise „keine innere Schlüssigkeit und Logik auf“.

167 S.o. Fn. 157 allgemein zur Abzugsfähigkeit der bezahlten Optionsprämie bei Verfall der Option.

168 Siehe zur Berücksichtigung bezahlter Optionsprämien als Anschaffungskosten (Kaufoptionen) bzw. Werbungskosten (Verkaufsoptionen) BMF 10.11.1994 (Fn. 161), Rz. 6 und 10.

aus der Long-Position abzugsfähig.

### *bb. Einkünfte aus „Termingeschäften“*

Der neue Besteuerungstatbestand des § 23 I 1 Nr. 4 EStG zielt auf Vermögenszuflüsse (Einkünfte) aus der „Beendigung“ wertschwankender Leistungsansprüche aus „Termingeschäften“. Das Merkmal der „Beendigung“ erfasst u.a. das Erlöschen der vertraglichen Ansprüche durch Erfüllung (§ 362 I BGB).<sup>169</sup> Der Begriff des Termingeschäfts wird im EStG zwar noch an zwei anderen Stellen verwendet,<sup>170</sup> aber nirgendwo definiert. Eindeutig erfasst sind durch den Bezug auf das Kriterium des „Differenzausgleichs“ echte Differenzgeschäfte i.S. des § 764 BGB, egal, ob sie verbindlich oder unverbindlich sind.<sup>171</sup> Das betrifft zunächst alle Derivate über liquide Wertpapiere, Waren, Edelmetalle sowie Devisen.<sup>172</sup> Darüber hinaus einbezogen sein dürften unter dem Gesichtspunkt des Differenzausgleichs bzw., bei nicht unmittelbar handelbarem Basiswert, des „durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrags“ alle Derivate über Rechnungseinheiten, Geldmarktinstrumente, Zinssätze oder andere Erträge. Dafür spricht der sich in den Gesetzesmaterialien findende Verweis auf die Derivatebegriffe des § 2 II WpHG sowie des § 1 IX 4 KWG und die beispielhafte Nennung von „Waren-und Devisentermingeschäften mit Differenzausgleich einschließlich Swaps<sup>173</sup>, Index-Optionsgeschäften oder Futures“.<sup>174</sup> Zudem erwähnen die Materialien als Basiswerte beispielhaft „Wertpapiere, Indices, Futures, Zinssätze“.<sup>175</sup> Sonstige Basiswerte („Bezugsgrößen“) dürften zumindest dann tatbestandsmäßig sein, wenn sie (direkt oder indirekt) handelbar und deshalb ihrer Natur nach geeignete Gegenstände steuerpflichtiger Veräußerungsgeschäfte (§ 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG) sind. Das ergibt sich

169 Zur „Beendigung“ durch Glattstellung s.u. unter b.bb., S. 347 ff.

170 §§ 15 IV 3 (s.u. D.III.), § 52 XXXIX 2 EStG.

171 Im RegE hieß es statt „Termingeschäfte“ ausdrücklich „Differenzgeschäfte i.S. des § 764 BGB“ (BT-Drucks. 14/265, S. 13). Der Begriff wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens geändert mit dem Hinweis darauf, § 764 BGB regele nur die rechtlich unverbindlichen Termingeschäfte. Gemeint seien aber „die verbindlichen Termingeschäfte, die wiederum in § 764 BGB nicht geregelt sind“ (Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/443 v. 3.3.1999, S. 27, zum entsprechenden Begriff in § 15 IV 3 EStG). Daraus wird man indes nicht schließen dürfen, dass Zahlungen aus zivilrechtlich unwirksamen Termingeschäften steuerfrei sein sollen (vgl. § 41 I 1 AO).

172 S.o. 2. Kapitel, A.I.2.b., S. 112 ff.

173 Swaps lassen sich als Bündel von Zinssatztermingeschäften begreifen (s.o. 1. Kapitel, A.VI.2.a., S. 33). Für die Frist des § 23 I Nr. 4 EStG sollte man hier nach den einzelnen Zinsterminen differenzieren.

174 Siehe den Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/443, S. 28 f.: Der bereits zivilrechtlich problematische Begriff des Differenzgeschäftes solle „durch den in § 2 WpHG und § 1 KWG definierten Begriff des Termingeschäfts“ ersetzt werden. Da der Begriff des *Termingeschäfts* in den genannten Normen gar nicht definiert wird, können nur die betreffenden *Derivatedefinitionen* gemeint sein. Zu deren Verhältnis zum Begriff des „Derivats“ i.S. dieser Abhandlung s.o. 1. Kapitel, A.V.2.a., S. 26.

175 Dritter Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/443, S. 29.

aus der gesetzessystematischen Überlegung, dass es unter anderem Ziel der Neuregelung war, die Besteuerung von Kassa- und Termininvestitionen zu harmonisieren. Damit jedenfalls werden Gewinne und Verluste aus Derivaten durch § 23 I 1 Nr. 4 EStG vollständig erfasst.

Unter den Wortlaut der Vorschrift lassen sich aber selbst nichthandelbare Basiswerte subsumieren, wie sie nichtderivativen Termingeschäften wie z.B. den sog. Versicherungsderivaten<sup>176</sup> zugrunde liegen. Die teleologische Betrachtung führt zu keinem anderen Ergebnis. Ein sachlicher Grund, weshalb sich die Norm auf die während der Laufzeit jederzeit am Kassamarkt glattstellbaren Termingeschäfte beschränken sollte, ist nicht ersichtlich. Die Glattstellbarkeit bzw. Werthaltigkeit des Termingeschäfts bleibt generell ohne Bedeutung, so dass es bei nichtderivativen Termingeschäften mit Barausgleich nicht darauf ankommt, ob ein Sekundärmarkt existiert.<sup>177</sup> Der Begriff des „Termingeschäfts“ nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG geht außerdem insoweit über den Derivatebegriff hinaus, als er gemäß § 23 I 1 Nr. 4 S. 2 EStG „Zertifikate, die Aktien vertreten“ einbezieht. Indexzertifikate sind keine Derivate, weil es ihnen am ausschließlich aleatorischen Charakter fehlt. Wegen des ihnen de facto eigenen Darlehenselements<sup>178</sup> müssten sie systematisch betrachtet aus der Sicht des Käufers eigentlich bei § 20 I Nr. 7 EStG eingeordnet werden.<sup>179</sup> Die Fallgruppe der verbrieften Optionsrechte (Optionsscheine) wird in § 23 I 1 Nr. 4 S. 2 EStG deshalb ausdrücklich genannt, weil der Gesetzgeber klarstellen will, dass die Rechtsprechung des BGH zur Qualifizierung des Erwerbs abgetrennter Optionsscheine als Kassageschäft in Abgrenzung zu Börsentermingeschäften<sup>180</sup> auf den Begriff des Termingeschäfts nach § 23 EStG nicht übertragbar ist. Die genannten Einschränkungen in Bezug auf den möglichen Basiswert gelten auch für diese Instrumente.

Derivateähnliche Geschäfte, also Termingeschäfte über liquide Basiswerte mit Erfüllung in Natur, sind nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls tatbestandsmäßig, denn der Steuerpflichtige erlangt durch sie einen „durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten [...] Vorteil“. Als „Vorteile“ gelten geldwerte Güter i.S. des § 8 I EStG.<sup>181</sup> Wie auch sonst im Bereich der Überschusseinkünfte<sup>182</sup> fließen geldwerte

176 S.o. 1. Kapitel, A.V.2.b., S. 27.

177 Siehe im Kontrast hierzu die Anforderungen an nichtderivative, ausschließlich aleatorische Termingeschäfte im Hinblick auf die vertragsrechtliche Wirksamkeit (2. Kapitel, B.I.4., S. 166, bei Fn. 386-388) und die insolvenzrechtliche Privilegierung nach § 104 II InsO (3. Kapitel, B.I., Abschn. 1.c.aa.ß., S. 214 f., bei Fn. 106-110).

178 S.o. 1. Kapitel, A.VI.2.b., S. 36.

179 A.A. BMF, Schreiben v. 21.7.1998 - IV B 4-S 2252-116/98 („Besteuerung von Kapitalerträgen; Anlageinstrumente mit Optionsgeschäftselementen - Index- Partizipationsscheine“): Sei bei einer Kapitalanlage die gesamte Rückzahlung ausschließlich von der ungewissen Entwicklung eines Indexes abhängig, erziele der Anleger auch bei positiver Entwicklung des Indexes keinen steuerpflichtigen Kapitalertrag i.S. des § 20 I Nr. 7 EStG. Außer Acht gelassen wird hier die faktische Unmöglichkeit eines Totalverlusts. Zum Verständnis des § 20 I Nr. 7 EStG s.u. unter 2., S. 350 ff.

180 S.o. 2. Kapitel, A.I.1.b., S. 96.

181 Vgl. BFH 23.10.1985 - I R 248/81, BStBl II 1986, 178, unter 1., zum Begriff des „Vorteils“ nach § 20 II Nr. 1 EStG: Was unter besonderen Entgelten und Vorteilen zu verstehen sei, lasse sich der

Güter bei Austauschverträgen grundsätzlich nicht bereits in Gestalt der schuldrechtlichen Ansprüche, sondern erst durch Empfang der Erfüllungsleistung zu. Für die Besteuerung nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG bedeutet dies, dass der steuerpflichtige Terminkäufer die Lieferung aus dem Termingeschäft und der steuerpflichtige Terminverkäufer den Kaufpreis erhalten haben muss. Der Begriff des „Vorteils“ in Abgrenzung von „Geldbetrag“ zeigt andererseits, dass die Realisierung des Geldwertes der empfangenen Lieferung am Kassamarkt nicht notwendig ist. Aus dem Anwendungsbereich der Norm heraus fallen allerdings Termingeschäfte mit Erfüllung in Natur über nicht liquide Basiswerte, deren Vorteile nicht ohne weiteres in Form eines Zahlungsstroms glattstellbar sind. Nicht besteuierbar sind z.B. die infolge gestiegener Rohölpreise erzielten „Gewinne“, die ein Hausbesitzer dadurch erzielt, dass er sein Heizöl beim örtlichen Händler zu einem festen Preis kauft und Lieferung in acht Wochen vereinbart.<sup>183</sup> Solche „Gewinne“ sind nämlich nichts anderes als ersparte Aufwendungen, die grundsätzlich steuerunwirksam bleiben.<sup>184</sup> Dies zeigt der Vergleich mit der wirtschaftlich gleichwertigen Kassastrategie, das Heizöl bereits jetzt liefern zu lassen und acht Wochen lang zu lagern. Steuerpflichtige Gewinne aus privaten Veräußerungsgeschäften (§ 23 I 1 Nr. 2 EStG) fallen hier nicht an.

Nach anderer Ansicht soll sich § 23 I 1 Nr. 4 EStG auf Termingeschäfte mit Barausgleich beschränken.<sup>185</sup> Die Besteuerung von Geschäften mit Naturalerfüllung soll sich in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung nach dem Tatbestand des § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG (entspricht § 23 I 1 Nr. 1 lit. b, Nr. 2 EStG a.F.) richten, d.h. davon abhängig sein, dass die erworbenen Basiswerte innerhalb der Jahresfrist veräußert werden bzw. dass die verkauften Basiswerte vor Jahresfrist erworben oder, bei Leerverkauf, innerhalb eines Jahres wiederbeschafft werden. Am wenigsten zu überzeugen vermag das hierzu vorgetragene Argument, die Gesetzesmaterialien selbst gingen davon aus, dass nur „bestimmte Termingeschäfte“, also nicht alle gemeint seien.<sup>186</sup> Denn auch nach

Begriffsbestimmung der Einnahmen in § 8 I EStG entnehmen.

182 S.u. unter 3.a., S. 359 ff., in Zusammenhang mit den Einkünften aus nichtselbstständiger Arbeit.

183 Die Glattstellung der Abnahmepflicht ist hier deshalb nicht ohne weiteres möglich. Wegen der zu geringen Menge kann das Öl nicht einfach zum Termin an der nächsten Warenkassabörse weiterverkauft werden. Außerdem würden hier die Transportkosten unverhältnismäßig zu Buche schlagen.

184 Schmidt-Heinicke, § 8 EStG, Rz. 25, für die Überschusseinkünfte (am Beispiel eigener Arbeitsleistung); ders., § 4, Rz. 431, für die Gewinneinkünfte.

185 Schlüter, DStR 2000, 226, 228; van Bebber, DStR 1999, 1756, 1758; Wendt, FR 1999, 333, 351 f.: Das Termingeschäft unterscheidet sich vom Geschäft nach § 23 I 1 Nr. 2 EStG dadurch, dass nach dem Vertragsinhalt kein Wirtschaftsgut erworben oder veräußert werden solle; vgl. aber ders., a.a.O., in gleichem Zusammenhang: Eine „Abgrenzung zwischen beiden Formen von Geschäften“ [gemeint ist: Barausgleich und Lieferung] brauche künftig angesichts der identischen „Behaltensfrist“ von einem Jahr nicht mehr vorgenommen zu werden; ders., in: Herrmann/Heuer/Raupach, Steuerreform-Kommentierung, § 15 EStG, Anm. R 14 (Stand: Mai 1999): Im Rahmen des § 23 I Nr. 4 EStG könnte (im Gegensatz zu § 15 IV 3 EStG) zweifelhaft sein, ob auch Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäfte zu den Termingeschäften gehören, da sie bereits unter § 23 I Nr. 2 EStG fielen.

186 Dritter Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/443, S. 28, zu § 23 EStG, Einleitung.

der hier vertretenen Auffassung sind ja keineswegs sämtliche Termingeschäfte mit Erfüllung in Natur tatbestandsmäßig, sondern nur solche mit ausreichend liquider Basiswert. Das weitere, überwiegend vorgetragene Argument stützt sich ebenfalls auf die Gesetzesmaterialien.<sup>187</sup> In der Begründung des ursprünglichen Gesetzentwurfs wird als einziger Grund für die Neuregelung der Wille bekundet, die nach bisheriger Rechtsprechung mangels Lieferung nicht der „Spekulationsbesteuerung“ unterliegenden Geschäfte zu erfassen, „die lediglich auf die *Differenz* zwischen den Börsen- oder Marktpreisen eines Basiswerts zu bestimmten Stichtagen gerichtet sind“. Die bisherige Behandlung, so heißt es dort, erscheine „nicht sachgerecht“, da es sich bei diesen Geschäften „um eine typische Spekulation“ handele, „die vom Normbereich und Gesetzeszweck des § 23 EStG abgedeckt“ werde.<sup>188</sup>

Demnach war der Wille des historischen Gesetzgebers zur Lückenfüllung im Bereich der Differenzgeschäfte *Anlass* der Neuregelung. Daraus kann aber bei objektiver Auslegung nicht geschlossen werden, dass der Gesetzgeber ohne Not alte Wertungswidersprüche aufrechterhalten bzw. neue schaffen wollte. Wie bereits oben<sup>189</sup> dargelegt, passt § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG mit seinem auf Wertänderungen zwischen Anschaffung und Erwerb (bzw. umgekehrt) abgestellten Tatbestand nicht auf Termingeschäfte, denn deren Wertänderungen ergeben sich während der Lauf- bzw. Haltezeit unabhängig vom Zeitpunkt der Glattstellung. Das berücksichtigt § 23 I 1 Nr. 4 EStG, wo für die Bemessung der Jahresfrist auf den Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts abgestellt wird. Die Beschränkung dieser Norm auf Geschäfte mit Barausgleich könnte somit, je nach Zeitpunkt der Glattstellung der Liefer- bzw. Abnahmeverpflichtung, zu einer vom Gesetzgeber nicht gewollten ungleichen Besteuerung gleichwertiger Zahlungsströme aus Derivaten und derivateähnlichen Geschäften führen. Bei Long-Optionen besteht eine zusätzliche Quelle für Ungleichbehandlungen in Bezug auf die Steuerwirksamkeit verfallener Optionsprämien. Denn nach § 23 I 1 Nr. 4, III 5 EStG sind bezahlte Optionsprämien in *jedem* Falle Werbungskosten<sup>190</sup> und nicht mehr nur dann, wie nach der bisherigen Rechtsprechung zu § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG,<sup>191</sup> wenn der Inhaber bereits vor Fälligkeit im Besitz des Basiswerts war (Verkaufsoption) bzw. wenn er die alsbaldige Wiederveräußerung beabsichtigte (Kaufoption).<sup>192</sup>

187 Schlueter, DStR 2000, 226, 228; van Bebber, DStR 1999, 1756, 1758.

188 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 14/23, S. 180.

189 Unter aa., S. 336 ff.

190 Vgl. Wendt, FR 1999, 333, 352: Entgegen der bisherigen Betrachtung würden auch bei Verfall der Option „Einkünfte i.S. des § 23 EStG“ erzielt. Risthaus (in: Herrmann/Heuer/Raupach, Steuerreform-Kommentierung, § 23 EStG, Anm. R 24, Stand: September 2000) hält es für „fraglich“, ob die durch Zahlung der Optionsprämie eingetretene Vermögensminderung „begrifflich den Werbungskosten zugeordnet werden kann“ und empfiehlt eine entsprechende Klarstellung durch die Finanzverwaltung.

191 Hierzu oben unter aa., S. 337 (bei Fn. 157) sowie S. 339 (bei Fn.. 168).

192 Für die Anerkennung von Aufwendungen als Werbungskosten ist es nicht notwendig, dass diese für sich die Tatbestandsvoraussetzungen der Einkunftsart erfüllen, der sie zugeordnet werden. Es kann deshalb für die Abzugsfähigkeit bezahlter Optionsprämien nicht darauf ankommen, ob sich der Verfall der Option als tatbestandsmäßige „Beendigung“ interpretieren lässt. So aber Delp, INF

Zwei weitere Argumente für die Einbeziehung von Termingeschäften mit Erfüllung in Natur lassen sich den Gesetzesmaterialien entnehmen. Zum einen enthält der dritte Bericht des Finanzausschusses in Zusammenhang mit dem Tatbestandsmerkmal des „sonstigen Vorteils“ ausdrücklich das Beispiel der „Lieferung von Wertpapieren“.<sup>193</sup> Zum anderen ist der dort enthaltene Verweis auf den Derivatebegriff des WpHG und KWG zu nennen.<sup>194</sup> Schließlich spricht auch der systematische Zusammenhang des § 23 I 1 Nr. 4 EStG mit dem ebenfalls neu geschaffenen Verlustausgleichsverbot, das § 15 IV 3 EStG im Bereich gewerblicher Einkünfte für Termingeschäfte anordnet,<sup>195</sup> für die hier vertretene Auslegung. Beiden Regelungen nämlich dürfte ein einheitlicher Begriff des „Termingeschäfts“ zugrunde liegen.<sup>196</sup> Der historische Gesetzgeber betrachtet § 15 IV 3 EStG als „Folgeänderung zur Besteuerung der Termingeschäfte als steuerpflichtige Tatbestände i.S. des § 23 EStG“.<sup>197</sup> Für die Zwecke des § 15 IV 3 EStG muss man aber davon ausgehen, dass Termingeschäfte mit Erfüllung in Natur eingeschlossen werden, weil die steuerpolitische Missbilligung spekulativer Termingeschäfte, die hinter dieser Vorschrift steckt, nichts damit zu tun haben kann, ob Barausgleich oder Erfüllung in Natur vereinbart wurde. Das gilt spätestens dann, wenn sich die Verluste aus derivativen Erwerbsgeschäften bereits durch Glattstellung realisiert haben.

Einnahmen aus dem „Verkauf“ einer Option (Optionsprämie), egal ob mit Barausgleich oder Erfüllung in Natur, lassen sich ebenfalls unter § 23 I 1 Nr. 4 EStG subsumieren. Die Rechtsprechung zur Anwendung des § 22 Nr. 3 EStG a.F. in diesen Fällen<sup>198</sup> ist wegen der Subsidiarität dieser Norm („soweit sie weder zu anderen Einkunftsarten [...] noch zu den Einkünften i.S. der Nummern 1, 1a, 2 oder 4 gehören“) nunmehr hinfällig geworden.<sup>199</sup> Diese Auslegung lässt sich ohne weiteres mit dem Wortlaut des § 22 I 1 Nr. 4 EStG vereinbaren. Der veränderliche „Vorteil“ aus dem „Termingeschäft“<sup>200</sup> ist nicht isoliert auf die Leistung einer der Vertragsparteien,<sup>201</sup> sondern auf das gesamte Termingeschäft zu beziehen.<sup>202</sup> Nichts anderes ergibt sich aus der Vorschrift des § 23 III 5 EStG, die begrifflich zwischen dem wertveränderlichen „Vorteil“ und den abziehbaren „Werbungskosten“ unterscheidet, sofern man die Werbungskosten bei Short-

1999, 584, 586; Harenberg, NWB Aktuelles 1999, 1411, 1413.

193 BT-Drucks. 14/443, S. 29.

194 S.o. Fn. 174.

195 Hierzu unten D.III., S. 404 ff.

196 Zurückhaltend *Wendt*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Steuerreform-Kommentierung, § 15, Anm. R 14 (Stand: Mai 1999): Der Begriff des Termingeschäfts nach § 15 IV 3 EStG sei „ähnlich“ zu verstehen wie in § 23 I 1 Nr. 4 EStG.

197 Dritter Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/443, S. 27.

198 S.o. aa., S. 338 f., bei Fn. 161 ff.

199 Ebenso *Wendt*, FR 1999, 333, 352; a.A. *Schlüter*, DStR 2000, 226, 228: Unverändert sei hinsichtlich der Stillhalterprämien die Vorschrift des § 22 Nr. 3 EStG einschlägig.

200 Wörtlich: „Termingeschäfte, durch die [...]“ [Hervorhebung durch den *Verf.*].

201 So aber *Schlüter*, DStR 2000, 226, 228: „Beginn und Ende eines Rechts auf einen Vorteil“ existierten insofern nicht, als die Höhe der Prämie während der Dauer der Optionsvereinbarung unverändert bleibe.

202 Vgl. § 104 III InsO, wo für die Forderung wegen Nichterfüllung ebenfalls auf den Marktwert des

Optionen nicht auf die Stillhalteraufwendungen, sondern auf sonstige Begleitaufwendungen, insbesondere Transaktionskosten bezieht. Im Übrigen ergibt sich der „Vorteil“ auch bei Festgeschäften und Long-Optionen mit Erfüllung in Natur, die bereits aus anderen Gründen den „Termingeschäften“ zuzurechnen sind, erst aus der Saldierung der beiderseits erbrachten Leistungen.

### *b. Vorzeitige Glattstellung*

Stochastische Zahlungsströme lassen sich bei Derivaten und derivateähnlichen Geschäften nicht nur durch die vertragsmäßige Durchführung des Vertrags bei Fälligkeit realisieren, sondern auch im Wege der vorzeitigen Glattstellung der Position durch den Abschluss eines spiegelbildlichen Gegengeschäfts am Termin- oder Kassamarkt oder durch die Veräußerung der Position am Sekundärmarkt, soweit ein solcher existiert. Sollten Gewinne oder Verluste aus der Glattstellung in geringerem Umfang besteuert werden als Zahlungen bei Fälligkeit, könnten Steuerpflichtige steuerliche Vorteile dadurch erwirken, dass sie ihre Terminpositionen eine logische Sekunde vor Fälligkeit glattstellen. Oder sie könnten, um die Steuerfreiheit längerfristiger Strategien auszunutzen, Termingeschäfte mit Laufzeit über einem Jahr vereinbaren, diese aber bereits vor Ablauf der Frist glattstellen (Laufzeitarbitrage).

#### *aa. Sekundärmarkt*

Die Glattstellung von Termingeschäften am Sekundärmarkt besteht in der Übertragung der stochastisch wertschwankenden Ansprüche (asymmetrische Risikostruktur) bzw., bei Einwilligung des Vertragspartners, des gesamten Vertrags (symmetrische Risikostruktur) auf einen Dritten.

Unter den Tatbestand des § 23 I 1 Nr. 4 EStG lassen sich positive oder negative Einkünfte aus der Glattstellung durch Veräußerung nicht subsumieren. Denn nicht aus dem Termingeschäft<sup>203</sup> fließen dann die Zahlungsströme, sondern aus dem Vertrag über die Veräußerung des Termingeschäfts. Einschlägig ist deshalb der Tatbestand des § 23 I 1 Nr. 2 EStG.<sup>204</sup> Die veräußerten stochastisch wertschwankenden Ansprüche sind Wirtschaftsgüter i.S. dieser Vorschrift. Für Ansprüche aus asymmetrischen Geschäften (Op-

gesamten Vertrags abgestellt wird.

203 Vgl. § 22 Nr. 3 EStG: „Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S. des § 23 [EStG]“ [Hervorhebung durch den Verf.].

204 § 23 I 1 Nr. 3 EStG passt nicht auf die Glattstellung *positiver* Positionen am Sekundärmarkt, weil eine Glattstellung voraussetzt, dass der Steuerpflichtige bereits Inhaber des Terminanspruchs ist, die „Anschaffung“ zeitlich also vor der Veräußerung liegt. Zu *negativen* Positionen siehe weiter unten im Text, bei Fn. 209.

tionsrechte) ist dies anerkannt.<sup>205</sup> Aber auch für die laufenden, nur durch Vertragsübernahme übertragbaren Positionen aus (symmetrischen) Festgeschäften mit positivem Marktwert kann nichts anderes gelten. Denn auch wenn sie sich nicht getrennt abtreten lassen, lassen sich die im Festgeschäft enthaltenen gegenseitigen Leistungsversprechen zumindest wirtschaftlich als getrennte Güter betrachten. Dies liegt im Einklang mit der oben vorgeschlagenen bilanz(steuer)rechtlichen Aufspaltung von Festgeschäften und der Feststellung des BFH, dass die bilanzsteuerrechtliche Beurteilung „auch für den Wirtschaftsgutbegriff des § 23 I Nr.1 b EStG [a.F. = § 23 I 1 Nr. 2 EStG] maßgeblich“ ist<sup>206</sup> und dieser „sämtliche vermögenswerten Vorteile“ erfasst, „die selbständig bewertbar und längerfristig nutzbar sind“.<sup>207</sup>

Weist das Festgeschäft im Veräußerungszeitpunkt einen *positiven* Marktwert auf, bedeutet dies, dass der Marktwert der impliziten Long-Option seit dem Vertragsschluss gestiegen ist. Der (negative) Wert der impliziten Short-Option ist dann entsprechend gesunken, wobei die Nulllinie erst gegen Ende der Laufzeit erreicht wird. Das liegt an dem jeder Option immanenten Zeitwert als Verkörperung der Hoffnung des Inhabers auf eine für ihn günstige Kursbewegung. Die nach § 23 III 1 EStG vom „Veräußerungspreis“ abzuziehenden „Anschaffungskosten“ des veräußerten, werthaltigen Anspruchs aus dem Festgeschäft richten sich nach dem Wert der impliziten Option, die der Steuerpflichtige dem Vertragspartner im Austausch zur selbst erhaltenen impliziten Option gewährt hat. Maßgeblicher Bewertungszeitpunkt für die „Anschaffungskosten“ ist die Veräußerung, nicht aber der Vertragsschluss. Andernfalls würde der Normzweck der Ermittlung des Veräußerungsgewinns verfehlt. Darin liegt, sollte der Verkaufszeitpunkt nahe bei der Fälligkeit des Geschäfts liegen und der Zeitwert der impliziten Short-Option null betragen, kein Widerspruch zum Umstand, dass „Anschaffung“ i.S. des § 23 I 1 Nr. 2 EStG *entgeltlicher* Erwerb eines Wirtschaftsguts von einem Dritten sein muss.<sup>208</sup> Denn die Funktion des Kriteriums der Entgeltlichkeit ist die Abgrenzung zur

205 Siehe etwa noch zur inhaltsgleichen Vorschrift des § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F. BFH 24.7.1996 - X R 139/93, BFH/NV 1997, 105, unter 2.a., zu Aktienoptionen: Entgeltlich erworbene Optionsrechte seien selbständige Wirtschaftsgüter; ihre Veräußerung innerhalb der Spekulationsfrist unterliege nach §§ 22 Nr.2, 23 I Nr.1 lit. b EStG a.F. der Besteuerung; BFH Beschl. 31.7.1995 - X B 167/94, BFH/NV 1/1996, 34, unter 1., zu Optionscheinen; FG Münster 14.3.1995 - 16 K 1161/93 E, EFG 1995, 885, 886, zu Aktienindex-Optionen amerikanischen Typs. Für die Finanzverwaltung siehe OFD Hannover, Verfügung v. 26.8.1998, S 2256-18-StO 223, DB 1998, 1939. Für das Schrifttum Schmidt-Heinicke, § 23 EStG, Rz. 11. Eine andere, von der Rspr. zu Recht verneinte Frage ist, ob man bereits die vertragliche *Begründung* eines Optionsrechts (Primärgeschäft) als „Veräußerung“ eines bereits beim Stillhalter vor Vertragsschluss existierenden Wirtschaftsguts betrachten kann. S.o. a.aa., S. 336 ff.

206 BFH Beschl. 31.7.1995 (Fn. 205), unter 1.. Siehe oben 5. Kapitel, C.I.1.a., S. 273 ff., dazu, dass das bilanzrechtliche Wirtschaftsgut keine (isierte) Veräußerbarkeit voraussetzt. Zur Maßgeblichkeit s.u. unter 3.a., Fn. 269, sowie unter D.I., S. 397 ff.

207 BFH 24.7.1996 (Fn. 205), unter 2.a.; ebenso BFH 14.11.1978 - VIII R 72/76, BStBl II 1979, 298; zust. aus dem Schrifttum z.B. Jacobs-Soyka, in: Littmann/Bitz/Hellwig, § 23 EStG, Rz. 26 (Stand: April 2000).

208 Schmidt-Heinicke, § 23 EStG, Rz. 12; Jacobs-Soyka (Fn. 207), Rz. 42; indirekt bestätigt durch § 23 I 3 EStG, wonach bei *unentgeltlichem* Erwerb dem Einzelrechtsnachfolger die Anschaffung

Schenkungssteuer und die Sicherstellung des Austauschcharakters der Transaktion i.S. des Markteinkommensprinzips. Deshalb muss *insofern* für die Beurteilung der Werthaltigkeit der Gegenleistung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgehoben werden.

Für die Übertragung von Festgeschäften mit *negativem* Marktwert gilt Entsprechendes, wenn man in Anlehnung an die Rechtsprechung des BFH zu den Gewinneinkünften Verbindlichkeiten als anschaff- und veräußerbare Wirtschaftsgüter i.S. des § 23 I 1 Nr. 2 EStG betrachtet.<sup>209</sup> Lehnt man diese Auffassung ab, kommt man dennoch über § 23 I 1 Nr. 3 EStG zu demselben Ergebnis. In diesem Fall ist die Begründung der (impliziten) Optionsverbindlichkeit als Verkauf und die spätere Schuldübernahme als Rückkauf zu qualifizieren. Insgesamt garantiert die hier vertretene Subsumtion von Sekundärgeschäften in Derivaten mit symmetrischer Risikostruktur unter § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG den steuerrechtlichen Gleichlauf mit der vorzeitigen Übertragung einer finanzwirtschaftlich gleichwertigen Kombination von Short- und Long-Option.

### *bb. Gegengeschäft*

Die *einfache* Glattstellung einer laufenden Terminposition am Termin- oder Kassamarkt durch Abschluss eines Gegengeschäfts fixiert betragsmäßig den bis zum Glattstellungszeitpunkt angesammelten Gewinn bzw. Verlust. Für den Sonderfall, dass der Verkauf von Optionen zur Glattstellung genügt, bewirkt sie darüber hinaus die vorzeitige Realisierung dieses Gewinns oder Verlusts. Zivilrechtlich aber bleiben die zukünftigen, stochastisch wertschwankenden Ansprüche bzw. Verbindlichkeiten aus dem Grund- und Glattstellungsgeschäft trotz ihrer gegenseitigen wirtschaftlichen Neutralisierung grundsätzlich bis zur Fälligkeit bestehen. Anders ist es bei der *beendenden* Glattstellung. Hier werden die zukünftigen Ansprüche sofort miteinander verrechnet, der angesammelte Gewinn oder Verlust wird ausgeglichen und die Positionen werden vertragstechnisch gelöscht.<sup>210</sup> Das setzt eine spezielle Verrechnungsabrede voraus, die in der Regel nur bei identischen Vertragspartnern zustande kommen wird.

durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen ist.

209 BFH 15.4.1958 - I 27/57 U, BStBl III 1958, 260, zum Begriff Wirtschaftsgut i.S. der §§ 6 und 7 EStG: Der Begriff Wirtschaftsgut i.S. des § 6 EStG umfasse „nicht nur Sachen und Rechte in bürgerlich-rechtlichem Sinne, sondern alle Güter positiver und negativer Art (Vermögenswerte und Schulden), die dem Betrieb“ dienten „und nach der Verkehrsauffassung selbständig bewertungsfähig“ seien. Zust. für den Bereich des § 23 EStG Jacobs-Soyka, in: Littmann/Bitz/Hellwig, § 23, Rz. 26 (Stand: April 2000); Blümich-Glenk, § 23 EStG, Rz. 32 (Stand: Februar 2000). A.A. OFD Düsseldorf, Verfügung v. 13.9.1989, S 2256 A-St 11 H 1, DB 1989, 2200 („Anwendung des § 23 EStG auf Verbindlichkeiten“); Jansen, in: Herrmann/Heuer/Raupach Herrmann, § 23 EStG, Rz. 142 (Stand: November 1993).

210 Crezelius, in: Kirchhof/Söhn, § 23 EStG, Rz. B 108 (Stand: Januar 1995): „Schuldaufhebungs- und Verrechnungsabrede“. Leider versäumt es der *Autor*, darauf hinzuweisen, dass diese Aussage nicht für sämtliche Arten von Gegengeschäften, sondern nur für spezielle, z.B. an der Eurex praktizierte gilt (s.o. 1. Kapitel, A.III., S. 17). Dadurch kommt es zu Missverständnissen bei anderen steuerrechtlichen Autoren (siehe die Nachweise in Fn. 211), die sich auf diese Aussage beziehen.

Für die *einfache* Glattstellung stellt sich die Frage, ob man sie als „Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil“ i.S. des § 23 I 1 Nr. 4 EStG betrachten kann. Das ist zu verneinen, weil die vertraglichen Ansprüche durch die Glattstellung in ihrem rechtlichen Bestand nicht berührt werden. Unter dem Strich richtet sich die Bemessungsgrundlage dennoch allein nach den *bis zur Glattstellung* erzielten (Marktwert-) Gewinnen. *Nachfolgende* Wertschwankungen bis zur Fälligkeit, welche für die Höhe und Richtung der tatsächlich fließenden, nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG zu besteuern Leistungsströme bestimmend sind, werden steuerrechtlich egalisiert. Das Glattstellungsgeschäft unterliegt nämlich seinerseits ebenfalls der Besteuerung nach § 23 I EStG, egal ob es am Termin- oder am Kassamarkt abgeschlossen wird. Gegenläufige Erträge aus Grund- und Glattstellungsgeschäft dürfen nach § 23 III 8 HS 1 EStG miteinander verrechnet werden. Anders sieht es aus, wenn das glattzustellende Termingeschäft nicht nur insgesamt die Jahresfrist des § 23 I 1 Nr. 4 EStG überschreitet, sondern selbst nach dem gewünschten Glattstellungszeitpunkt noch länger als ein Jahr läuft. Dann nämlich befinden sich sämtliche Transaktionen einschließlich derjenigen zur Glattstellung im steuerunwirksamen Bereich. Privatanleger, die von vornherein eine kurzfristige Anlagestrategie planen, können diesen Effekt zur Laufzeitarbitrage einsetzen. Da sich der Terminpreis im Zeitraum zwischen Vertragsschluss und gewünschtem Glattstellungszeitpunkt verändert, ist die kombinierte Strategie allerdings nicht hundertprozentig gleichwertig mit dem Abschluss eines Termingeschäfts von kürzerer Laufzeit. Schon aus diesem Grunde entfällt die Frage, ob sich die Kombination aus Grund- und Glattstellungsgeschäft im Wege der bewussten, integrierenden Gleichbehandlung als „synthetisches“, innerhalb eines Jahres beendetes Termingeschäft i.S. des § 23 I 1 Nr. 4 EStG betrachten lässt.

Im Gegensatz zur einfachen erfüllt die *beendende* Glattstellung das Erfordernis der „Beendigung des Rechts“ nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG. Das Glattstellungsgeschäft ist hier in Wirklichkeit kein eigenständiges Termingeschäft, sondern Änderungsvertrag zum ursprünglichen Termingeschäft. *Insofern*, nicht aber unter dem Gesichtspunkt des „verdeckten Differenzgeschäfts“, kann man von einem „einheitlichen Geschäft“ sprechen.<sup>211</sup>

Die Grundsätze des BMF-Schreibens vom 10.11.1994<sup>212</sup> zur Anwendung des § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F. (§ 23 I 1 Nr. 2 EStG) speziell bei der Glattstellung von *Long-Optionen* sind demnach obsolet geworden.<sup>213</sup> Danach wurde ein Vertragsschluss über

211 So aber, ohne zwischen einfacher und beender Glattstellung zu differenzieren, *Schlüter*, DStR 2000, 226, 229; vgl. ebenfalls ohne Differenzierung *Crezelius*, in: Kirchhof/Söhn, § 23 EStG, Rz. B 108 (Stand: Januar 1995): Eröffnungs- und Glattstellungsgeschäft seien zivilrechtlich als einheitliches Geschäft zu betrachten; *Wendt*, FR 1999, 333, 352.

212 BMF 10.11.1994 - IV B 3-S 2256-34/94, BGBI I 1994, 816 (hierzu bereits oben a.aa., Fn. 161).

213 A.A., speziell zu Optionsgeschäften und auf der Basis seiner Auffassung von der Unanwendbarkeit des § 23 I 1 Nr. 4 EStG auf Short-Optionen, *Schlüter*, DStR 2000, 226, 230: Für solche „Kopplungsgeschäfte“ auf abstrakte wie auch effektiv lieferbare Basisobjekte „dürften“ die Grundsätze des BMF-Schreibens v. 10.11.1994 weitergelten, wonach je nach Opening-Transaktion die Regelungen der §§ 22 Nr. 3 EStG und § 23 I 1 Nr. 2 EStG „vorrangig vor der des § 23 I 1 Nr. 4 EStG

den (Primär- oder Sekundär-) Erwerb eines Optionsrechts an der DTB als „Anschaffung“ eines Wirtschaftsguts und dessen (beendende) Glattstellung als Veräußerung dieses Wirtschaftsguts i.S. des § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F. qualifiziert.<sup>214</sup> Die Differenz zwischen der gezahlten und der aus dem glattstellenden Abschluss des Stillhaltergeschäfts erzielten Optionsprämie wurde demnach „unter den weiteren Voraussetzungen des § 23 EStG als Spekulationsgewinn oder -verlust“ angesehen.<sup>215</sup> Zu einer Bestätigung der Rechtsauffassung der Finanzverwaltung durch die Rechtsprechung ist es (bislang) nicht gekommen.<sup>216</sup> Die Grenzen des möglichen Wortsinns einer (im rechtlichen Sinne zu verstehenden) „Veräußerung“,<sup>217</sup> zumindest des Normzwecks des § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F. dürften aber überschritten worden sein, weil das Glattstellungsgeschäft das zuvor angeschaffte Wirtschaftsgut „Long-Option“ nicht veräußert, sondern vernichtet - sei es auch gegen Bezahlung eines Ausgleichs.<sup>218</sup> Ein echtes, neues Optionsrecht wird bei der beendenden im Gegensatz zur einfachen Glattstellung für den Vertragspartner gerade nicht geschaffen; das Problem liegt also nicht erst bei der fehlenden Identität zwischen angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut.<sup>219</sup> Vom „Wertdurchgang eines bestimmten Wirtschaftsguts“, den die Rechtsprechung für § 23 EStG a.F. im Allgemeinen verlangt,<sup>220</sup> kann keine Rede sein.<sup>221</sup>

Das, was das BMF im oben genannten Schreiben zur Glattstellung von *Short-*

angewendet“ würden. Der Anleger erziele bei der Glattstellung Differenzen zwischen gezahlten und vereinbarten Optionsprämienv, nicht jedoch „aus einem versprochenen Barausgleich am Ende der Optionslaufzeit“. Mit dieser Einschätzung setzt sich der *Autor* in Widerspruch zu seiner Qualifizierung des Koppelungsgeschäfts als „verdecktes Differenzgeschäft“ (a.a.O., S. 229). Sinngemäß ebenso für die fortwährende Anwendbarkeit des BMF-Schreibens in Bezug auf die Glattstellung von Long-Optionen *Risthaus*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Steuerreform-Kommentierung, § 23 EStG, Anm. R 24 (Stand: September 2000).

214 BMF 10.11.1994 (Fn. 212), Rz. 8 (Call) und Rz. 12 (Put).

215 BMF 10.11.1994 (Fn. 212), Rz. 8.

216 Bei der von *Schlüter* (DStR 2000, 226, 229 Fn. 40) zitierten Entscheidung FG Karlsruhe 11.2.1993 - 8 K 113/91, EFG 1993, 582, ging es nicht um die Glattstellung durch ein Gegengeschäft, sondern um die Veräußerung der Optionen am Sekundärmarkt.

217 Daran ändert es nichts, dass in der vom BMF übernommenen Finanzsprache vom „Verkauf“ einer Option mit Closing-Vermerk die Rede ist.

218 So auch *Crezelius*, in: Kirchhof/Söhn (Hrsg.), § 23 EStG, Rz. 108 (Stand: Januar 1995): Gegen die Auffassung des BMF spreche, dass „zivilrechtliches Eröffnungs- und Gegengeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft“ bildeten, „so dass es sich um eine Schuldaufhebungs- und Verrechnungsabrede des einheitlichen Optionsvertrags und nicht um einen davon zu trennenden eigenständigen Rückveräußerungsvertrag“ handele.

219 So aber *Schlüter*, DStR 2000, 226, 229: Es sei eine „Fiktion“ gewesen, das Eingehen einer Stillhalterposition über eine gänzlich neue Option als wirtschaftliches Äquivalent des Verkaufs der ursprünglichen Option zu sehen. Im Grunde sei § 23 EStG „infolge der fehlenden Nämlichkeit zwischen angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut nicht anwendbar“ gewesen.

220 BFH 29.3.1989 - X R 4/84, BStBl II 1989, 652, unter a.

221 Aus dem gleichen Grund dürfte die Rspr. zur „Veräußerung“ durch Einziehung von zuvor erworbenen Forderungen verfehlt sein. Siehe z.B. BFH 17.7.1959 - VI 67/58 U, BStBl III 1959, 346, zur Entsperrung bzw. Einziehung unter dem Kurswert erworbener Sperrmarkguthaben; ebenso BFH 13.12.1961 - VI 133/60 U, BStBl III 1962, 127, a.E.; RFH 14.3.1934 - VI A 1125/33, RStBl 1934, 711, zur Einziehung fälliger Hypotheken, die unter ihrem Nennwert erworben wurden.

Optionen formuliert hat,<sup>222</sup> ist durch die Neuregelung des § 23 I 1 Nr. 4 EStG ebenfalls hinfällig geworden.<sup>223</sup> Die „Optionsprämie“, die der Stillhalter danach für die beenden-de Glattstellung seiner Position bezahlt, konnte als „Werbungskosten“ bei seinen Einkünften aus § 22 Nr. 3 EStG a.F. abgezogen werden, da es sich nach Ansicht der Finanzverwaltung „wirtschaftlich betrachtet um Aufwendungen zur Befreiung von der zuvor eingegangenen Stillhalterbindung und damit um Aufwendungen zur Sicherung der vereinnahmten Optionsgeschäfte“ i.S. des § 9 I 1 EStG handelte.<sup>224</sup> Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Behandlung von Long-Optionen wäre es zwar konsequent gewesen, die Stillhalterposition als „Verkauf“ eines Wirtschaftsguts, die Glattstellung als Rückkauf („Anschaffung“) zu qualifizieren und den Gesamttatbestand somit nach § 23 I 1 Nr. 2 EStG a.F. (= § 23 I 1 Nr. 3 EStG) zu besteuern. Damit aber hätte sich die Finanzverwaltung zu ihrer eigenen Einstufung des Eingehens der Stillhalterverpflichtung als steuerwirksame „Leistung“ i.S. des § 22 Nr. 3 EStG a.F. in Widerspruch gesetzt.<sup>225</sup>

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Die gegenwärtigen Regelungen zur Besteuerung der Zahlungsströme aus der vertragsgemäßen Erfüllung von Termingeschäften einerseits und aus ihrer vorzeitigen Glattstellung andererseits sind miteinander vereinbar. Die aufgezeigten Möglichkeiten der Laufzeitarbitrage sind eine Folge der Jahresfrist. Sie bestehen nicht nur bei Kombinationen aus Termin- und Kassageschäften, sondern auch bei reinen Termin- oder Kassastrategien.

## 2. Einkünfte aus Kapitalvermögen

Der Besteuerungstatbestand der Einkünfte aus Kapitalvermögen (§§ 2 I Nr. 5, 20 EStG) ist gegenüber den Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften zwar vorrangig (§ 23 II 1 EStG). Für Zahlungsströme aus einzelnen Derivaten oder derivateähnlichen Geschäften ist er aber grundsätzlich nicht einschlägig, und zwar auch nicht in Gestalt der Generalklausel des § 20 I Nr. 7, II 1 Nr. 1 EStG („Erträge aus sonstigen Kapitalforderungen jeder Art“).<sup>226</sup> Es fehlt nämlich regelmäßig am Erfordernis einer Kapitalüberlassung gegen Entgelt.

Die in § 20 I Nr. 7 EStG normierte „Überlassung von Kapitalvermögen gegen Entgelt zur Nutzung“<sup>227</sup> lässt sich als zeitversetzter, finaler (i.d.R. synallagmatischer)

222 BMF 10.11.1994 (Fn. 212), Rz. 15 (Call) und Rz. 16 (Put).

223 A.A. (sinngemäß) *Risthaus*, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Steuerreform-Kommentierung, § 23 EStG, Anm. R 24 (Stand: September 2000).

224 BMF 10.11.1994 (Fn. 212), Rz. 15.

225 S.o. unter a.aa., S. 338, bei Fn. 161.

226 Zu Kombinationen von Derivaten untereinander oder mit Geschäften anderer Art s.u. II.3. und 4., S. 379 ff., 385 ff.

227 BMF-Schreiben v. 30.4.1993 - IV B 4-S 2252-480/93, BStBl I 1993, 343, vor 1.; zuvor bereits die st. Rspr., z.B. BFH 13.10.1987 - VIII R 156/84, BStBl II 1988, 252, unter III.2.: Einkünfte aus

Austausch von Leistungen beschreiben, wobei die von der einen Seite zu erbringende Vorleistung eine Geldzahlung ist.<sup>228</sup> Inhalt des Geschäfts muss zumindest auch die Übertragung („Verkauf“) des Zeitwerts des Geldes gegen Bezahlung sein. Die eine Seite zahlt bei Vertragsschluss einen Geldbetrag und die andere Seite erbringt zu einem späteren Zeitpunkt oder mehreren späteren Zeitpunkten Gegenleistungen in Geld oder, gemäß § 20 II 1 Nr. 1 i.V.m. § 8 I EStG, in Geldwert. Gegenstand der Besteuerung ist der Saldo aus Leistung und Gegenleistung. Für die Ermittlung der Einnahmen aus Kapitalvermögen wird der Wert der Gegenleistung mit dem eigenen Leistungsaufwand der vorleistenden Seite („Kapitalgeber“) verglichen, wobei der Verlust des Zeitwerts des Geldes nicht berücksichtigt wird. Die Zahlung des Kapitalgebers („Kapitalüberlassung“) wird vielmehr unter Berufung auf das dem Privatrecht entlehnte, sog. „Nominalwertprinzip“ („Grundsatz Mark = Mark“) lediglich zum Nennbetrag angesetzt.<sup>229</sup> Selbst die Effekte der Geldentwertung bleiben außer Betracht.<sup>230</sup> Aus einkommensteuerlicher Sicht ist es irrelevant, ob der durch die Kapitalüberlassung erzielte Mehrbetrag Nutzungsentgelt oder Ausgleich für inflationsbedingte Substanzverluste ist.<sup>231</sup> Eine Ausnahme vom Grundsatz der fehlenden Berücksichtigung des Zeitwerts beim Kapitalgeber gilt für den Fall, dass dieser zur Refinanzierung seinerseits einen Kredit aufgenommen hat und sich der Zeitwert des von ihm weitergeleiteten Geldes in abziehbaren Schuldzinsen niederschlägt (§ 9 I 3 Nr. 1 EStG).

Die vom Kapitalgeber zeitversetzt empfangenen Gegenleistungen sind also, abzüglich der Werbungskosten, insoweit zu versteuern, als ihr Gesamtwert den Nennwert der eigenen Zahlung übersteigt.<sup>232</sup> Ob die Zahlungen der Gegenseite als Kapital oder Zinsen deklariert werden, ist gleichgültig. Die Begriffe „Kapital“ und „Zinsen“ sind austauschbar.<sup>233</sup> Dies bestätigt sich in der steuerrechtlichen Behandlung von Zero-bonds<sup>234</sup> sowie von langfristigen Forderungen, denen ein Zinsanteil zugeschrieben

Kapitalvermögen beziehe, wer Kapitalvermögen gegen Entgelt zur Nutzung überlasse.

228 Vgl. BFH 26.6.1996 - VIII R 67/95, BB 1996, 2392, unter 1.a.: Kapitalforderungen seien „alle auf einen Geldbetrag gerichteten Forderungen des Privatvermögens“, „gleichviel auf welchem Rechtsgrund“ sie beruhten (m.w.N.).

229 BFH 27.7.1967 - IV 300/64, BStBl III 1967, 690, unter IV.2.a.; BFH 14.5.1974 - VIII R 95/72, BStBl II 1974, 572, unter B.I.1.b.

230 BFH 27.7.1967 (Fn. 229), unter IV.3. (Berufung auf den „klaren, unzweideutigen und vom Gesetzgeber auch so gewollten Wortlaut“ des § 20 EStG) sowie unter V. (Ablehnen einer „gesetzändernden richterlichen Rechtsfortbildung“ wegen Fehlen eines „Rechtsnotstands“); BFH 14.5.1974 (Fn. 229), unter B.I.2.c.; BFH 16.1.1979 - VIII R 38/76, BStBl II 1979, 334. Kritisch zur fehlenden Berücksichtigung von Inflationsverlusten bei der Zinsbesteuerung aus inflationstheoretischer Sicht Reiner, DStZ 1999, 810, 824 f.

231 Vgl. Läufer, DStZ 1999, 764, 773, zum sog. „Fisher-Effekt“, gemäß dem sich die nominalen Zinssätze aus der realen Verzinsung und der erwarteten Inflationsrate zusammensetzen; Pausenberger/Glaum, in: Gebhardt/Gerke/Steiner, Kapitel 32.4, S. 775.

232 Mögliche Probleme der periodengerechten Abgrenzung des Nutzungsentgelts bleiben außer Betracht.

233 Anders BGH 13.10.1987 (Fn. 227), unter III.3.: „Zinsen“ setzten „das Bestehen einer auf die Hauptleistung gerichteten Kapitalschuld voraus, neben der sie eine Nebenleistung“ bildeten.

234 Hierzu BFH 8.10.1991 - VIII R 48/88, BStBl II 1992, 17, unter 1.: Zu den Einnahmen aus Kapi-

wird.<sup>235</sup> Entscheidend ist die Gesamtsumme der Gegenleistung im Verhältnis zum Nennwert des überlassenen Kapitals.<sup>236</sup> Finanzwirtschaftlich ist der „Zins“ - das „Entgelt für die Überlassung von Kapital“<sup>237</sup> - nicht mehr als eine Rechengröße, die den Ertrag der Hingabe von Kapital miteinander vergleichbar macht. Der Zinssatz gibt an, um welchen Faktor der Ertrag den Nennbetrag des eingesetzten Kapitals übersteigt bzw. dahinter zurückbleibt.<sup>238</sup>

Der Gesetzgeber hat sich im Zuge der Steuerreform von 1994<sup>239</sup> dafür entschieden, zur Erfassung innovativer Finanzinstrumente auch solche Verträge in den Anwendungsbereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen aufzunehmen, bei denen der Wert der (einheitlichen oder auf mehrere Teilakte verteilten) Gegenleistung stochastisch bedingt ist, und zwar gleichgültig, ob es um die Leistung am Ende der Laufzeit oder die regelmäßigen „Zins“-Zahlungen geht.<sup>240</sup> § 20 I Nr. 7, II 1 Nr. 4 lit. c EStG bezieht ausdrücklich Geldanlagen mit „ungewissen“ Einlösungserträgen in den Anwendungsbereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen mit ein.

*Strukturierte Anleihen*, also Anleihen mit eingebauten derivativen oder derivate-

talvermögen i.S. des § 20 I Nr. 8 EStG 1982 (= § 20 I Nr. 7 EStG 1997) gehöre „auch das Nutzungsentgelt aus Zerobonds“; FG München 28.2.1997 - 8 K 4461/96, EFG 1997, 871, unter 2.: Bei abgezinsten Papieren mit Rückzahlungsverpflichtung zum Nennwert, wie Null-Kupon-Anleihen, bestehe der Ertrag in dem bei Laufzeitende fälligen Abzinsungsbetrag“. Für die Finanzverwaltung BMF-Schreiben v. 14.1.1983 (IV B 4-S 2252-2/83), unter I.

- 235 BFH 21.10.1980 - VIII R 190/78, BStBl II 1981, 160, 161: Der Verkäufer eines zum Privatvermögen gehörenden Wirtschaftsguts beziehe, wenn die Kaufpreisforderung „längerfristig gestundet“ werde, neben der auf den Kaufpreis zu verrechnenden Tilgungsleistung auch einen Zinsanteil, und zwar auch ohne ausdrückliche Vereinbarung einer Verzinsung. Dies gelte, wie sich aus §§ 1 I, 12 III 1 BewG ergebe, „bei allen Forderungen, deren Laufzeit mehr als ein Jahr“ betrage „und die zu einem bestimmten Zeitpunkt fällig“ würden. Siehe auch BFH 25.6.1974 - VIII R 163/71, BStBl II 1975, 431, 432, unter I.1., wo präzisiert wird, dieser Zinsanteil sei „als Nebenleistung [...] Entgelt für die darlehensweise Überlassung des nicht sogleich zur Erfüllung der Kaufpreisschuld hingegebenen Geldkapitals“ und „in jeder einzelnen Rate mitenthalten“ (m.w.N.).
- 236 Vgl. Jonas, BB 1993, 2421, 2423: Nach dem heutigen Verständnis der Finanzierungstheorie werde „jeder Vermögensstamm durch seine Auszahlungen in späteren, möglichen Zuständen definiert“ und sei „beliebig duplizierbar“; zust. Pross, S. 137: Nach „moderner Finanztheorie“ gebe es zwischen „Baum und Früchten“ (Kapitalstamm und Zins) keinen wesensmäßigen Unterschied. Der „Baum“ sei vielmehr nicht mehr als der Barwert der zukünftigen Zahlungen (m.w.N.).
- 237 BFH 25.11.1992 - X R 91/89, BStBl II 1996, 666, unter 6., vor a.
- 238 Vgl. Seckelmann, S. 41: Wie andere geldwerte Leistungen begründe die Übertragung von Geld eine Gegenforderung in Geld. Die Gegenforderung „nehme“ (im Vergleich zum hingegebenen Geld) mit der Zeit zu „nach Regeln, die aus dem Begriff ‚Zins‘“ folgten.
- 239 Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs und zur Bereinigung des Steuerrechts (Missbrauchsbekämpfungs- und Steuerbereinigungsgesetz - StMBG), BGBl I 1993, 2310.
- 240 Vgl. OFD Kiel 21.3.2001 - S 2252 A-St 231: Der Gesetzgeber habe mit der Neufassung des § 20 II EStG durch das StMBG 1994 „auch die im Kurs der Wertpapiere und damit im Veräußerungspreis enthaltenen Erträge erfassen“ wollen. Das gelte aber auch für die Fälle der Einlösung durch den Ersterwerber („Durchhaltefälle“). Die sich im Bericht des Finanzausschusses zum StMBG 1994 (BT-Drucks. 12/6078 v. 8.11.1993, S. 122) und daran anschließend im Schrifttum (z.B. Dahm/Hamacher, WM 1994, Sonderbeilage Nr. 3, S. 4) findende Differenzierung, dass *entweder* nur die Zinszahlungen *oder* nur die „Rückzahlung des überlassenen Kapitalvermögens“ in Bezug auf ihre Existenz und Höhe unsicher sein dürfen, findet weder im Gesetzeswortlaut noch in der Gesetzesystematik einen Halt.

ähnlichen Elementen,<sup>241</sup> sind demnach, soweit sie als zivilrechtliche Einheit mit einheitlichem Synallagma begeben werden und die Gegenleistung des Emittenten nicht ausschließlich aleatorisch ist, nach § 20 I Nr. 7 EStG (Ersterwerber) bzw. § 20 II 1 Nr. 4 lit. c EStG (weitere Erwerber) versteuern.<sup>242</sup> Diese Aussage bezieht sich nicht nur auf die regelmäßigen Zinszahlungen - in fester oder variabler Höhe - (vgl. § 20 II 1 Nr. 4 S. 3 EStG), sondern ebenso auf den positiven oder negativen Ertrag aus der Realisierung des derivativen bzw. derivateähnlichen Teils der Anleihe (Marktwertveränderungen) anlässlich der Rückzahlung des Kapitalvermögens bei Fälligkeit („Einlösung“ der Anleihe).<sup>242a</sup> Dabei kann es, wie sich nicht zuletzt aus § 20 II 1 Nr. 1 EStG ergibt, keine Rolle spielen, in welcher Form - als Geldbetrag oder in Wertpapieren - die Gegenleistung bewirkt wird.<sup>243</sup> Bleibt der Gesamtwert der Gegenleistung wegen ungünstiger Marktentwicklungen hinter dem Nennwert der eigenen Vorleistung zurück, sind die erlittenen Verluste konsequenterweise als Werbungskosten abzugfähig, und zwar unabhängig davon, ob das stochastisch bedingte Element der Anleihe vertragstechnisch bei den regelmäßigen „Zins“-Zahlungen oder im Bereich der Gegenleistungspflicht bei Endfälligkeit („Rückzahlung des Kapitals“) angesiedelt ist.<sup>244</sup>

Die Besteuerungsmodelle, die im Schrifttum zur Optionsanleihe entworfen wurden und die auf die Werthaltigkeit des Optionsrechts im Augenblick des Vertragsschlusses abstellen, führen nicht weiter. Der Vorschlag, den Wert der impliziten Option bereits *bei* Vertragsschluss als zu Beginn der Kapitalüberlassung zugeflossenen Kapitalertrag zu besteuern,<sup>245</sup> vergrößert nicht nur die Ungleichheiten der Besteuerung verglichen mit

241 S.o. 1. Kapitel, A.VI.2.b., S. 34 f., dazu, dass strukturierte Anleihen keine Derivate sind.

242 „Index-Anleihen“ werden in den Gesetzesmaterialien (Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 12/6078, S. 122) sogar wörtlich erwähnt; zu Hochzins- und Umtauschanleihen siehe BMF-Schreiben v. 2.3.2001 - IV C 1-S 2252-56/01, DStR 2001, 576; aus dem Schrifttum z.B. Scheuerle, DB 1994, 445, 446. Zur Gegenauffassung des BFH siehe gleich weiter unten im Text S. 355, bei Fn. 247.

242a Siehe für die Finanzverwaltung z.B. OFD Kiel 21.3.2001 (Fn. 240): Unter dem Ertrag, dessen Höhe i.S. des § 20 I Nr. 7 und § 20 II 1 Nr. 4 lit. c EStG „ungewiss“ sei, werde die „in der Höhe ungewisse wirtschaftliche Rendite“ verstanden. Hierunter falle „auch der Zuwachs oder Verlust auf der Vermögensebene“.

243 Vgl. BMF 2.3.2001 - IV C 1-S 2252-56/01, FR 2001, 379: Bei Hochzinsanleihen sei als Kapitalertrag der „Unterschiedsbetrag zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus der Veräußerung, Abtretung oder Einlösung (sog. Marktrendite) der Besteuerung zugrunde zu legen (§ 20 II 1 Nr. 4 S. 2 EStG)“; anders noch BMF 7.10.1999 - IV C 1 - S 2252 - 589/99, DB 1999 S. 2342: Verluste aus der Rückzahlung der Anleihe in Form von Aktien, deren Wert unter dem Nennwert der Anleihe liege, seien „der steuerlich unbeachtlichen Vermögensebene zuzuordnen“.

244 Wie hier OFD Kiel 21.3.2001 (Fn. 240): Die Berücksichtigung eines negativen Unterschiedsbetrags zwischen dem Entgelt für den Erwerb und den Einnahmen aus der Einlösung („Verlustberücksichtigung“) in „Durchhalterfällen“ sei nicht nur bei den Hochzinsanleihen möglich, „sondern bei jeder Kapitalanlageform, bei der der Kapitalstamm in die Renditeberechnung mit einbezogen“ werde; Scheuerle, DB 1994, 445, 446, zur Behandlung von Hochzinsanleihen nach § 20 I Nr. 7 EStG: Die Rückzahlung des überlassenen Kapitalvermögens unter dem Nennbetrag führe zu entsprechenden negativen Einnahmen, die steuermindernd geltend gemacht werden könnten.

245 Dötsch, in: Kirchhof/Söhn, § 20 EStG, Rz. I 123 (Stand: September 1995); Stuhrmann, in: Blümich, § 20 EStG, Rz. 318 (Stand: Februar 2001); kritisch Schlüter, S. 192: Eine Qualifizierung des Optionsrechts als Kapitalertrag komme nicht in Betracht, da es „entgeltlich als selbständiges Wirt-

dem getrennten Erwerb von Anleihe und Option. Er ist auch in sich widersprüchlich, denn es fehlt am Erfordernis der Zeitversetztheit der Gegenleistung. Eine Gegenleistung in Geld, die man gleichzeitig mit der eigenen Geldleistung erhält, kann unter Umständen den Betrag der Kapitalüberlassung vermindern. Sie kann aber nie „Entgelt“ für die Kapitalüberlassung sein.

Stimmiger ist es da schon, dem erhaltenen Optionsrecht gedanklich einen Teil des Kaufpreises der Optionsanleihe zuzuordnen und insoweit von einem von der „eigentlichen“ Anleihe abtrennbaren Synallagma auszugehen. Der Kauf der Optionsanleihe wird bei dieser Sichtweise gemäß der sog. „Zwei-Wirtschaftsgüter-Theorie“ in den „Verkauf“ des Zeitwerts des Geldes (Kauf der Anleihe) und den Kassatausch von Vermögensgegenständen (Kauf des Optionsrechts) aufgespalten.<sup>246</sup> Ausübungs- oder Veräußerungsgewinne aus dem Optionsrecht sind dann wie beim getrennten Kauf von Anleihe und Option nach § 23 I 1 Nr. 4 bzw. Nr. 2 EStG zu Besteueren. Indessen dürfte die Notwendigkeit einer Bestimmung der impliziten Optionsprämie die Finanzverwaltung zumindest noch in ihrer derzeitigen Ausstattung vor kaum zu überwindende Bewertungsschwierigkeiten stellen. Vor allem aber spricht der einleitend zu diesem Abschnitt bereits erwähnte systematische Grund der wirtschaftlichen und begrifflichen Austauschbarkeit von Zinszahlung und Kapitalrückzahlung entscheidend gegen diese Auslegung und für die alleinige Anwendung des § 20 EStG. Eine steuerrechtliche Aufspaltung strukturierter Anleihen in Anleihe und Derivat bzw. derivateähnliches Geschäft kommt somit nur dann in Betracht, wenn es sich auch zivilrechtlich um zwei *getrennte*, rein äußerlich - z.B. in einer einheitlichen Urkunde - miteinander verbundene Austauschverhältnisse handelt. Davon wird man bei Optionsanleihen in aller Regel nicht ausgehen können, selbst wenn bei Long-Optionen der Optionspreis offen als Aufgeld auf den Nennwert der Anleihe ausgewiesen wird. In dieser Auslegung liegt kein Widerspruch zu § 20 I Nr. 7 S. 2 EStG, wonach die „Bezeichnung und die zivilrechtliche Ausgestaltung der Kapitalanlage“ ohne Belang sind. Denn die Besteuerung der Einkünfte aus der Überlassung von Kapitalvermögen soll damit nicht etwa vollständig von der zivilrechtlichen Grundlage abgekoppelt werden. Das ist schon deshalb unmöglich, weil sich, wie oben gezeigt, die Kapitalüberlassung gegen Entgelt über das finale Verhältnis von Leistung und Gegenleistung definiert und sich dieses nur mit den Mitteln des Zivilrechts in wirtschaftlich effizienter Weise gestalten lässt. Unbeachtlich ist nur die rechtstechnische Gestaltung dieses (einheitlichen) Austauschverhältnisses im Detail, also z.B. die Frage, ob dieses durch einen einzigen, synallagmatischen und deshalb kausalen Vertrag oder aber durch zwei formal selbständige, untereinander durch Bedingungen (§ 158 BGB) verknüpfte abstrakte Verträge realisiert wird.

---

schaftsgut erworben“ werde; Knobbe-Keuk, ZGR 1987, 313, 322 f.

246 Dahm/Hamacher, WM 1994, Sonderbeilage Nr. 3, S. 7, unter Berufung auf den Entwurf eines BMF-Schreibens v. 31.10.1990 (IV B 4 - S 2252 - 156/90) an den BdB, das wegen Meinungsverschiedenheiten innerhalb der Finanzverwaltung zur Bilanzierung beim Emittenten nicht veröffentlicht worden sei (*dies.*, a.a.O., Fn. 25).

Allerdings hat sich der BFH im Zusammenhang mit der Besteuerung von Sekundärwerbern erst jüngst dahingehend geäußert, Wertpapiere, deren Erträge der Höhe nach ungewiss seien und die folglich keine von vornherein bezifferbare „Emissionsrendite“ hätten, fielen nicht unter den Tatbestand des § 20 II 1 Nr. 4 EStG.<sup>247</sup> Letzterer betreffe auch im Hinblick auf die nach S. 2 HS 2 angeordnete Ertragsberechnung nach der sog. „Marktrendite“ nur Wertpapiere, die tatsächlich eine „objektiv“ nachweisbare Emissionsrendite hätten, welche der Steuerpflichtige aber nicht nachweise (§ 20 II 1 Nr. 4 S. 2 HS 1). Argumentativ fährt der BFH neben seinem Hinweis auf den - keineswegs eindeutigen - Gesetzeswortlaut schweres Geschütz auf: Die Besteuerung nach der Marktrendite erfasse als Kapitalertrag „Wertänderungen jedweder Art“ (z.B. reine Wechselkursgewinne), die nicht den Charakter eines Nutzungsentgelts hätten und ausschließlich die Vermögensebene beträfen; darauf werde bei den übrigen Kapitalanlagen verzichtet. Das stelle einen Systembruch dar und sei wegen Art. 3 I GG „aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht unbedenklich“.<sup>248</sup>

Was ist davon zu halten ? Das Verständnis der Marktrenditebesteuerung nach § 20 II 1 Nr. 4 S. 2 als Notbehelf aus Beweisgründen überzeugt schon deshalb nicht, weil nicht klar ist, wie bei Papieren mit im Voraus festbestimmten und regelmäßig schriftlich dokumentierten Zahlungsströmen die Berechnung der Emissionsrendite zum *Beweisproblem* werden kann. Dem Einwand des Systembruchs und des möglichen Gleichheitsverstoßes lässt sich bereits entgegnen, dass die vom BFH praktizierte Lösung ihrerseits zu Inkonsistenzen führen kann, nämlich im Verhältnis der Besteuerung strukturierter Anleihen zu derjenigen „synthetischer“ strukturierter Anleihen, bestehend aus der Kombination aus einer isolierten Anleihe und einer passenden, nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG zu besteuern Option.

Darüber hinaus besteht ein entscheidender Unterschied der strukturierten Anleihen im Vergleich zu sonstigen Kapitalanlagen: Bestimmte Marktrisiken, von denen der wirtschaftliche Ertrag abhängig ist, sind dort *Teil* des vertraglichen Gleichgewichts, sind also Vertragsgegenstand.<sup>249</sup> Unter diesem Gesichtspunkt ist es durchaus gerechtfertigt, zwar bei einer Indexanleihe die Kursgewinne aus dem Erhalt des indexabhängigen Rückzahlungsbetrags zu besteuern, nicht aber bei einem ausländischen Zerobond die Währungsgewinne aus dem Rücktausch des Rückzahlungsbetrags oder bei einer vorzeitigen Weiterveräußerung die Kursgewinne aufgrund eines Rückgangs des allgemeinen Zinsniveaus (vgl. § 20 II 1 Nr. 4 S. 1 EStG). Dass die Marktrendite-Methode bei der hier nicht weiter interessierenden *vorzeitigen* Veräußerung strukturierter Anleihen sämtliche Marktwertschwankungen besteuert, selbst wenn sie auf vertragsexternen Risiken beruhen („windfall profits“, z.B. Kursgewinne einer Indexanleihe bei Rückgang des Zinsniveaus) spricht nicht gegen diesen Ansatz als solchen; es erhebt nur die hier nicht weiter zu verfolgende Frage, ob man die entsprechenden Gewinne oder Verluste aus dem Be-

<sup>247</sup> BFH 24.10.2000 - VIII R 28/99, BStBl II 2001, 97, unter 2.b. und 3., zu FRN.

<sup>248</sup> BFH 24.10.2000 (Fn. 247), unter 3.a., b.

<sup>249</sup> Zum Risiko als (ausschließlicher) Vertragsgegenstand vgl. oben 1. Kapitel, A.VI.1., S. 28.

trag nach § 20 II 1 Nr. 4 S. 2 EStG im Wege einer teleologischen Reduktion herausrechnen sollte. Die Finanzverwaltung hat auf die Entscheidung des BFH im Übrigen mit einem Nichtanwendungsschreiben reagiert und de lege ferenda eine klarstellende Änderung des § 20 II 1 Nr. 4 S. 2 EStG angekündigt.<sup>249a</sup>

Die Werthaltigkeit der (zeitversetzten) Gegenleistung darf bei den Kapitalanlagen nach § 20 EStG allerdings nicht in ihrer gesamten Höhe von einem ungewissen Ereignis abhängen;<sup>250</sup> sonst verliert das Geschäft seinen Darlehens- und Umsatzcharakter. Der Vertrag hat dann entweder keinen synallagmatischen, sondern Spielcharakter,<sup>251</sup> oder die stochastische Verpflichtung selbst wird zur Leistung im Rahmen des Austausches<sup>252</sup> und es fehlt deshalb am Kriterium der Zeitverschiebung. Verträge dieser Art sind Termingeschäfte und fallen in den Anwendungsbereich des § 23 I 1 Nr. 4 EStG. Durch die Neuregelung des § 23 EStG hat sich zwar die Besteuerung von Termingeschäften, nicht aber das Verhältnis dieser Norm zu § 20 EStG geändert.

*Festgeschäfte* zu Marktkonditionen sind nach den vorstehenden Grundsätzen schon deshalb keine Kapitalüberlassung gegen Entgelt i.S. des § 20 I Nr. 7 EStG, weil es entsprechend ihrer symmetrischen Risikostruktur im Augenblick des Vertragsschlusses nicht zu einseitigen Vorleistungen in Geld kommt. Bei Forwards und Futures mit marktgerechtem Terminpreis fließt bei Vertragsschluss überhaupt kein Geld, bei Swaps nur dann, wenn der Austausch der Nominalbeträge vereinbart wurde (derivateähnliche Geschäfte<sup>253</sup>). Die damit verbundene Kapitalüberlassung erfolgt aber nicht wegen eines Nutzungsentgelts, sondern im Gegenzug für die Kapitalüberlassung der Gegenseite. Diese Tatsache gestehen selbst diejenigen zu, die Swaps zivilrechtlich als gegenseitige Darlehen interpretieren.<sup>254</sup> Die im weiteren Verlauf eines Swap ausgetauschten periodischen Zahlungsströme („Zinsen“) stehen ihrerseits zueinander in einem getrennten Synallagma und sind deshalb kein „Entgelt“ für eine Kapitalüberlassung i.S. des § 20 I Nr. 7 EStG.<sup>255</sup> Im Übrigen hat der Gesetzgeber selbst, wie oben dargestellt,<sup>256</sup> Swaps als

249a BMF 7.2.2001 - IV C 1-S 2252-26/01, BStBl I 2001, 149.

250 Vgl. den Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 12/6078, S. 122: „Nicht zu Kapitalertrag“ führen „Wertpapiere und Kapitalforderungen mit rein spekulativem Charakter“, bei denen „sowohl die Rückzahlung des Kapitalvermögens als auch der Ertrag“ unsicher seien; aus dem Schriftum Schmidt-Heinicke, § 20 EStG, Rz. 160: Nach „wohl h.M.“ erfasse § 20 I Nr. 7 nicht „reine Spekulationsanlagen“, bei denen weder die Kapitalrückzahlung noch eine Rendite zugesagt sei.

251 Hierzu oben 2. Kapitel, B.I.1.b.bb., S. 142 ff.

252 Hierzu oben 2. Kapitel, B.I.2.a.aa., S. 147 ff.

253 S.o. 1. Kapitel, A.VI.2.a., S. 32 ff.

254 Borchers, S. 55, zum Währungswap. Zum Streit um die zivilrechtliche Einordnung von Swaps s.o. 1. Kapitel, A.VI.2.a., S. 33 f.

255 Wie hier Portner, Nationalbericht Deutschland, IFA (Hrsg.), S. 229, 240: Erträge aus Swaps stellen keinen Kapitalertrag dar. Hier fehle es an dem Merkmal der befristeten Überlassung von Kapital zur Nutzung. A.A. Borchers, S. 163 f.: Devisenwaps seien als wechselseitiges Doppeldarlehen zu deuten, bei dem die vereinbarten Kapitalaustauschvorgänge synallagmatisch verknüpft seien. Daraus resultierten zwei verzinsliche Kapitalforderungen i.S. der §§ 20 I Nr. 7, 43 I Nr. 8 EStG. Der Wert der eigenen Kapitalüberlassung könne dabei von den eigenen Zinseinflüssen als Werbungskosten abgezogen werden, so dass nur der positive Zinssaldo Berechnungsgrundlage sei; ders., S. 166 f. für Währungswaps.

Termingeschäfte i.S. des § 23 EStG qualifiziert. Auch er muss deshalb davon ausgegangen sein, dass diese Geschäfte nicht unter den § 20 EStG fallen.<sup>257</sup>

Bei Derivaten und derivateähnlichen Geschäften mit asymmetrischer Risikostruktur (*Optionen*) bezahlt zwar der „Käufer“ bei Vertragsschluss in Gestalt der Prämie einen Geldbetrag an die andere Seite. Damit soll aber nicht die Übertragung des erst später zu entgeltenden Zeitwerts des Geldes vorbereitet werden. Vielmehr ist die Prämie selbst die Gegenleistung für den bereits entstandenen, stochastisch wertschwankenden Optionsanspruch.<sup>258</sup> Der Optionsberechtigte „verkauft“ also nicht etwa den Zeitwert des Geldes an den Stillhalter, sondern umgekehrt „verkauft“ der Stillhalter das Optionsrecht an den Optionsberechtigten. Für nicht reproduzierbare (nichtderivative) Optionen, für die auch kein liquider Sekundärmarkt existiert, gelangt ein zweiter Gesichtspunkt zum Tragen. Die Optionsverpflichtung ist in diesen Fällen nicht werthaltig und deshalb für sich keine taugliche Gegenleistung der Optionsprämie. Insofern kann man tatsächlich von einer Vorleistung des Optionskäufers ausgehen. In welcher Höhe es aber zu einer *zeitversetzten* Vergütung dieser Leistung kommt, ist vollständig ungewiss. Die Subsumtion der Option unter § 20 EStG scheitert dann an der ausschließlich aleatorischen Natur des Geschäfts.<sup>259</sup>

Maßstab der *Unterscheidung* zwischen entgeltlicher Kapitalüberlassung und Termingeschäft ist eine realistische Einschätzung der Chancen und Risiken anhand der Lebenserfahrung, nicht ein theoretisches Worst-Case-Szenario. Von einer Kapitalüberlassung gegen Entgelt (§ 20 I Nr. 7, II 1 Nr. 4 lit. c EStG) nach Art einer strukturierten Anleihe und nicht von einer Option (Termingeschäft i.S. des § 23 I 1 Nr. 4 EStG) kann also unter Umständen selbst dann auszugehen sein, wenn die Leistungen der Gegenseite in voller Höhe stochastisch bedingt sind. Das kann etwa solche Indexanleihen betreffen, bei denen sowohl die Höhe der Zinszahlungen als auch die Höhe der „Rückzahlung“ des Nennbetrags an die Entwicklung des Aktienindexes einer führenden Industrienation gekoppelt ist.<sup>259a</sup> Denn in der Praxis ist es so gut wie ausgeschlossen, dass der Index auf

256 S.o. unter 1.a.bb., S. 340, bei Fn. 173.

257 Die Frage, ob Swapgeschäfte im Anwendungsbereich des § 20 EStG liegen, ist durchaus von praktischem Interesse. Zwar werden diese Geschäfte regelmäßig von Gewerbetreibenden abgeschlossen und sind dementsprechend materiellrechtlich nach den Kriterien der Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu beurteilen (§ 20 III EStG). Im Rahmen der Kapitalertragsteuer („Quellensteuer“) müssen inländische Finanzinstitute einen Steuerabzug aber selbst dann vornehmen, wenn die Kapitalerträge beim Gläubiger zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehören (§ 43 I 1 Nr. 7 lit. b, IV EStG).

258 Ähnlich *Dahm/Hamacher*, WM 1994, Sonderbeilage Nr. 3, S. 14, zu Index-Optionen: Die Prämie sei Entgelt für Risikoabnahme. Die Autoren bemühen zur Begründung dieser Aussage allerdings die vom BFH zu § 22 Nr. 3 EStG entwickelte und insoweit durch § 23 I 1 Nr. 4 EStG überholte Zweivertragstheorie (s.o. 1. Kapitel, A.III., S. 15 f.), auf die es nach der hier vertretenen Auffassung gar nicht ankommt. Im Übrigen scheitert die Trennungstheorie von vornherein bei Optionen mit Barausgleich, zu denen auch die von den Autoren behandelten Index-Optionen zählen.

259 Allzu sehr begrifflich argumentierend und ohne Unterscheidung zwischen werthaltigen und nicht synallagmatischen Optionen *Dahm/Hamacher*, WM 1994, Sonderbeilage Nr. 3, S. 14: Es werde weder die „Rückzahlung des Kapitals (der Prämie), noch die Zahlung eines Zinses gewährt“.

259a Soweit die Gesetzesmaterialien die „Index-Anleihen“ in Zusammenhang mit § 20 I Nr. 7 EStG ausdrücklich erwähnen (s.o. Fn. 242), beziehen sie sich nur auf die Produktvariante mit indexab-

null absinkt. Gleichermaßen ließe sich auch für Indexzertifikate, bei denen üblicherweise keine Zinszahlungen geleistet werden, feststellen; der Reformgesetzgeber von 1999 hat diese Instrumente nunmehr jedoch unter Durchbrechen seiner bisherigen Systematik ausdrücklich den „Termingeschäften“ zugeordnet (§ 23 I 1 Nr. 4 S. 2 EStG).<sup>260</sup> Ein anderes Beispiel bilden äußerlich in die Gestalt von Optionen gekleidete Verträge mit marktfremdem Terminkurs („deep-in-the-money“-Optionen), die mit ausreichender Sicherheit zur Ausübung gelangen. Bei Festgeschäften ist die Lage entsprechend, sofern bei Vertragschluss für die Abweichung vom marktgerechten Terminkurs ein Ausgleich (Kapitalüberlassung) zu bezahlen ist. Solche Transaktionen sind entgegen ihrem äußeren Anschein nicht ausschließlich stochastischer Natur, sondern enthalten zivilrechtlich eine verdeckte Darlehenskomponente. Das steuerrechtliche Problem liegt, wenn man sich vor einer gedanklichen Aufspaltung des Geschäfts in einen Darlehens- und einen Termingeschäftsanteil scheut,<sup>261</sup> in der Bestimmung des Grades der Wahrscheinlichkeit, ab der man von einer „sicheren“ (zeitversetzten) Gegenleistung ausgehen kann. Auf die Einzelheiten soll hier nicht weiter eingegangen werden.

Wichtig ist nur die folgende Beobachtung: Der *hybride* Charakter strukturierter Anleihen offenbart die mangelnde Kompatibilität zwischen § 20 I Nr. 7 EStG und § 23 I 1 Nr. 4 EStG. Soweit nämlich der stochastisch bedingte Teil der Anleihe reproduzierbar und bewertbar ist, können sich ungleiche Besteuerungsfolgen im Vergleich zu einer finanziell gleichwertigen Kombination aus sicherer Anlage (§ 20 EStG) und entsprechender Kassa- oder Terminanlage (§ 23 EStG) ergeben. Schuld daran ist die Jahresfrist des § 23 I 1 Nr. 4 EStG und die Begrenzung des Verlustausgleichs nach § 23 III 8, 9 EStG. Weitere Inkonsistenzen ergeben sich, wenn die Anleihe eine abtrennbare Option enthält und Letztere vorzeitig und getrennt von der Anleihe veräußert wird. Der Veräußerungsgewinn ist dann zwar dem steuerpflichtigen Kapitalertrag aus der Anleihe zuzurechnen. Eine Möglichkeit der Steuerarbitrage besteht aber insofern, als der Steuerpflichtige die Option sofort nach Erwerb der Anleihe weiterveräußern und anschließend dieselbe oder eine gleichwertige Option zurückwerben kann. Damit kappt er den steuerrechtlichen Zusammenhang der Option mit der Anleihe. Hat die Option eine ausreichend lange Laufzeit, fallen die nachfolgenden Ausübungsgewinne nicht unter die Besteuerung nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG und bleiben somit steuerfrei.

---

hängigem Zins und sicherer Kapitalrückzahlung.

- 260 Die Finanzverwaltung (z.B. OFD Kiel 21.3.2001 - S 2252 A-St 111) ordnet Indexzertifikate allerdings dann dem Tatbestand des § 20 I Nr. 7 EStG zu, wenn die Zertifikatsbedingungen vorsehen, dass „die (teilweise) Rückzahlung des eingesetzten Geldbetrags garantiert ist und ein zum Rückzahlungsbetrag zusätzlich zu zahlender Mehrbetrag von einer am Fälligkeitstag zu ermittelnden positiven Differenz des Index zu einem Basiswert abhängig gemacht wird“.
- 261 Die US-Steuerverwaltung (IRS) beispielsweise qualifiziert Swaps (sog. „notional principal contracts“) mit marktabweichender Zinsverpflichtung und nichtperiodischer Ausgleichszahlung („swaps with significant nonperiodic payments“) in eine Kombination aus marktgerechtem Swap und Darlehen um (Treas. Reg. § 1.446-3(g)(4) und (g)(6) („Example 3“)).

### 3. Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit

In Zusammenhang mit den „Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit“ (§§ 2 I Nr. 4, 19 EStG) geht es um Derivate, die der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses für seine Tätigkeit erhält. Dabei stellt sich die Frage, ob solche Derivate bereits für sich als steuerpflichtige „andere Bezüge und Vorteile, die für eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst gewährt werden“ i.S. des § 19 I Nr. 1 EStG zu qualifizieren sind (Gesichtspunkt der *Werthaltigkeit*). Verneinendenfalls wären die möglicherweise nachfolgenden, aus den Derivaten entstehenden Gewinne als Arbeitslohn zu versteuern. In der Praxis wird die Bestimmung des maßgeblichen Besteuerungszeitpunkts bei den inzwischen immer beliebteren Mitarbeiteraktienoptionen (sog. „Executive Stock Options“ oder kürzer „Stock Options“) relevant, die allerdings nur zum Teil als Derivate eingestuft werden können.<sup>262</sup>

#### a. Begriff des Arbeitslohns

Steuerpflichtige „andere Bezüge und Vorteile“ i.S. § 19 I Nr. 1 EStG als Teil der Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit („Arbeitslohn“<sup>263</sup>) sind „Einnahmen, die dem Arbeitnehmer aus dem Dienstverhältnis zufließen“ (§ 2 I 1 LStDV). Im Folgenden soll davon ausgegangen werden, dass der begünstigte Empfänger einer Stock Option in einem Dienstverhältnis zur Gesellschaft steht, aus steuerrechtlicher Sicht also als Arbeitnehmer (§ 1 LStDV) zu qualifizieren ist.<sup>264</sup> Die dem Arbeitnehmer zugeflossenen Bezüge oder Vorteile müssen, um als steuerpflichtige „Einnahmen“ erfasst werden zu können, Güter sein, „die in Geld oder Geldeswert bestehen“ (§ 8 I EStG).<sup>265</sup> Die in § 8 II 1 EStG enthaltene Aufzählung der Einnahmen, die nicht in Geld bestehen („Wohnung, Kost, Waren, Dienstleistungen und sonstige Sachbezüge“), ist nicht abschließend.<sup>266</sup> Der BFH hat anerkannt, dass neben Sachen und Dienstleistungen auch Rechte geldwerte

262 Nicht gefolgt werden kann der Auffassung, die Bestimmung des Besteuerungszeitpunkts sei für die Steuerlast ohne Bedeutung (so scheinbar Knoll, DStZ 1999, 242, 243). Es ist zwar zutreffend, dass ein korrekt ermittelter Optionswert als diskontierter Erwartungswert des zukünftigen Ausübungsgewinns interpretierbar ist. Steuerlich maßgebend ist aber nicht die ex-ante-Einschätzung zu Beginn der Laufzeit der Option, sondern die ex-post-Betrachtung nach Zufluss des Zahlungsstroms bzw. geldwerten Vorteils. Der tatsächlich bei Fälligkeit der Option realisierte Wertgewinn aber entspricht in den seltensten Fällen dem aufgezinsten theoretischen oder empirischen Optionswert während der Laufzeit.

263 BFH 17.9.1982 - VI R 75/79, BStBl II 1983, 39, zu vom Arbeitgeber veranlassten unentgeltlichen Vorsorgeuntersuchungen, unter 2.: „Einnahmen aus nichtselbständiger Arbeit (= Arbeitslohn, vgl. § 19 III EStG i.d.F. seit 1975)“.

264 Vgl. BFH 7.4.1972 - VI R 58/69, BStBl II 1972, 643, unter 1.: Eine Beschäftigung im öffentlichen oder privaten Dienst i.S. des § 19 I Nr. 1 EStG setze ein „Dienstverhältnis“ oder, gleichbedeutend, ein „Arbeitsverhältnis“ voraus.

265 BFH 17.9.1982 (Fn. 263), unter 2.

266 Noch offen gelassen in BFH 17.9.1982 (Fn. 263), unter 3.

Vorteile darstellen können.<sup>267</sup> Der Begriff des „geldwerten Gutes“ nach § 8 I EStG ist identisch mit dem (steuer-) bilanzrechtlichen Begriff des „Wirtschaftsguts“.<sup>268</sup> Bei den Überschusseinkünften geht es nämlich im Rahmen der tatbestandlich umschriebenen Einnahmenquellen wie bei den Gewinneinkünften um die Ermittlung von Vermögenszuwachsen als Ausdruck der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Für eine unterschiedliche Auslegung des steuerrechtlichen Vermögensbegriffs im privaten und betrieblichen Bereich gibt es insofern vor dem Hintergrund des Art. 3 I GG keine sachliche Rechtfer-tigung.<sup>269</sup> Das „Wirtschaftsgut“ muss deshalb für das aus einer der in § 2 I Nr. 4-7 EStG genannten Quellen zugeflossene, steuerpflichtige Privatvermögen ebenso die kleinste (positive) Einheit sein, wie dies beim Steuerbilanzvermögen der Fall ist.<sup>270</sup>

Jedes dem Arbeitnehmer vom Arbeitgeber für die Beschäftigung gewährte Wirtschaftsgut im bilanzsteuerrechtlichen Sinne ist somit grundsätzlich gleichzeitig Arbeitslohn i.S. des § 19 I EStG. In der Rechtsprechung zu § 19 I EStG ist dementsprechend das Kriterium des „Wirtschaftsguts“ durchaus präsent - wenn auch eher nebenbei und ohne ausdrücklichen Zusammenhang zum Bilanzsteuerrecht.<sup>271</sup> Soweit der BFH in an-

267 BFH 7.4.1989 - VI R 73/86, BStBl II 1989, 927, unter 1., zu unverbrieften, einen Anspruch auf Gewinn und Liquidationserlös beeinhaltenden Genussrechten, die eine AG ihren Arbeitnehmern zu einem unter dem gemeinen Wert liegenden Preis überlässt. Auf § 8 II 1 EStG geht das Gericht dabei nicht ein.

268 So wohl auch *Haas/Pötschan*, DB 1998, 2138, 2139: Der Zufluss erfolge „bereits bei Einräumung der Option“, wenn es sich „um ein verkehrsfähiges Wirtschaftsgut“ handele. Allerdings fügen die Autoren - insofern den Begriff des Wirtschaftsguts zu Unrecht beschränkend - hinzu, die Optionen müssten deshalb „frei handelbar“ sein.

269 Eine andere, hier nicht weiter zu verfolgende Frage ist, inwieweit es angesichts der unterschiedlichen Zwecke der Handelsbilanz einerseits und der Steuerbilanz andererseits *rechtspolitisch* sinnvoll ist, die Begriffe „Wirtschaftsgut“ und „Vermögensgegenstand“ entsprechend dem Maßgeblichkeitsprinzip (hierzu unten D.I., S. 397 ff.) mit dem gleichen Inhalt zu belegen (s.o. 5. Kapitel, B.I.2., Fn. 40).

270 Vgl. BFH 24.7.1996 - X R 139/93, BFH/NV 1997, 105, zum einheitlichen Wirtschaftsgutbegriff für sämtliche Einkunftsarten, unter 2.a.: Der Begriff Wirtschaftsgut i.S. des § 23 I Nr.1 lit. b EStG umfasse „sämtliche vermögenswerten Vorteile, die selbständig bewertbar und längerfristig nutzbar“ seien. Nicht gefolgt werden kann allerdings der weiteren Aussage des Gerichts (a.a.O.), dieser Begriff entspreche „grundsätzlich demjenigen der übrigen Einkunftsarten“ (ebenso BFH 14.11.1978 - VIII R 72/76, BStBl II 1979, 298, sowie jüngst wieder BFH 2.5.2000 - IX R 74/96, BStBl II 2000, 469, unter II.2.a.). Diese Rspr. übersieht, dass der Wirtschaftsgutbegriff des § 23 EStG enger sein muss als der bilanzsteuerrechtliche. Denn er setzt notwendigerweise die Veräußerungsfähigkeit des Gegenstands voraus und erfüllt nicht lediglich die Funktion der Einnahmenkonsolidierung. Zu Recht vorsichtig deshalb *Crezelius*, in: Kirchhof/Söhn, § 23 EStG, Rz. A 3 (Stand: Januar 1995): Der in § 23 verwendete Begriff des Wirtschaftsguts stimme mit der bilanzsteuerlichen Umschreibung im Rahmen der Gewinnermittlung nach §§ 4 ff. EStG überein. In Zweifelsfällen dürfe aber nicht die innere Teleologie des § 23 EStG außer Acht gelassen werden. Vgl. auch BFH 14.11.1978 (a.a.O.), zu § 23 EStG: Die Bilanzierbarkeit sei „kein Merkmal dafür, dass ein Vermögensgegenstand ein Wirtschaftsgut i.S. des Einkommensteuerrechts“ sei.

271 Siehe BFH 14.5.1982 - VI R 124/77, BStBl II 1982, 469, zu Gutschriften beim Arbeitgeber zugunsten des Arbeitnehmers aufgrund eines Gewinnbeteiligungs- und Vermögensbildungsmodells, unter III.2.b.: In st. Rspr. nehme der BFH einen Zufluss i.S. des § 11 I 1 EStG „erst bei Erlangung der wirtschaftlichen Verfügungsmacht über ein Wirtschaftsgut an“ [Hervorhebung durch den Verf.]; bestätigt in BFH 16.11.1984 - VI R 39/80, BStBl II 1985, 136, zur verbilligten Überlassung von Belegschaftsaktien.

deren Entscheidungen im Gegenteil ausdrücklich bekundet hat, die Eigenschaft der Zuwendung als Wirtschaftsgut spielt keine Rolle für ihre Qualifizierung als Einnahme,<sup>272</sup> beruht dies auf einem Missverständnis über die Bedeutung des Kriteriums des „Zuflusses“ (§§ 8 I, 11 I 1 EStG). Diese ist eine zweifache: *Zum einen* bringt das Abstellen auf den Zufluss speziell für die Überschusseinkünfte zum Ausdruck, dass nachfolgende Abflüsse des zugeflossenen (Wirtschafts-) Gutes im gleichen Besteuerungsjahr grundsätzlich außer Betracht bleiben, sofern sie nicht einen eigenständigen Abzugstatbestand (AfA, Werbungskosten) erfüllen. *Zum anderen* stellt es allgemein klar, dass der Geldeswert des betreffenden Gutes nicht abstrakt-generalisierend, sondern im Hinblick auf die konkrete Verwertbarkeit dieses Wertes für den einzelnen Steuerpflichtigen zu beurteilen ist. Dementsprechend stellt die Rechtsprechung für den Zufluss des Arbeitslohns darauf ab, ob der Empfänger „die wirtschaftliche Verfügungsmacht über die in Geld oder Geldeswert bestehenden Güter“ erlangt hat.<sup>273</sup> Im steuerbilanzrechtlichen Verständnis des Wirtschaftsguts ist dieser subjektive Einschlag des Vermögensbegriffs bereits enthalten. Danach darf nur das aktiviert werden, was einen im Rechtsverkehr realisierbaren Wert hat („Verkehrsfähigkeit“ des Wirtschaftsguts). Das Wirtschaftsgut muss sich nach der Rechtsprechung „wirtschaftlich übertragen“ lassen.<sup>274</sup> Beide Kriterien sind identisch: Die „wirtschaftliche Verfügungsmacht“ i.S. des „Zuflusses“ darf nicht als *zivilrechtliche* Veräußerbarkeit missverstanden werden, welche in ihren Anforderungen über die „Verkehrsfähigkeit“ i.S. des Wirtschaftsgutbegriffs hinausgeht. Daraus folgt, dass die „wirtschaftliche Verfügungsmacht“ nicht mehr gesondert unter dem Gesichtspunkt des Zuflusses zu prüfen ist, sobald feststeht, dass der Steuerpflichtige Inhaber des Wirtschaftsguts geworden ist.

Die in der Rechtsprechung praktizierte, über den Umweg des „Zuflusses“ erreichte Trennung des Merkmals der Verfügungsmacht vom Begriff des Wirtschaftsguts ist demgegenüber künstlich. Diese Sichtweise zeugt von einer unbemerkten Verschiebung

272 Vgl. BFH 10.3.1972 - VI R 278/68, BStBl II 1972, 596, zur Gewährung nicht veräußerbarer Optionen auf den Erwerb von Aktien der börsennotierten Muttergesellschaft: Im Rahmen der Einnahmen-Überschuss-Ermittlung (§ 2 II Nr. 2 EStG) sei „kein Raum für die Frage, ob ein Optionsrecht ein Wirtschaftsgut sein“ könne, wie es bei einer Gewinnermittlung durch Vermögensvergleich nach § 2 II Nr. 1 EStG i.V.m. §§ 4 I, 5 EStG anzusetzen wäre. Inkonsistent ist das Gericht, wenn es zwei Absätze später zur Begründung seiner Ansicht, die Option sei angesichts der bestehenden Ausübungsbeschränkungen nur eine „Chance“ und kein geldwerter Vorteil, ausführt, der Steuerpflichtige könne „über dieses Recht also nicht wie über ein ihm sonst gehöriges Wirtschaftsgut verfügen“ [Hervorhebung durch den *Verf.*]. Vgl. ebenso zur Besteuerung von Mitarbeiter-Aktienoptionen BFH Beschl. 23.7.1999 - VI B 116/99, BStBl II 1999, 684, unter 2.c.aa. (summarische Prüfung im Rahmen eines Antrags auf Aussetzung der Vollziehung nach § 69 III 1, II 2 FGO): Die Einräumung einer Option durch den Arbeitgeber bewirke noch nicht deshalb einen Lohnzufluss, weil ein Optionsrecht ein bewertbarer Vermögensgegenstand sei. Denn es komme „weder darauf an, ob ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber ein Wirtschaftsgut“ darstelle, „noch darauf, wie schwer er zu bewerten“ sei [Hervorhebung durch den *Verf.*].

273 Z.B. BFH 16.4.1999 - VI R 60/96, BFHE 188, 334, zu Arbeitgeberbeiträgen zur Gruppenunfallversicherung der Arbeitnehmer [Hervorhebung durch den *Verf.*]; siehe ferner die Zitate oben bei Fn. 271.

274 S.o. 5. Kapitel, C.I.1.a., S. 274.

des Bezugspunktes der Betrachtung: Soweit der Zufluss verneint wird, bezieht sich diese Aussage in Wirklichkeit gar nicht mehr auf die Option als solche, sondern auf die im Betrachtungszeitpunkt noch unsicheren und daher noch nicht zugeflossenen Vorteile aus der Ausübung der Option. Der BFH vertauscht also die Frage des relevanten Wirtschaftsguts mit derjenigen nach dem Zufluss.<sup>275</sup> Eine Parallele findet das hier angesprochene Missverständnis im Übrigen in der Diskussion um die Frage, ob der Zufluss ein Begriffsmerkmal der Betriebseinnahmen darstellt.<sup>276</sup> Auch dort geht es in Wirklichkeit darum, unter welchen Voraussetzungen bereits schuldrechtliche Verpflichtungen für sich als (zuflussfähige) Wirtschaftsgüter betrachtet werden können.<sup>277</sup>

Das hier vertretene Verständnis des Einnahmenbegriffs lässt sich ohne weiteres mit der nicht zu bestreitenden Beobachtung vereinbaren, dass das Vorliegen steuerbarer Einnahmen in bestimmten Fällen verneint wird, obwohl der Steuerpflichtige unstreitig ein Wirtschaftsgut im bilanzrechtlichen Sinn erhalten hat. So erwirbt im Bereich der Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit der Arbeitnehmer ein Wirtschaftsgut bereits mit Entstehen des schuldrechtlichen Lohnanspruchs. Vom *steuerpflichtigen* Zufluss des Wirtschaftsguts „Arbeitslohn“ (§ 38 II 2 EStG) geht man trotzdem grundsätzlich erst mit der Erfüllung dieses Anspruchs aus (vgl. § 38a I 2, 3 EStG). Die Besteuerung setzt aber nicht etwa deshalb an dem späteren Zeitpunkt an, weil das Wirtschaftsgut „Lohnanspruch“ nur durch die Erfüllung dieses Anspruchs „zufließen“ würde.<sup>278</sup> Im Gegenteil erlischt der Anspruch mit der Vereinnahmung der Leistung sogar nach § 362 BGB durch Erfüllung. Besteuerungsgrund ist vielmehr der Zufluss eines *anderen* Wirtschaftsgutes in Gestalt des Gegenstands des Leistungsanspruchs - in der Regel Geld. Der Erwerb des Wirtschaftsgutes „Lohnanspruch“ ist demnach nicht etwa mangels Zuflusses, sondern mangels Tatbestandsmäßigkeit steuerfrei.

Wie bereits oben festgestellt, zeichnen sich die Überschusseinkünfte des § 2 I 1 Nr. 4-7 EStG gegenüber den Gewinneinkünften (Ausnahme: § 2 I 1 Nr. 2 i.V.m. § 4 III EStG) dadurch aus, dass die durch den Steuerpflichtigen erworbenen („zugeflossenen“)

275 Vgl. demgegenüber den umgekehrten Vorwurf von *Schubert*, FR 1999, 639 (639): Aus der Sicht der Rspr. betrachtet er die hier vertretene Auffassung als unzulässige Vermengung der Frage nach der Wirtschaftsguteigenschaft und dem Zufluss von Aktienoptionen; diesem zust. *Kroschel*, BB 2000, 176, 179, bei Fn. 42.

276 Angesprochen bei *Schmidt-Heinicke*, § 4 EStG, Rz. 421.

277 Vgl. *Schmidt-Heinicke*, § 4 EStG, Rz. 371: Forderungen und Schulden hätten in der Überschussrechnung nach § 4 III EStG „(zunächst) keinen Einfluss auf den Gewinn“; *ders.*, Rz. 400: Gewinn werde erst durch Zahlungseingang berührt.

278 So aber anscheinend BFH Beschl. 23.7.1999 (Fn. 272), unter 2.a.: Die Lohnsteuer entstehe in dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitslohn dem Arbeitnehmer zufließe (§ 38 II 2 EStG). Dementsprechend knüpfe der Lohnsteuerabzug nicht an das Innehaben von Ansprüchen des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber, sondern an den Zufluss an, der regelmäßig mit der Erfüllung des Anspruchs zusammenfalle; speziell zu Aktienoptionen heißt es weiter (unter 2.c.aa.), die Einräumung einer Option durch den Arbeitgeber bewirke „noch nicht deshalb einen Lohnzufluss, weil ein Optionsrecht ein bewertbarer Vermögensgegenstand“ sei. Denn es komme „weder darauf an, ob ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber ein Wirtschaftsgut“ darstelle, „noch darauf, wie schwer er zu bewerten“ sei. Vielmehr sei „bei Ansprüchen aus einem Optionsrecht wie bei anderen noch nicht erfüllten Ansprüchen aus dem Dienstverhältnis einheitlich auf den Zufluss abzustellen“.

Wirtschaftsgüter (geldwerten Güter) nicht per se, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen in die Bemessungsgrundlage eingehen. Der Einnahmenbegriff nach § 8 I EStG ist deshalb nicht identisch mit dem Zufluss beliebiger Wirtschaftsgüter, sondern steht zusätzlich unter dem Vorbehalt der besonderen Tatbestandsvoraussetzungen der einzelnen Einkunftsarten (§ 8 I EStG: „im Rahmen einer der Einkunftsarten des § 2 I 1 Nr. 4-7“). Für Einnahmen nach 19 I Nr. 1 EStG bedeutet dies, dass nur der Zufluss solcher Wirtschaftsgüter steuerpflichtig ist, die nicht ausdrücklich oder implizit durch den Tatbestand von der Besteuerung ausgenommen sind. Die Auslegung dieser Norm, nicht zuletzt vor dem Hintergrund des systematischen Zusammenhangs mit § 38 II 2 EStG, ergibt dabei, dass der Erwerb des schuldrechtlichen Lohnanspruchs in Geld für sich noch kein „Gehalt“ und keinen „Lohn“ darstellt.<sup>279</sup> In gleicher Weise werden im Bereich der steuerpflichtigen (sonstigen) geldwerten Vorteile (§§ 19 I, 8 I EStG) schuldrechtliche Ansprüche auf Sachleistungen grundsätzlich ebenfalls nicht erfasst, solange sie noch nicht erfüllt worden sind. Der Umstand, dass solche Ansprüche gegebenenfalls, nämlich wenn der zugrunde liegende Vertrag nicht mehr schwebt,<sup>280</sup> bilanzierungspflichtige Wirtschaftsgüter sind, vermag daran nichts zu ändern.<sup>281</sup>

Anders ist es aber, wenn der gewährte Anspruch über die Aussicht auf die zukünftige Leistung hinausgehend für den Steuerpflichtigen einen *besonderen* gegenwärtigen *Eigenwert* verkörpert. Diese Voraussetzung ist z.B. bei einem Gesellschaftsanteil erfüllt, der die Mitgliedschaft an der Gesellschaft verkörpert und mehr ist als ein bloßer (bedingter) Geldanspruch auf Gewinnbeteiligung.<sup>282</sup> Ebenfalls eine steuerpflichtige Sachleistung ist nach der Rechtsprechung der vom Arbeitgeber finanzierte schuldrechtliche Versicherungsschutz des Arbeitnehmers.<sup>283</sup> Besteuerungsgrund ist hierbei der Zufluss

279 Vgl. die parallele Bewertung bei den anderen Überschusseinkünften, z.B. die Behandlung des Zinsanspruchs nach § 20 I EStG, des Mietzinsanspruchs nach § 21 EStG; vgl. ebenso die Behandlung der Geldforderung nach § 4 III EStG als Ausnahmetatbestand im Bereich der sog. „Gewinneinkünfte“ (dazu Schmidt-Heinicke, § 4 EStG, Rz. 400).

280 Vgl. für die h.M. oben 5. Kapitel, B.I.1., S. 258 f., (Festgeschäft) bzw. 5. Kapitel, B.I.2., S. 260 f., (Option).

281 Siehe (allerdings aus dem Blickwinkel des „Zuflusses“) BFH 27.5.1993 - VI R 19/92, BStBl II 1994, 246, unter II.1.a.: Sage der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer aufgrund des Dienstverhältnisses eine Leistung zu, so begründe der Anspruch auf diese Leistung „(noch) keinen gegenwärtigen Zufluss von Arbeitslohn“; speziell zu Mitarbeiteraktienoptionen BFH Beschl. 23.7.1999 (Fn. 272), Leitsatz 1: Es sei nicht ernstlich zweifelhaft, „dass ein Zufluss von Arbeitslohn nicht bereits durch die Einräumung eines Anspruchs gegen den Arbeitgeber, sondern grundsätzlich erst durch dessen Erfüllung begründet“ werde.

282 Vgl. BFH 16.11.1984 (Fn. 271): Die verbilligte Überlassung von nichtnotierten Belegschaftsaktien (mit zweijähriger Veräußerungssperre) sei ein (geldwerter, vgl. § 8 EStG) Vorteil i.S. des § 19 I Nr. 1 EStG; siehe zu derselben Streitsache auch BFH 7.4.1989 - VI R 47/88, BStBl II 1989, 608.

283 Vgl. § 3 Nr. 62 EStG, der Ausgaben des Arbeitgebers für die Zukunftssicherung, die auf Grund gesetzlicher Verpflichtung geleistet werden, als (wenn auch steuerfrei) „Einnahmen“ wertet. Vgl. ferner § 2 II Nr. 3 LStDV: Danach gehören zum Arbeitslohn auch „Ausgaben, die ein Arbeitgeber leistet, um einen Arbeitnehmer oder diesem nahestehende Personen für den Fall der Krankheit, des Unfalls, der Invalidität, des Alters oder des Todes abzusichern (Zukunftssicherung), auch wenn auf die Leistungen aus der Zukunftssicherung kein Rechtsanspruch besteht“. Zum Eigenwert des Versicherungsschutzes aus zivilrechtlicher Sicht s.o. 2. Kapitel, B.I.2.a.dd., S. 155 f.

des Versicherungsanspruchs<sup>284</sup> und nicht der vom Arbeitgeber gar nicht an den Arbeitnehmer, sondern an den Versicherer bezahlten Versicherungsprämien.<sup>285</sup> Dass hier die besondere Werthaltigkeit des begründeten Versicherungsanspruchs entscheidend ist und der Abfluss arbeitsvertragsbedingter Aufwendungen beim Arbeitgeber für sich noch nicht automatisch einen Zufluss von Arbeitslohn beim Arbeitnehmer begründet, zeigt sich an folgendem Vergleich: Der BFH würde es für den Zufluss von Arbeitslohn mit Sicherheit nicht ausreichen lassen, wenn es nicht um Versicherungsschutz gehen würde, sondern um die simple Auslagerung der Lohnabwicklung auf ein Drittunternehmen als Dienstleistungserbringer. Eine weitere Ausnahme betrifft den Fall, dass der im Anspruch verkörperte, gegenwärtige Wert über die allgemeine Abtretbarkeit von Forderungen hinausgehend besonders leicht in Geld realisierbar ist (*Liquidität der Forderung*) und deshalb wie Geld behandelt werden kann. Diese Voraussetzung ist insbesondere nur bei verbrieften und börsennotierten Forderungen erfüllt. Es sind aber auch andere Konstellationen denkbar.<sup>286</sup>

Die 1984 neu geschaffene Vorschrift des § 19a EStG zur steuerlichen Förderung der Überlassung von unternehmensbezogenen Vermögensbeteiligungen bestätigt implizit beide genannten Ausnahmen vom Grundsatz der Unbeachtlichkeit schuldrechtlicher Ansprüche im Bereich des § 19 EStG. Danach ist der Vorteil der unentgeltlichen oder verbilligten Überlassung unter anderem bei bestimmten Aktien, Schuldverschreibungen, Genussscheinen, Wertpapier-Fonds sowie nichtverbrieften Beteiligungsrechten einkommensteuerfrei, soweit er nicht höher als der halbe Wert der Vermögensbeteiligung ist und insgesamt 300 DEM im Kalenderjahr nicht übersteigt. Der Gesetzgeber geht hier also davon aus, „dass dem Arbeitnehmer durch die unentgeltliche oder verbilligte Überlassung von Aktien ein dementsprechender geldwerter Vorteil zugeflossen ist, den er gerade durch § 19a EStG ganz oder teilweise von der Einkommensteuer hat freistellen wollen“.<sup>287</sup> Folgerichtig unterliegen nach § 19a II EStG Vermögensbeteiligungen, über

284 Nur deshalb ist es im Ergebnis richtig, wenn die Rspr. verlangt, dass der Arbeitnehmer *selbst* einen unentziehbaren Rechtsanspruch gegenüber dem Versicherungsunternehmen erwirbt: Vgl. BFH 16.4.1999 (Fn. 273): Von der Arbeitslohnqualität von Zukunftssicherungsleistungen sei auszugehen, wenn „dem Arbeitnehmer gegen die Versorgungseinrichtung (z.B. Versicherung), an die der Arbeitgeber die Beiträge geleistet hat, ein unentziehbarer Rechtsanspruch auf die Leistung“ zustehe; ebenso Schmidt-Heinicke, § 11 EStG, Rz. 30, Stichwort „Zukunftssicherungsleistungen“.

285 So aber BFH Beschl. 23.7.1999 (Fn. 272), unter 2.a.: Etwas anderes [gemeint ist: die Besteuerbarkeit eines Anspruchs des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber bereits bei Anspruchsbegründung] gelte „nur dann, wenn der Arbeitgeber mit seinen Leistungen dem Arbeitnehmer einen unmittelbaren und unentziehbaren Rechtsanspruch gegen einen Dritten“ verschaffe. Aber auch in diesem Fall werde „nicht auf Ansprüche, sondern auf Zuflüsse abgestellt“. Denn der Lohnzufluss liege „in den gegenwärtigen Beiträgen“ des Arbeitgebers (zur Sozialversicherung), „mit denen der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer am Markt Leistungen (z.B. Versicherungsschutz)“ verschaffe.

286 Vgl. BFH 7.4.1989 (Fn. 267). Die ausreichende Liquidität der den Arbeitnehmern überlassenen Genussrechte wurde dort durch eine von der AG eingerichtete Vermittlungsstelle mit börsenähnlicher Preisbildung garantiert. Der Umstand, dass sich die Arbeitnehmer verpflichten mussten, die Genussrechte für eine bestimmte Zeit nicht zu veräußern, ändert nach Ansicht des Gerichts (a.a.O., unter 2.) nichts daran, dass der geldwerte Vorteil bereits im Zeitpunkt des Erwerbs zufließt.

287 BFH 7.4.1989 - VI R 47/88, BStBl II 1989, 608, unter II.1.a.bb.

die vor Ablauf der sechsjährigen steuerrechtlichen „Sperrfrist“ des § 19a I 2 EStG „verfügt“ oder deren Festlegung aufgehoben wird, einer „Nachversteuerung“ [Hervorhebung durch den *Verf.*]. Diese betrifft zwar in Abweichung von § 175 Nr. 2 AO das Kalenderjahr der Verfügung,<sup>288</sup> entfaltet somit keine Rückwirkung. Ihre Bemessungsgrundlage richtet sich aber nach dem ursprünglichen Wert der Vermögensbeteiligung bei ihrer Gewährung,<sup>289</sup> also nicht nach dem durch die Verfügung erzielten Erlös. Mit der dargelegten Systematik ist allerdings nicht zu vereinbaren, dass § 19a III EStG in den Kreis der steuerbegünstigten, gegebenenfalls aber „nachzubesteuernden“ „Vermögensbeteiligungen“ sogar reine Geldforderungen ohne besondere Liquidität aufnimmt, nämlich Darlehensforderungen gegen den Arbeitgeber (Nr. 10) sowie unverbrieftes Genussrechte (Nr. 11). Besondere Rückwirkungen auf die Auslegung des Arbeitslohnbegriffs nach § 19 EStG dürften sich daraus nicht ergeben.

### b. Mitarbeiter-Aktienoptionen

Mitarbeiteroptionen auf den Kauf liquider Gesellschaftsanteile, insbesondere börsennotierter Aktien, die ohne zusätzliche (auflösende oder aufschiebende) Bedingungen wie z.B. den Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses gewährt werden, sind Derivate. Die Ansprüche aus solchen Optionen, die in der Regel als solche amerikanischen Typs ausgestaltet werden, sind trotz ihrer stochastischen Bedingtheit wegen ihrer Werthaltigkeit Wirtschaftsgüter im bilanzsteuerrechtlichen Sinne<sup>290</sup> und damit „geldwerte Güter“ i.S. von § 8 I EStG.<sup>291</sup> Sperrfristen, nach denen die Option erst nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums nach ihrer Zuteilung ausgeübt werden dürfen,<sup>292</sup> schließen deren Einordnung als Derivate nicht per se aus.<sup>293</sup> Die gegenwärtige Werthaltigkeit stochastisch bedingter Vorteile aus Mitarbeiter-Aktienoptionen verkennt der BFH in seinem Urteil aus dem Jahre 1972. „In dem Erwerb der Chance“, so heißt es dort, könne „nicht bereits der Zufluss einer vermögenswerten Einnahme gesehen werden“, sei „doch zu diesem Zeitpunkt noch völlig offen, ob der Berechtigte die Option später wirklich

288 Knepper, in: Kirchhof/Söhn, § 19a EStG, Rz. B 60 (Stand: März 1992).

289 Knepper (Fn. 288): Steuerpflichtig sei der „im Zuflussjahr steuerfrei gebliebene Vorteil“.

290 S.o. 5. Kapitel, B.I.2., S. 260, bei Fn. 39.

291 Enger Deutschmann, S. 78 ff., S. 112 ff.: Er macht die Besteuerung von Aktienoptionen im Zeitpunkt des Erwerbs der Option von deren „Verwertbarkeit“ abhängig. Darunter versteht er die Übertrag- und Ausübarkeit der Option. Die bloße „wirtschaftliche Glattstellbarkeit durch Eingehen einer entsprechenden Gegenposition“ genügt dagegen nach Ansicht des Autors (S. 79 f.) nicht für eine „Verwertung im steuerrechtlichen Sinn“; ebenso Herzog, DB 1999, 1, 4. Wie hier dagegen z.B. Schubert, FR 1999, 639, 643.

292 Vgl. die zweijährige Mindestwartezeit bei Optionen auf Aktien aus einer bedingten Kapitalerhöhung, §§ 192 II Nr. 3, 193 II Nr. 4 AktG i.d.F. des KonTraG.

293 Vgl. ähnlich Haas/Pötschan, DB 1998, 2138, 2139 (ohne Begründung): Die Beschränkung, wonach das Optionsrecht frühestens nach zwei Jahren ausgeübt werden dürfe (§ 193 II Nr. 4 AktG), beeinträchtige seine Einstufung als Wirtschaftsgut nicht.

ausüben“ werde.<sup>294</sup> Die Beschränkungen, die das Tatbestandsmerkmal des (zugeflossenen) Arbeitslohns gemäß § 19 EStG in Bezug auf *schuldrechtliche* Ansprüche auf Geld- oder Sachleistungen erfährt, greifen nämlich wegen der jederzeitigen Glattstellbarkeit derivativer Optionen und der Realisierbarkeit ihres Wertes nicht ein. Folglich entsteht die Steuerpflicht in diesen Fällen bereits mit Gewährung der Option, d.h. mit ihrem Zufluss in das Privatvermögen des Steuerpflichtigen. Nachfolgende Vermögenszuwächse aus der Option werden nicht mehr dem Arbeitsverhältnis zugerechnet, sondern dem Bereich der privaten Vermögensverwaltung, dessen Besteuerung sich nach §§ 20 ff. EStG richtet. Spätere Ausübungsgewinne aus der Option sind nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG steuerpflichtig, wenn zwischen Erwerb und Ausübung der Option nicht mehr als ein Jahr vergeht. Die Veräußerung der Option am Sekundärmarkt innerhalb eines Jahres erfüllt den Besteuerungstatbestand des § 23 I 1 Nr. 2 EStG, weil der Erwerb der Option vom Arbeitgeber entgeltlich und damit „Anschaffung“ ist.<sup>295</sup> Damit ergibt sich ein Gleichlauf der steuerlichen Folgen der Gewährung von Mitarbeiteroptionen mit dem wirtschaftlich gleichwertigen Fall, dass der Arbeitgeber dem Mitarbeiter den Gegenwert der Optionen in bar auszahlt und der Mitarbeiter diesen Betrag sogleich aufgrund eigener Entscheidung in entsprechende Optionen investiert.<sup>296</sup>

In der Praxis wird die Ausgabe von Mitarbeiter-Aktienoptionen auf liquide Gesellschaftsanteile regelmäßig an eine Reihe von einschränkenden Bedingungen zu Erwerb, Ausübung und Veräußerbarkeit der Option geknüpft. Diese beruhen zum Teil indirekt auf gesetzlichen Vorgaben, sofern sich das Unternehmen die bei Ausübung der Optionen zu verkaufenden Aktien im Wege einer bedingten Kapitalerhöhung (§§ 192 ff. AktG) beschafft. § 193 II Nr. 4 AktG nennt für den zwingenden Inhalt des Hauptversammlungsbeschlusses über die bedingte Kapitalerhöhung „Erfolgsziele, Erwerbs- und Ausübungszeiträume und Wartezeit für die erstmalige Ausübung (mindestens zwei Jahre)“. Darüber hinaus finden sich in den einschlägigen „Stock-Options“-Plänen häufig Vorschriften zur Nichtübertragbarkeit der Option sowie die Bestimmung, dass die Ausübung der Optionen nur möglich ist, wenn der Bezugsberechtigte zu diesem Zeitpunkt noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft oder zu anderen Konzerngesellschaften steht.<sup>297</sup>

294 BFH 10.3.1972 (Fn. 272); jüngst - jedenfalls für *nicht* handelbare Mitarbeiteraktienoptionen - zust. BFH 24.1.2001 - I R 100/98, BStBl II 2001, 509, unter II.3., sowie die Parallelentscheidung BFH 24.1.2001 - I R 119/98, BStBl II 2001, 512, unter II.4.

295 Vgl. Herzig, BB 1999, 1, 5 f., zu § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F.: Die [gemeint ist: „fungible“] Option sei Arbeitsentgelt mit der Folge, dass „dieser Leistungsaustausch einen Anschaffungsvorgang“ begründe.

296 Der BFH misst dem Vergleich zwischen direkter und indirekter Zuwendung eines Sachwertes durch den Arbeitgeber entscheidende Bedeutung zu. Vgl. für Beitragsteilungen zu einer Gruppenunfallversicherung BFH 16.4.1999 (Fn. 273): Die Arbeitslohnqualität von Zukunftssicherungsleistungen, bei denen die Leistung des Arbeitgebers an einen Versicherer erfolge, hänge „davon ab, ob sich der Vorgang - wirtschaftlich betrachtet - so“ darstelle, „als ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Mittel zur Verfügung gestellt und der Arbeitnehmer sie zum Erwerb der Zukunftssicherung verwendet“ habe.

297 Vgl. z.B. den Aktienoptionsplan der Deutsche Telekom AG gemäß Beschlussfassung der Hauptver-

Solche Beschränkungen können sich, wie z.B. Sperrfristen, lediglich wertmindernd auswirken.<sup>298</sup> Sie können aber auch wegen der damit verbundenen zusätzlichen Unsicherheiten bewirken, dass die zukünftigen Zahlungsströme aus der Option nicht mehr reproduzierbar und damit nicht mehr objektiv bewertbar sind. Die Option ist dann kein Wirtschaftsgut<sup>299</sup> und ihr Erwerb durch den Steuerpflichtigen löst als solcher keine Besteuerungsfolgen aus.<sup>300</sup> Unter dieser Voraussetzung sind etwaige spätere Ausübungsgewinne voll als Arbeitslohn zu besteuern.<sup>301</sup> Das trifft für die Fälle zu, wo das Recht zum Erwerb der Aktien an die Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses geknüpft wird und die Option bei vorzeitigem Ausscheiden aus dem Unternehmen verfällt.<sup>302</sup> Optionen dieser Art sind zumindest in der Hand von Spitzenmanagern nicht mit theoretischen Modellen bewertbar, weil sich das Risiko der vorzeitigen Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses nicht quantifizieren lässt, aber nicht so gering ist, dass es vernachlässigt werden könnte.<sup>303</sup> Veräußerungsverbote, die der Glattstellung der Mitarbeiter-Option am Sekundärmarkt entgegenstehen (§§ 399, 413 BGB), schaden für sich<sup>304</sup> nach bilanzsteuerrechtlichen Grundsätzen<sup>305</sup> der Qualifizierung der Option als (zugeflossenes) Wirtschaftsgut nicht, solange eine Glattstellung durch Gegengeschäft am Termin- oder Kassamarkt möglich ist.<sup>306</sup> Bei Genussrechten mit zeitlich beschränkt-

sammlung v. 25.5.2000.

298 Hierzu *Deutschmann*, S. 110 f.

299 S.o. 5. Kapitel, unter C.I.1.a., S. 274, bei Fn. 131 f., zur grundsätzlichen Bilanzunwirksamkeit bedingter Forderungen. Anders dagegen z.B. *Deutschmann*, S. 111 f., zum Erfordernis eines Verbleibs in der Gesellschaft bis zur Optionsausübung: Der *Autor* diskutiert diese Beschränkung nur unter dem Gesichtspunkt der Wertbestimmung nach § 8 II 1 EStG, ohne einen Bezug zur Eigenschaft der Option als Wirtschaftsgut herzustellen.

300 Vgl. demgegenüber BFH Beschl. 23.7.1999 (Fn. 272), unter 2.c.aa., die Bedeutung der Bewertbarkeit der Option auf der Basis seiner hier kritisierten künstlichen Trennung von Erwerb und Zufluss des Vorteils zu Unrecht verneinend.

301 Zur Anwendbarkeit der Tarifentlastung des § 34 I 2-4, II Nr. 4 EStG („Vergütungen für mehrjährige Tätigkeiten“) BFH 21.3.1975 - VI R 55/73, BStBl II 1975, 690 (noch zu § 34 III EStG 1969); BFH 24.1.2001 - I R 100/98, BStBl II 2001, 509, unter II.4.

302 Vgl. BFH 24.1.2001 (Fn. 301), unter II.2. (m.w.N.).

303 Vgl. aber *Herzig*, DB 1999, 1, 3, ohne weitere Differenzierung zu „Verfügungsbeschränkungen und u.U. weiteren Ausübungsvoraussetzungen“ (unter Berufung u.a. auf *Haas/Pötschan*, DB 1998, 2138, 2139 f., Letztere ebenfalls ohne Differenzierung): Vor dem Hintergrund, dass „für steuerliche Zwecke auch Schätzungen bzw. Näherungswerte zulässig“ seien, könnten Stock Options heute i.d.R bei Einräumung ausreichend zuverlässig bewertet werden. Bei nicht am Markt gehandelten Aktienoptionen seien theoretische Bewertungsverfahren für die Bewertung geeignet; *Haas/Pötschan*, DB 1998, 2138, 2139 f., ausführlich zur Anwendbarkeit der *Black/Scholes*-Formel auf nicht börsennotierte Optionen (bzw. damit etwas durcheinander gehend: nicht börsennotierte Gesellschaften). Das Erfordernis der „Fortdauer des Beschäftigungsverhältnisses“ wird zwar angeprochen (S. 2140), aber bewertungstechnisch und steuerrechtlich nicht problematisiert. Im Übrigen trennen die *Autoren* die (unter der Voraussetzung der „Handelbarkeit“ ohne weiteres bejahte) Frage, ob die Option ein Wirtschaftsgut darstellt, zu Unrecht von der Frage ihrer Bewertbarkeit (S. 2139).

304 In der Praxis der Aktienoptionspläne treffen Veräußerungsverbote allerdings regelmäßig mit der Koppelung des Optionsrechts an Fortbestand des Arbeitsverhältnisses zusammen.

305 S.o. 5. Kapitel, C.I.1.a., S. 274.

306 Mitarbeiteroptionen über nicht liquide Gesellschaftsanteile (Anteile geschlossener Gesellschaften)

tem Veräußerungsverbot hat die Rechtsprechung einen Zufluss sogar bejaht, ohne dazu besondere Anforderungen an die Liquidität des Basiswertes zu stellen.<sup>307</sup> Demgegenüber hat der BFH in einer neueren Entscheidung - ungeachtet der finanzwirtschaftlichen Erkenntnisse zur Glattstellbarkeit von Optionen<sup>308</sup> - den steuerpflichtigen Zufluss für zeitlich unbeschränkt unveräußerliche Bezugsrechte wiederum verneint,<sup>309</sup> hierbei aber immerhin offen gelassen, ob bei handelbaren Optionen anders zu entscheiden wäre.<sup>310</sup> In Zusammenhang mit der Gewährung unübertragbarer Optionsrechte bei dreijähriger Sperrfrist hat das Gericht jüngst nun sogar ausdrücklich entschieden, dass „eine bloße wirtschaftliche »Glattstellung« nicht genüge, weil sie „nicht die endgültige Verwertung der Option“ gewährleiste.<sup>311</sup> Zur Begründung wird sinngemäß ausgeführt, die geschlossene Position könne nachträglich wieder geöffnet werden, solange die Aktienoption nicht endgültig erloschen sei.<sup>312</sup> Diese Überlegung vermag insofern nicht zu überzeugen, als die (wirtschaftliche) Glattstellung eine Realisierung des Optionswerts<sup>313</sup> und

sind generell nicht durch Gegengeschäft glattstellbar. In aller Regel wird es für sie auch keinen liquiden Sekundärmarkt geben. Sie sind deshalb keine zuflussfähigen Wirtschaftsgüter.

307 S.o. unter a., Fn. 286.

308 Die für die ältere Rspr. noch mögliche Entschuldigung, „weder die theoretischen noch die institutionellen Grundlagen von Finanzderivaten“ seien „mit heutigen Standards vergleichbar“ gewesen (so Knoll, DStZ 1999, 242 Fn. 4, zu BFH 10.3.1972 [Fn. 272]), lässt sich inzwischen sicherlich nicht mehr vorbringen.

309 Siehe BFH Beschl. 23.7.1999 (Fn. 272), unter 2.b., c.. Aus dem Beschluss wird nicht deutlich, welchen weiteren Beschränkungen die streitgegenständliche Aktienoption unterworfen war. Aus der älteren Rspr. siehe BFH 10.3.1972 (Fn. 272), zur Gewährung nicht veräußerbarer, nur persönlich ausübbarer Optionen auf den Erwerb von Aktien der börsennotierten Muttergesellschaft: Die Einräumung eines Optionsrechts gebe dem Berechtigten „lediglich eine Chance zu einem preisgünstigen Vermögenserwerb“, „der zu einem Zufluss und damit zu einer Einnahme erst dann“ führe, „wenn der Berechtigte die Option ausgeübt“ habe (m.w.N. aus dem Schrifttum); bestätigend BFH 21.3.1975 (Fn. 301).

310 Siehe BFH Beschl. 23.7.1999 (Fn. 272), unter 2.c.bb.: Der Senat brauche nicht näher darauf einzugehen, ob für handelbare Optionen Besonderheiten gelten würden, da die Tatsacheninstanz unwidersprochen festgestellt habe, dass im Streitfall keine handelbaren Optionen vorlägen; ebenso eine Stellungnahme zu handelbaren Optionen vermeidend jüngst BFH 24.1.2001 - I R 100/98, BStBl II 2001, 509, unter II.2., sowie BFH 24.1.2001 - I R 119/98, BStBl II 2001, 512, unter II.3.. Die Entscheidung FG Düsseldorf 23.9.1968 (VII 549/67 E, EFG 1969, 172) wird zu Unrecht bisweilen als Beispiel für die Bejahung der angesprochenen Frage in Anspruch genommen. Dort heißt es bezogen auf den konkreten Fall, ein geldwerter Vorteil scheide schon deshalb aus, weil das Optionsrecht „nicht übertragbar und bewertbar“ gewesen sei. Das bedeutet noch nicht im Umkehrschluss, dass das Gericht übertragbare und bewertbare Optionsrechte ohne weiteres für besteuierbar erachten würde. Ansonsten nämlich hätte das Gericht nicht zusätzlich darauf abstellen dürfen, dass der Arbeitnehmer „kein Entgelt“ für die Option bezahlte. Siehe aber für die Finanzverwaltung OFD Berlin 25.3.1999 - St 423-S 2347-1/99, DB 1999, 1241 („Lohnsteuerliche Behandlung von Stock Options“): Maßgebend für den Zufluss mit Erwerb der Option sei deren „Marktgängigkeit“. Das setze die „uneingeschränkte Veräußerbarkeit der Option an einem vorhandenen und für alle offenen Markt voraus“.

311 BFH 24.1.2001 - I R 100/98 (Fn. 310), unter II.3.c., und insoweit wortgleich BFH 24.1.2001 - I R 119/98 (Fn. 310), unter II.4.d.

312 BFH 24.1.2001 (Fn. 311).

313 Der BFH (Fn. 311) geht demgegenüber für die entschiedenen Sachverhalte davon aus, dass der theoretische Wert der unveräußerlichen Optionen bis zur Ausübung *nicht* realisierbar ist (unter II.3.f.). Damit setzt er sich zu seiner Annahme der „wirtschaftlichen Glattstellbarkeit“ dieser Opti-

damit einen Geldzufluss bewirkt, der durch nachträgliche Vermögensdispositionen nicht mit Rückwirkung beseitigt wird. Die steuerrechtliche Beurteilung von Beschränkungen in den Ausgabebedingungen für Mitarbeiteroptionen soll hier jedoch nicht weiter vertieft werden, um nicht den Bezug zum Betrachtungsgegenstand derivativer Finanzinstrumente zu verlieren.

## ***II. Baustineffekt***

Nunmehr ist zu untersuchen, inwieweit auf der Basis der vorstehend analysierten Besteuerung der Zahlungsströme aus einzelnen Derivaten von einer ertragsteuerrechtlichen Anerkennung des Baustineffekts bei den privaten Einkünften gesprochen werden kann. Wie in den anderen Rechtsgebieten kann man rechtstechnisch wiederum zwischen der automatischen und der bewussten Gleichbehandlung finanzwirtschaftlich gleichwertiger Positionen unterscheiden.<sup>314</sup> Im ersten Fall ergibt sich der Gleichlauf der Besteuerung bereits aus der „mechanischen“ Einzelsubsumtion der beteiligten Finanzinstrumente unter die für sie einschlägigen Steuertatbestände. In letzterem Fall hat der Rechtsanwender von sich aus den Umstand zu berücksichtigen, dass sich eine Mehrheit von einzelnen, zu besteuernden Instrumenten zu einem bestimmten, von diesen verschiedenen „synthetischen“ Instrument integrieren bzw. dass sich das zu besteuernde Instrument in die Kombination aus bestimmten „synthetischen“ Instrumenten zerlegen lässt. Je nach Interessenlage kann dazu die Analogie oder die teleologische Reduktion das geeignete rechtstechnische Mittel sein.

Die automatische Gleichbehandlung scheitert zum Teil an der gesetzlichen Systematik der unterschiedlichen Einkunftsarten. Das Gesetz besteuert Zahlungsströme aus Finanzanlagen, je nachdem, ob sie (ausschließlich) stochastisch bedingt sind oder nicht, unter unterschiedlichen Voraussetzungen (Jahresfrist bei § 23 I EStG) und mit unterschiedlichen Rechtsfolgen (Verlustausgleich, Freibeträge).<sup>315</sup> Da finanzwirtschaftlich beide Arten von Zahlungsströmen wegen des Baustineffekts austauschbar sind,<sup>316</sup> ergeben sich daraus Möglichkeiten zur Steuerarbitrage, die durch die Neufassung des § 23

onen (unter II.3.c.) in Widerspruch.

314 S.o. die Grundlegung oben 1. Kapitel, E.I., S. 70 ff.

315 Siehe einerseits § 23 I 1 Nr. 4 EStG (oben C.I.1., S. 334 ff.) und andererseits § 20 I Nr. 7 EStG (oben, C.I.2., S. 350 ff.).

316 Vgl. Hamacher, WM 1995, 777, 784: Die Entwicklung der modernen Finanzinstrumente lasse die Konturen zwischen den Einkünften aus Kapitalvermögen, aus sonstigen Leistungen und aus Spekulationsgeschäften zunehmend verschwinden. Der Versuch etwa, „bestimmte Konstellationen aus dem Optionsbereich (Capped Warrants)“ den Einnahmen aus Kapitalvermögen (§ 20 I Nr. 7 Satz 2 EStG) zuzuordnen, sei zum Scheitern verurteilt, wenn man sich vor Augen halte, wie gerade die Anlageform der „Capped Warrants“ ihren Charakter wechseln könne, wenn man sie durch Veräußerungsgeschäfte in ihre Bestandteile zerlege. Zu den „Capped Warrants“ s.u. unter 4., S. 386 f., 389 f.

EStG nicht beseitigt wurden.<sup>317</sup> Im Rahmen der Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit<sup>318</sup> dürften demgegenüber im Hinblick auf die Anerkennung des Bausteineffekts keine Probleme entstehen. Schließlich knüpft § 19 EStG, sofern die Voraussetzungen für die Qualifizierung von Finanzinstrumenten als Arbeitslohn erst einmal vorliegen, nicht an die Struktur der Zahlungsströme, sondern allein an den Marktwert der Zuwendung an. Störende Interferenzen mit § 20 I Nr. 7 EStG oder § 23 EStG sind nicht denkbar, da diese Tatbestände erst dann greifen, wenn die vom Arbeitgeber gewährten Finanzinstrumente bereits Bestandteil des Privatvermögens des Steuerpflichtigen geworden sind und deshalb eine Zurechnung der Erträge als Arbeitslohn ausscheidet.

Die nachfolgende Betrachtung greift exemplarisch einige wichtige Beispiele der Finanzarbitrage mit Derivaten heraus. Bei der Reproduktion von Zahlungsströmen, die einer bestimmten Einkunftsart bzw. Einkunftsunterart zuzuordnen sind, lassen sich zwei verschiedene Konstellationen unterscheiden. Entweder sind die Zahlungsströme der einzelnen Bausteine gar keiner oder nur einer anderen Einkunftsart zuzuordnen (nachfolgend: vollsynthetische Reproduktion) oder aber zumindest einer der Bausteine fällt mit seinen Zahlungsströmen unter die gleiche Einkunftsart wie das duplizierte Geschäft (nachfolgend: teilsynthetische Reproduktion). Die Ausführungen beginnen mit der Frage nach der inneren Konsistenz des § 23 EStG vor dem Hintergrund der finanzwirtschaftlichen Zusammenhänge zwischen Kassa- und Termingeschäften (1., 2.). Danach geht es um die steuerliche Beurteilung des Zusammenhangs zwischen Einkünften nach § 23 EStG und *Einnahmen* im Bereich der übrigen Einkunftsarten, wobei der Blick zunächst der teilsynthetischen Reproduktion gilt (3.). Die folgenden Erörterungen zur vollsynthetischen Reproduktion konzentrieren sich auf die Erzeugung von Kapitalerträgen (4.). Zum Schluss wird noch das Zusammenwirken von Einkünften nach § 23 EStG mit *Werbungskosten* bei den übrigen Einkunftsarten untersucht (5.).

### 1. Vollsynthetische „Termingeschäfte“

Zahlungsströme aus Terminkäufen und -verkäufen lassen sich durch darlehensgestützte Investitionen am Kassamarkt (a.) oder durch Kombinationen aus anderen Termingeschäften (b.) duplizieren.

<sup>317</sup> Vgl. zu den Arbitragemöglichkeiten nach früherer Rechtslage die pauschale Kritik bei *Jonas*, BB 1993, 1421, zu § 20 EStG: Weder durch ein BMF-Schreiben noch durch „Detailänderungen des EStG“, sondern nur durch eine „grundlegende Steuerreform“ unter Aufgabe der „altväterlichen Unterscheidung von Vermögenssphäre und Einkunftssphäre“ ließe sich der Wettlauf mit der Finanzinnovation beenden; zust. in Bezug auf Arbitragemöglichkeiten mit Kombinationen von Differenzgeschäften und ergänzend die zwischenzeitlich erfolgte Neufassung des § 20 I Nr. 7 EStG einbeziehend *Sagasser/Schüppen*, DStR 1994, 265, 269 f. Fn. 44.

<sup>318</sup> Oben C.I.3., S. 359 ff.

### a. Kassamarkt

Ob die finanzwirtschaftliche Gleichwertigkeit mit der steuerrechtlichen Gleichbehandlung bei darlehensgestützten Veräußerungsgeschäften am Kassamarkt einhergeht, ist eine Frage der Kompatibilität des neuen § 23 I 1 Nr. 4 EStG mit den herkömmlichen Tatbeständen des § 23 I 1 Nr. 2 EStG (synthetischer Terminkauf) und des § 23 I 1 Nr. 3 EStG (synthetischer Terminverkauf).

Bei der *statischen* Reproduktion von Termingeschäften mit einer Laufzeit *bis zu einem Jahr* ergibt sich ein automatischer Gleichlauf. Voraussetzung hierfür ist, dass die Veräußerungsgeschäfte am Kassamarkt das Erfordernis der „Nämlichkeit“ erfüllen, dass also angeschaffte und veräußerte Wirtschaftsgüter gegenständlich identisch sind.<sup>319</sup> Bei Transaktionen über Wertpapiere in Sammelverwahrung ist wegen § 6 I DepotG nicht das Wertpapier selbst, sondern das nach Wertpapiernennbetrag oder Stückzahl bestimmte Miteigentum am Sammelbestand Vertragsgegenstand. Dem Identitätserfordernis des § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG ist folglich bereits genügt, wenn es sich der Art und der Stückzahl nach um dieselben Wertpapiere handelt.<sup>320</sup> Bezahlte Darlehenszinsen im Rahmen eines synthetischen Terminkaufs sind nach § 9 I 3 Nr. 1 EStG (Schuldzinsen) als Werbungskosten abzugsfähig, da sie in „wirtschaftlichem Zusammenhang“ mit der Kassainvestition stehen.<sup>321</sup> Erhaltene Darlehenszinsen beim synthetischen Terminverkauf sind nach § 20 I Nr. 7 EStG zu versteuern. Bei der natürlichen Terminposition entspricht ihnen ein im Vergleich zum Kassaverkauf höherer, nach § 23 I Nr. 3 EStG zu versteuernder Differenzgewinn aus den Marktbewegungen. Der Sonderfall des synthetischen Devisenterminkaufs zeichnet sich durch ein zusätzliches, ebenfalls nach § 20 I Nr. 7 EStG zu besteuernches Zinselement aus, weil der Basiswert in Geld besteht. Dieses ergibt sich daraus, dass der per kassa gekaufte Fremdwährungsbetrag vorübergehend zum ausländischen Marktzins anzulegen ist. Speziell für *aktienbezogene* Termingeschäfte hat die aufgezeigte Harmonie zwischen der Besteuerung natürlicher und synthetischer Positionen nunmehr jedoch durch die Einführung des sog. Halbeinkünfteverfahrens im Rahmen der Körperschaftsteuerreform 2001 einen empfindlichen Bruch erlitten. Nach § 3 Nr. 40 S. 1 lit. j EStG i.V.m § 3c II 1 EStG werden Spekulationsgewinne aus Anteilen an Kapitalgesellschaften nur noch zur Hälfte besteuert. Der Gesetzgeber betrachtet diese Regelung als Folgeänderung der hälftigen Steuerbefreiung von offenen und verdeckten Gewinnausschüttungen (§ 3 Nr. 40 S. 1 lit. d), weil die Realisierung von Kursgewinnen aus der Anteilsveräußerung wirtschaftlich einer Totalausschüttung entsprechen soll.<sup>322</sup> Eine entsprechende Steuerbefreiung für Gewinne aus (natürlichen) Aktientermingeschäften

319 BFH 29.3.1989 - X R 4/84, BStBl II 1989, 652, unter a.

320 BFH 24.11.1993 - X R 49/90, BStBl II 1994, 591, unter I.1.a.bb., zu § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F.

321 BFH 12.12.1996 - X R 65/95, BStBl II 1997, 603, unter II.1.a.: Die bei fremdfinanzierter Anschaffung des Spekulationsgegenstandes innerhalb der Spekulationsfrist angefallenen Schuldzinsen seien als Werbungskosten anzusehen, soweit nicht eine Nutzung des Spekulationsgegenstandes im Rahmen einer vorrangigen Einkunftsart oder eine private Nutzung gegeben sei.

322 Dankmeyer/Giloy-Marschall, § 23 EStG, Rz. 68b (Stand: Dezember 2000); Birk, Rz. 1062b.

i.S. des § 23 I 1 Nr. 4 EStG fehlt hingegen.

Bei Anlagestrategien mit einer *längerer* Laufzeit als einem Jahr sichert die Jahresfrist des § 23 I 1 Nr. 4 EStG zwar einen Gleichlauf mit synthetischen Termingeschäften im Hinblick auf die Steuerfreiheit der Marktrisikokomponente (Veräußerungsgeschäfte am Kassamarkt). Für die Zinskomponente führt sie indes zu ungleichen Steuerfolgen, weil § 20 I Nr. 7 EStG Zinsen unabhängig von der Laufzeit der Kapitalüberlassung besteuert. Das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der Kapitalüberlassung<sup>323</sup> lässt sich nicht etwa deshalb verneinen, weil die Darlehensvaluta gar nicht ausbezahlt, sondern sofort mit dem Kaufpreis des Basiswertes verrechnet wird. Anders ist es nur bei Scheingeschäften (§ 41 II AO).<sup>324</sup> Die Frage ist, ob eine rechtsfortbildende Korrektur des § 20 I Nr. 7 EStG im Wege der *bewussten* Gleichbehandlung durch Integration (unter Berücksichtigung der Absicht des Steuerpflichtigen) möglich ist - zumindest bei vorsätzlicher Ausnutzung des Baustineffekts und vielleicht beschränkt auf das Zweierverhältnis (symmetrischer Baustineffekt<sup>325</sup>).

Denken könnte man zunächst an eine *teleologische Reduktion* des § 20 I Nr. 7 EStG vor dem systematischen Hintergrund der Wertung des § 23 I 1 Nr. 4 EStG. Das aber setzt voraus, dass der Zweck dieser Norm bei der Besteuerung der Darlehenszinsen im Rahmen eines synthetischen Terminkaufs verfehlt würde. Dafür bestehen keine Anhaltspunkte. Gemäß dem Markteinkommenprinzip bezweckt § 20 I Nr. 7 EStG die Besteuerung von Einkommen, das durch das Erbringen von Leistungen am Markt erzielt wird. Wofür die Gegenseite die durch den Steuerpflichtigen erbrachte Leistung verwendet, ist hierbei ohne Belang. Die Zinsbesteuerung ist dementsprechend nicht davon abhängig, ob der Darlehensnehmer die Valuta für Kassaspekulationsgeschäfte einsetzt. Ebenfalls ohne Bedeutung für die Verwirklichung des Tatbestands einer bestimmten Einkunftsart ist, welchen sonstigen Zahlungsströmen das Vermögen des Steuerpflichtigen im Betrachtungszeitraum noch ausgesetzt war. Die Möglichkeit, dass ein Zahlungsstrom aus einer tatbestandsmäßigen Quelle allein oder in Verbindung mit anderen Zahlungsströmen dieselbe Gestalt annimmt wie Zahlungsströme, die steuerunwirksam sind, ist dem geltenden, enumerativen System von Überschusseinkünften mit isolierter Be trachtung tatbestandsmäßiger Einzelgeschäfte sowie seiner Absage an die Konzeption des Reinvermögenszugangs inhärent. Sie rechtfertigt für sich nicht ein Abweichen vom Gesetzeswortlaut. Zudem würde eine teleologische Reduktion des § 20 I Nr. 7 EStG bei synthetischen Termingeschäften mit § 23 II 1 EStG kollidieren. Die Subsidiarität der Einkünfte aus „privaten Veräußerungsgeschäften“ gegenüber den anderen Einkunftsarten bezieht sich nach dem Wortlaut der Vorschrift zwar nur auf den positiven Anwendungsbereich des § 23 EStG. Sind aber die anderen Einkunftsarten schon vorrangig, wenn die zu beurteilenden Vermögenszugänge gleichzeitig den Tatbestand des § 23 I EStG verwirklichen, sind sie es erst recht dann, wenn dessen Tatbestandsvoraussetzun-

323 Hierzu oben I.2., S. 350 ff.

324 Hierzu oben B.II., S. 316 f.

325 S.o. 1. Kapitel, D.II., S. 67 ff.

gen nicht erfüllt sind. Nicht zuletzt aber würde man mit der einschränkenden Ausrichtung des § 20 I Nr. 7 EStG an der Wertung des § 23 EStG die oben<sup>326</sup> aufgezeigten, mit der Jahresfrist zusammenhängenden inneren Wertungswidersprüche des § 23 EStG (Stichwort: Laufzeitarbitrage) in § 20 EStG importieren.

Der umgekehrte Weg zur Angleichung der Besteuerung synthetischer und natürlicher Terminverkäufe mit Laufzeit über einem Jahr würde in der *teleologischen Ausweitung* des Anwendungsbereichs des § 20 EStG auf Termingeschäfte bestehen. Er ist ebenfalls nicht gangbar. Die Rechtsprechung des BFH zur Besteuerung des impliziten Zinsanteils bei langfristigen Forderungen<sup>327</sup> lässt sich nicht auf stochastisch bedingte Forderungen aus Termingeschäften mit Barausgleich und Laufzeit über einem Jahr anwenden. Von einer einseitigen Kapitalüberlassung kann bei Termingeschäften anders als bei den Gegenleistungsforderungen hinsichtlich bereits erbrachter Leistungen aus Umsatzgeschäften keine Rede sein.<sup>328</sup> Im Übrigen wäre der implizite „Zinsanteil“, zu dem man bei Terminkäufen mit Barausgleich durch Abzinsung des Auszahlungsbetrags gelangen würde, mit den Zinsen, die der Steuerpflichtige bei einer gleichwertigen Kassaanlage erhält, regelmäßig nicht identisch.

Für die *dynamische* Reproduktion von Termingeschäften am Kassamarkt<sup>329</sup> bestehen im Ergebnis keine Besonderheiten, solange der Anlagezeitraum ein Jahr nicht überschreitet. Die laufenden Transaktionen zur Anpassung der synthetischen Position realisieren Zwischengewinne und -verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG. Deren Saldierung wird durch die Beschränkung des Verlustausgleichs nach § 23 III 8 EStG nicht behindert. Der steuerbare Nettoertrag aus dem synthetischen Termingeschäft entspricht somit demjenigen aus der nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG zu steuernden natürlichen Position.

Bei Gesamtlaufzeiten von über einem Jahr entsteht das Sonderproblem, dass das echte Termingeschäft steuerunwirksam ist, die Einzeltransaktionen aus der synthetischen Position wegen der in der Regel kurzen Anpassungsintervalle aber steuerwirksam sind. Diese Ungleichbehandlung ließe sich vermeiden, wenn man hier die Grundsätze zur steuerrechtlichen Identität zwischen einem (unter Zwang) veräußerten und einem dafür als Ersatz angeschafftem Wirtschaftsgut anwenden könnte, die der BFH für den bilanzsteuerrechtlichen Begriff des Wirtschaftsguts entwickelt<sup>330</sup> und, im Wege einer

326 Abschn. I.1.b.bb., S. 347 ff.

327 S.o. I.2., S. 352, bei Fn. 235.

328 Näheres oben I.2., S. 356.

329 S.o. 1. Kapitel, C.I.1., S. 52 ff.

330 Siehe z.B. BFH 4.2.1999 - IV R 57/97, DB 1999, 939, unter 2.b.: Nach den von der Rspr. entwickelten und von der Finanzverwaltung übernommenen Grundsätzen zur sog. Rücklage für Ersatzbeschaffung könne eine Gewinnrealisierung durch Aufdeckung stiller Reserven ausnahmsweise dann vermieden werden, wenn ein Wirtschaftsgut aufgrund höherer Gewalt oder infolge oder zur Vermeidung eines behördlichen Eingriffs gegen eine Entschädigung aus dem Betriebsvermögen ausscheide und alsbald ein funktionsgleiches Ersatzwirtschaftsgut angeschafft werde; ebenso R 35 EStR („Übertragung stiller Reserven bei Ersatzbeschaffung“).

teleologischen Reduktion, „sinngemäß“ auf § 23 EStG übertragen hat.<sup>331</sup> Das erscheint aber schon deshalb nicht möglich, weil Bezugspunkt der nach § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG erforderlichen „Identität“ von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut bei dynamischen Strategien nicht der einzelne Basiswert ist, sondern eine in ihrer Zusammensetzung wechselnde, allein durch ihre finanzwirtschaftlichen Gesamteigenschaften definierte Mehrheit von Wirtschaftsgütern.

Der Grundgedanke der Besteuerung privater Veräußerungsgeschäfte ist, so der BFH, dass „der Steuerpflichtige sich Werterhöhungen von Wirtschaftsgütern innerhalb einer bestimmten Frist wirtschaftlich zugeführt hat“. <sup>332</sup> Wirtschaftsgüter sind dabei nur solche Betrachtungsgegenstände, die einer Bilanzierung zugänglich sind.<sup>333</sup> Die vom konkreten Vertrag oder Eigentum am Basiswert losgelöste Aussicht auf Marktwertgewinne ist danach kein Wirtschaftsgut.<sup>334</sup> Dementsprechend definiert sich der steuerrelevante Ertrag nicht etwa abstrakt als Zufluss aus Marktwertschwankungen, sondern als Ergebnis des *Wertdurchganges* eines konkreten, bilanzierungsfähigen Wirtschaftsguts.<sup>335</sup> Verzichtet man auf die gegenständliche Verankerung des Begriffs des Wirtschaftsguts nach § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG<sup>336</sup> und verkürzt man ihn auf die abstrakte, werthaltige Risikoposition, löst man die tatbestandlichen Strukturen des § 23 EStG auf. Die Unterscheidung zwischen Veräußerungs- und Termingeschäften und die Zuordnung der

331 Siehe insb. BFH 29.6.1962 - VI 82/61 U, BStBl III 1962, 387, zum Erwerb eines Ersatzgrundstücks nach einer Enteignung: Der Grundsatz, dass auch eine Veräußerung unter Zwang unter § 23 EStG falle, könne nicht ausnahmslos gelten. Auch § 23 EStG greife, „weil sonst ein sinn- und systemwidriges Ergebnis erzielt würde, dann nicht ein, wenn eine unter Zwang erfolgte Veräußerung wegen Anschaffung eines Ersatzwirtschaftsguts nicht zu einer Gewinnverwirklichung geführt“ habe; BFH 15.1.1974 - VIII R 63/68, BStBl II 1974, 606: Im Hinblick auf § 23 EStG sei „ein im Umlegungsverfahren zugeteiltes Grundstück als mit dem in das Umlegungsverfahren eingebrachten Grundstück *identisch* anzusehen“ [Hervorhebung durch den *Verf.*]. BFH 31.8.1994 - X R 66/92, BFH/NV 1995, 391, unter 2.: Der Veräußerungsgrund sei bei § 23 EStG ohne Bedeutung. Eine „nicht mit Rücksicht auf das Veräußerungsmotiv, sondern mit dem Substitutionsgedanken begründete Ausnahme“ gelte für den Fall, „dass für das veräußerte Wirtschaftsgut unter Zwang ein Ersatzwirtschaftsgut angeschafft werde; bestätigt in BFH Beschl. 1.4.1996 - X B 53/95, BFH/NV 1996, 675, unter 1.

332 BFH 26.8.1975 - VIII R 61/72, BStBl II 1976, 64, zu § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F.; ebenso z.B. *Jacobs-Soyka*, in: Littmann/Bitz/Hellwig, § 23 EStG, Rz. 38 (Stand: April 2000).

333 S.o. I.3.a., S. 359 ff., bei Fn. 265-268.

334 Vgl. BFH 8.12.1981 - VIII R 125/79, BStBl II 1982, 618, unter 1.a., zu § 23 a.F.: Der „mögliche Wortsinn“ lasse keine Auslegung dahingehend zu, „dass auch eine Spekulation ohne Veräußerungsgeschäft steuerbar sein“ solle. Gegen das Vorliegen einer Gesetzeslücke spreche bereits, dass §§ 22 Nr.2, 23 EStG „Ausnahmecharakter“ hätten. Sollte eine „planwidrige Lücke des Gesetzes“ vorliegen, „so könnte sie nicht durch Rechtsfortbildung ausgefüllt werden“ (unter Hinweis auf die Rspr. des Senats zur Unzulässigkeit der steuerbelastenden Analogie, s.o. B.III.1., Fn. 58).

335 Vgl. BFH 29.3.1989 (Fn. 319) : „Sinn und Zweck“ des § 23 EStG sei es, „innerhalb der Spekulationsfrist realisierte Werterhöhungen oder Wertminderungen aus verhältnismäßig kurzfristigen Wertdurchgängen eines *bestimmten* Wirtschaftsguts im Privatvermögen des Steuerpflichtigen der Einkommensteuer zu unterwerfen“ [Hervorhebung durch den *Verf.*]; zuvor bereits BFH 30.11.1976 - VIII R 202/72, BStBl II 1977, 384, unter III.: „Wertmehrungen oder Wertminderungen aus verhältnismäßig kurzfristigen Wertdurchgängen beim Steuerpflichtigen“.

336 Vgl. *Crezelius*, in: Kirchhof/Söhn, § 23, Rz. A 8 (Stand: Januar 1995): Mit dem Begriff des „Wirtschaftsguts/Vermögensgegenstands“ sei eine „gegenständliche Identität“ verbunden.

steuerrelevanten Marktgewinne zu bestimmten Einzelpositionen würde dadurch unmöglich gemacht. Die durch den BFH vertretene „Nämllichkeit“ oder „Identität im wirtschaftlichen Sinne“<sup>337</sup> darf nicht als „Identität im finanzwirtschaftlichen Sinne“ missverstanden werden. Sie bekräftigt im Gegenteil den gegenständlichen Ansatz des Tatbestands der Einkünfte aus Veräußerungsgeschäften. Denn sie macht klar, dass maßgebliche Vergleichsobjekte der Identitätsprüfung nach § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG die Gegenstände in ihrer Existenz sind und nicht etwa ihre finanzwirtschaftlichen oder sonstigen Eigenschaften.<sup>338</sup>

Darüber hinaus setzt die Anerkennung des Substitutionsgedankens nach allgemeiner Meinung das Bestehen einer Zwangslage voraus, wobei man auf unwiderstehliche äußere Faktoren (Naturereignisse, behördliche Eingriffe) abstellt.<sup>339</sup> Der rein sachgesetzliche „Zwang“ zur Befolgung der finanzwirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten im Rahmen der (freiwilligen) dynamischen Replikation ist hiermit nicht vergleichbar.

Ähnlich wie bei den synthetischen Terminkäufen und -verkäufen ist die Situation bei der Reproduktion eines Zinsswaps durch die Kombination aus der Gewährung eines Darlehens zu festem Zinssatz und der gleichzeitigen Aufnahme eines Darlehens in gleicher Höhe zu variablem Zinssatz. Während der natürliche Swap unter § 23 I 1 Nr. 4 EStG fällt, sind die Einnahmen aus festverzinslichen Darlehen nach § 20 I Nr. 7 EStG zu beurteilen. Die eigenen, variablen Zinsaufwendungen können hierbei als Werbungs-

337 BFH 19.7.1983 - VIII R 161/82, BStBl II 1984, 26, zu § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F.: Diese Vorschrift erfasse als Spekulationsgeschäfte Veräußerungsgeschäfte bei Wirtschaftsgütern, deren Anschaffung gewisse Zeiträume zurückliege oder deren Erwerb nachfolge. Hieraus folge „das Erfordernis der Nämllichkeit zwischen veräußertem und angeschafftem (zu erwerbendem) Wirtschaftsgut“; neuerdings wieder BFH 30.11.1999 - IX R 70/96, DStR 2000, 277, zu FRN mit Recht zum Umtausch in festverzinsliche Schuldverschreibungen, unter 1.: § 23 I EStG erfasse nur Veräußerungsgeschäfte über Wirtschaftsgüter. Das veräußerte Wirtschaftsgut müsse „mit dem erworbenen zumindest wirtschaftlich identisch sein“.

338 Vgl. demgegenüber zu Unrecht einen Widerspruch zwischen gegenständlicher Identität und wirtschaftlicher Betrachtung feststellend, *Crezelius*, in: Kirchhof/Söhn, § 23, Rz. A 8 (Stand: Januar 1995): Der Begriff der Nämllichkeit sei „nicht unproblematisch“. Mit der „gegenständlichen Identität“ (siehe Fn. 335) sei eine „wirtschaftlich verstandene“ »Nämllichkeit« nicht ohne weiteres vereinbar“. Andererseits sei „zu berücksichtigen, dass Gegenstände ständig Veränderungen“ unterliegen.

339 Der Sache nach den Substitutionsgedanken wohl erstmals außerhalb einer Zwangslage anerkennend FG Hannover 2.9.1997 - I 81/97, EFG 1998, 657: Ein Spekulationsgeschäft i.S. von § 23 EStG liegt danach nicht vor, wenn eine Festgeldanlage in australischer Währung zweimal nacheinander bei verschiedenen Kreditinstituten für je rund 3 Monate angelegt und dabei insgesamt die 6-Monatsfrist des § 23 I Nr. 1b EStG a.F. überschritten wird. „Nämllichkeit“ bestehe, weil der Steuerpflichtige „wirtschaftlich“ gesehen „Eigentümer der AUD“ geworden sei, obwohl er das Geld nicht körperlich, sondern in Form einer Valutaforderung bekommen habe. Bei „aufeinander folgenden Darlehen“ der vorliegenden Art, werde, „zumindest wenn es sich stets um dieselbe Währung“ handle, „keine Forderungen eingezogen mit der Folge, dass selbständige Veräußerungsgeschäfte vorlägen“. Die zitierte Entscheidung wurde mittlerweile im Ergebnis durch die Revisionsinstanz bestätigt (BFH 2.5.2000 - IX R 73/98, BStBl II 2000, 614). Im Gegensatz zum Vorgericht geht der BFH auf den Gesichtspunkt der „Nämllichkeit“ nicht näher ein. Vielmehr begründet er die steuerliche Unbeachtlichkeit des Valutatransfers von einer Bank zur anderen mit der pauschalen Bemerkung, der Kontowechsel habe nicht zu einer „Realisierung“ des Kursgewinns geführt (unter II.2.a.) und Fremdwährungsbeträge im Privatvermögen seien „erst dann in DEM umzurechnen,

kosten abgezogen werden. Solange die Laufzeit der Position ein Jahr nicht überschreitet und Gewinne erzielt werden bzw. den erlittenen Verlusten ausgleichbare Gewinne aus anderweitigen Einkünften nach § 23 EStG gegenüberstehen, ist die Besteuerung gleichlaufend, ansonsten unterschiedlich.

### b. Terminmarkt

In Bezug auf die Duplizierung von Termingeschäften durch Kombinationen aus anderen Termingeschäften garantiert der neue Tatbestand des § 23 I 1 Nr. 4 EStG eine umfassende Gleichbehandlung. Insbesondere die Einbeziehung von Stillhalterpositionen (Short-Optionen) in den Anwendungsbereich des § 23 EStG, wie sie hier vertreten wird,<sup>340</sup> vermeidet die Gefahr von Ungleichbehandlungen. Diese würden sich bei fortgesetzter Anwendung der alten Rechtsprechungsgrundsätze zur Besteuerung von Optionsprämien nach § 22 Nr. 3 EStG aus drei Gründen ergeben: Wegen des Verbots der horizontalen, kreuzweisen Verrechnung positiver und negativer Einkünfte (§ 22 Nr. 3 S. 3, § 23 III 8 EStG), wegen der fehlenden Anerkennung von Aufwendungen aus der Erfüllung der Stillhalterverpflichtung als Werbungskosten im Rahmen der Einnahmen aus der Optionsprämie<sup>341</sup> sowie wegen des Umstands, dass Gewinne aus Marktwertschwankungen im Wirkungsbereich des § 23 EStG anders als bei § 22 Nr. 3 EStG nicht steuerpflichtig sind, wenn sie über einen längeren Zeitraum als ein Jahr erzielt werden. Das betrifft nicht nur die dynamische Reproduktion von Short-Optionen durch ein ständig anzugleichendes Portfolio aus dem Verkauf des Basiswerts und der Gewährung eines Darlehens zu festem Zinssatz, sondern auch statische Strategien entsprechend der Put-Call-Parität.

Die für sich betrachtet durchaus konsequente Rechtsprechung, wonach es im Rahmen einer kombinierten Position unzulässig ist, Prämien für verfallene Optionen als Werbungskosten von positiven Einnahmen aus anderen Bestandteilen der Position abzuziehen,<sup>342</sup> hat ihre Bedeutung verloren, weil der Kauf von Optionen nunmehr per se und nicht mehr nur als Vorbereitungsakt zum nachfolgenden Ausübungsgeschäft<sup>343</sup> tatbestandsmäßig ist. Futures und finanzwirtschaftlich gleichwertige Kombinationen ent-

wenn sie dem Steuerpflichtigen als Einnahmen i.S des § 8 I, § 11 I EStG“ zuflössen (unter II.2.b.).

340 S.o. I.1.a.bb., S. 344, bei Fn. 198 ff.

341 Zur Kritik s.o. I.1.a.aa., S. 339, bei Fn. 166 ff.

342 Siehe BFH 28.11.1990 - X R 197/87, BStBl II 1991, 300, 304 f., unter II.2., zur fehlenden Abziehbarkeit von gezahlten Optionsprämien im Rahmen eines durch Einzelaufträge gebildeten sog. Call-Bull-Price-Spread (Kauf einer Option mit dem niedrigeren Basispreis und Verkauf einer Option auf dieselbe Basisaktie mit demselben Verfallsdatum, aber mit höherem Basispreis): Die Optionsprämien, die der Stillhalter im Rahmen von Optionskombinationen aufwende, seien nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus sonstigen Leistungen abziehbar. Die „wirtschaftliche Saldierung“ im Rahmen des Spread bewirke die Begrenzung des Verlustrisikos. Eine „steuerrechtliche Saldierung“ finde indessen nicht statt.

343 S.o. I.1.a.aa., S. 336 ff.

sprechender Optionen unterliegen deshalb gleichen Besteuerungsfolgen.

## 2. Teilsynthetische „Veräußerungsgeschäfte“

Die Neuregelung des § 23 I 1 Nr. 4 EStG sichert weitgehend den Gleichlauf zwischen der Besteuerung von Marktwertgewinnen aus Investitionen am Termin- und am Kassamarkt. Das war bereits bei den synthetischen Termingeschäften zu sehen.<sup>344</sup> Für synthetische Kassageschäfte, gebildet z.B. aus dem Kauf eines Future und der Gewährung eines Darlehens, gilt Entsprechendes. Ungleichbehandlungen ergeben sich also nur in Bezug auf die Darlehenskomponente. Bei Strategien mit Laufzeiten über einem Jahr können die Zinseinnahmen aus dem Darlehen nicht mit den Zinskosten, die der steuerfreien Terminposition immanent sind, verrechnet werden.

Die nachfolgenden Ausführungen widmen sich dem Sonderproblem synthetischer Verkürzungen oder Verlängerungen der Laufzeit bei Veräußerungsgeschäften i.S. des § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG in den steuerlich relevanten Einjahresbereich hinein bzw. aus ihm heraus (Laufzeitarbitrage<sup>345</sup>). Die mit der Veräußerung und mit der Anschaffung von Kassainstrumenten verbundenen Marktrisikoeffekte lassen sich nämlich durch den gezielten Einsatz von Derivaten *vorübergehend* imitieren bzw. neutralisieren. Man betrachte z.B. den Fall eines Steuerpflichtigen, der eine Aktie zum Zeitpunkt  $t_1$  gekauft hat und noch vor Ablauf der Jahresfrist zu einem Zeitpunkt  $t_2$  die bis dahin erzielten Wertsteigerungen steuerfrei realisieren will. Ihm kann man möglicherweise empfehlen, die Aktie über den Ablauf der Veräußerungsfrist des § 23 I 1 Nr. 2 EStG hinaus solange zu behalten ( $t_3$ ), bis mindestens ein Jahr seit  $t_1$  vergangen ist, und zu  $t_2$  einen Terminverkauf über eine Aktie desselben Typs mit dem dann aktuellen Marktpreis als Terminpreis und mit Fälligkeit zu  $t_3$  zu vereinbaren (synthetische Vorverlegung des Veräußerungszeitpunktes).<sup>346</sup> Das Termingeschäft, dessen Laufzeit dann mindestens ein Jahr beträgt, kann auf Barausgleich oder auf Erfüllung in Natur gerichtet sein. In letzterem Fall darf die auf Termin verkauftete Aktie nicht mit der ursprünglich zu  $t_1$  gekauften Aktie identisch sein, da ansonsten § 23 I 1 Nr. 2 EStG anwendbar wird. Maßgebend für die Berechnung des Zeitraums zwischen Anschaffung und Veräußerung ist nämlich grundsätz-

344 Oben Abschn. 1.a., S. 371 ff.

345 Zur Laufzeitarbitrage bei Termingeschäften s.o. I.1.b.bb., S. 347 ff.

346 Vgl. Mauritz, DB 1995, 698: Zur Vermeidung der Spekulationssteuer [im konkreten, noch auf die alte Rechtslage bezogenen Kontext ist gemeint: aus der Ausübung einer Aktien-Option mit Erfüllung in Natur] sollten die erworbenen Aktien nicht tatsächlich, sondern nur „synthetisch“ veräußert werden. Als Beispiel hierfür schlägt der *Autor* eine auf der Put-Call-Parität aufbauende Gestaltung vor. Danach erwirbt der Privatanleger einen Put mit einem Basispreis in Höhe des zu sichernden (realisierenden) aktuellen Kassapreises (synthetischer Verkaufszeitpunkt) und verkauft zusätzlich einen Call auf die gleiche Aktie zum selben Basispreis. Die Laufzeit der Optionen muss so bemessen sein, dass bei ihrer Fälligkeit die Spekulationsfrist für die Veräußerung der Aktien abgelaufen ist (damals nur sechs Monate, jetzt ein Jahr). Ferner ist nunmehr die gleich lange Frist des § 23 I 1 Nr. 4 EStG zu beachten.

lich jeweils der Zeitpunkt des Abschlusses der schuldrechtlichen Verträge.<sup>347</sup> Die beschriebene Konstruktion bewirkt, dass der positive oder negative Ertrag aus der Veräußerung der Aktie zu  $t_3$  wegen Überschreitens der Jahresfrist nicht steuerwirksam ist. Dasselbe gilt für den Ertrag aus dem Termingeschäft, welcher die Wertschwankungen der Aktie nach dem Glattstellungszeitpunkt  $t_2$  kompensiert. Eine umgekehrte Möglichkeit zur Steuervermeidung bei kurzfristigen Kassaanlagen könnte darin bestehen, die Aktie mindestens ein Jahr früher zu kaufen ( $t_1$ ) als eigentlich gewollt ( $t_2$ ) und gleichzeitig einen Terminverkauf zu vereinbaren, der die Wertschwankungen aus der Aktie bis  $t_2$  glättstellt (synthetische Verzögerung des Erwerbszeitpunktes). Die Veräußerung der Aktie innerhalb eines Jahres nach  $t_2$  zum Zeitpunkt  $t_3$  ist dann ebenfalls nicht tatbestandsmäßig.

Ob solche Strategien tatsächlich aufgehen, hängt davon ab, ob man bei § 23 I 1 Nr. 2, 3 EStG für die Bestimmung des Anlagezeitraums auf die synthetischen Zeitpunkte der „Veräußerung“ bzw. „Anschaffung“ abstehen darf. Bei einer synthetischen Veräußerung wird nicht der Gegenstand selbst verkauft, sondern nur die mit seinem Besitz verbundenen abstrakten Chancen und Risiken. Um dem Identitätserfordernis bei der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen<sup>348</sup> gerecht zu werden, müsste man also auch bei der Anschaffung die Betrachtung allein auf die Risikolage richten. Damit aber nimmt man wiederum dem Begriff des „Wirtschaftsguts“ unzulässigerweise seinen gegenständlichen Bezug und beraubt den Tatbestand seiner Konturen.<sup>349</sup> Wirtschaftsgüter i.S. des § 23 EStG sind nur *Gegenstände*, die bilanzierbar und darüber hinaus veräußerbar sind. Nichts anderes lässt sich aus der Rechtsprechung zur „wirtschaftlichen Auslegung“ des Anschaffungsbegriffs<sup>350</sup> ableiten. Dort wird nämlich nur gesagt, dass die „Anschaffung“ nicht auf ein dingliches Übereignungsgeschäft gerichtet zu sein braucht.<sup>351</sup> Schließlich führt auch die nach § 39 AO notwendige Betrachtung des „wirtschaftlichen Eigentums“ als Bezugspunkt der steuerlich beachtlichen Übertragung nach § 23 I EStG<sup>352</sup> zu keiner anderen Bewertung, denn auch das „wirtschaftliche Eigentum“ verlangt einen gegenständlichen Bezug.<sup>353</sup> Die Einführung der Nr. 4 („Termingeschäfte“) in den Tatbestand des § 23 I 1 EStG hat am Verständnis des Tatbestands der Veräußerungsgeschäfte insoweit nichts geändert. Denn sonst würde sich die Nr. 4 selbst überflüssig machen.

Die Besteuerung des Termingeschäfts hat die früher bestehenden Möglichkeiten der Steuerarbitrage zwischen steuerpflichtigen Kassa-Veräußerungsgeschäften und steu-

347 BFH 15.12.1993 - X R 49/91, BStBl II 1994, 687, unter 2.a.

348 S.o. unter 1.a., S. 373 ff.

349 Siehe bereits oben unter 1.a., S. 374 f., bei Fn. 334 ff., in Zusammenhang mit der dynamischen Replikation von Termingeschäften.

350 Jacobs-Soyka, in: Littmann/Bitz/Hellwig, § 23 EStG, Rz. 38 (Stand: April 2000), unter Hinweis auf BFH 26.8.1975 (Fn. 332).

351 BFH 26.8.1975 (Fn. 332), zur „Anschaffung“ eines GmbH-Anteils durch Übernahme einer Stammeinlage.

352 Jacobs-Soyka (Fn. 350).

353 Oben B.II., S. 315.

erfreien Termingeschäften also nicht vollständig beseitigt. Schuld daran ist die nach wie vor bestehende Steuerfreiheit von Erträgen aus Termingeschäften über einen Zeitraum von länger als einem Jahr. Ein Verzicht auf die Jahresfrist in § 23 I 1 Nr. 4 EStG, wie er noch im Gesetzentwurf zur Steuerreform von 1999 vorgesehen war,<sup>354</sup> würde auf der anderen Seite zur Bevorzugung von Kassainvestitionen mit einer Laufzeit länger als ein Jahr gegenüber finanzwirtschaftlich gleichwertigen Termininvestitionen führen.<sup>355</sup> Die Ursache dieser Inkonsistenzen ist die Jahresfrist. Sie widerspricht der Erkenntnis, dass sich zeitlich beschränkte Risiken nicht nur durch Einzelpositionen, sondern auch durch die Kombination einander gegenläufiger, längerfristiger Positionen erzeugen lassen.<sup>356</sup>

### *3. Sonstige teilsynthetische Einkünfte*

Bis jetzt ging es ausschließlich um die Bildung voll- und teilsynthetischer Geschäfte im Anwendungsbereich der §§ 22 Nr. 2, 23 EStG. Der vorliegende Abschnitt widmet sich der Modifizierung zukünftiger (positiver oder negativer) Zahlungsströme aus Nichttermingeschäften und Nichtveräußerungsgeschäften („Grundgeschäften“) durch ihre Kombination mit Derivaten und derivateähnlichen Verträgen. Hierbei soll davon ausgegangen werden, dass die erzeugten synthetischen und die ursprünglichen Zahlungsströme aus den Grundgeschäften entweder beide unter die gleiche Einkunftsart mit Ausnahme der §§ 22 Nr. 2, 23 EStG fallen (a.) oder beide steuerunwirksam sind (b.).

#### *a. Modifizierte steuerwirksame Geschäfte*

Synthetische steuerwirksame Geschäfte liegen vor, wenn ein Termingeschäft dazu verwendet wird, erzielte Markteinkünfte (§ 2 I 1 Nr. 4-7, §§ 19-22 EStG) im Hinblick auf

354 Siehe Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 v. 9.11.1998, BT-Drucks. 14/23, S. 12, wo entsprechend einem neu zu schaffenden „§ 23 I 1 Nr. 5“ EStG pauschal „Differenzgeschäfte i.S. des § 764 BGB“ zu steuerpflichtigen „Spekulationsgeschäften“ erklärt wurden.

355 Vgl. Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/443, S. 29: Bei Termingeschäften solle „wie auch bei der Veräußerung von Wertpapieren (Absatz 1 Satz 1 Nr. 2) eine Befristung von einem Jahr gelten“. Andernfalls wäre „außerhalb der Jahresfrist die Veräußerung des Wertpapiers“ steuerfrei, „dagegen der dem Scheinhaber bei Endfälligkeit gezahlte Geldbetrag steuerpflichtig“.

356 Zur Verfassungsmäßigkeit der „Spekulationsfrist“ des § 23 EStG a.F. nach dem Maßstab des Gleichheitssatzes BVerfG 9.7.1969 - 2 BvL 20/65, BVerfGE 26, 302, unter C.II.3.d.bb.: Die verschiedene Behandlung von Veräußerungsgewinnen in § 23 I Nr. 1 lit. a EStG a.F. (§ 23 I 1 Nr. 1 EStG n.F.) nach der Länge des zwischen Erwerb und Veräußerung (des Grundstücks) liegenden Zeitraums sei „nicht willkürlich“. Der „sachlich einleuchtende Grund für diese ungleiche Behandlung“ sei, so die im Grunde nichtssagende Begründung des Gerichts, „darin zu sehen, dass der Gesetzgeber Gewinne aus Veräußerungsgeschäften über Gegenstände des Privatvermögens nur dann als »Einkünfte« qualifizieren zu können“ glaube, wenn sie innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit erzielt worden“ seien.

die Höhe und zeitliche Struktur der Zahlungsströme zu modifizieren. Bei den Einkünften aus nichtselbständiger Arbeit, aus Vermietung und Verpachtung und den sonstigen Einkünften ist hauptsächlich an den Fall zu denken, dass diese in ausländischer Währung ausgezahlt und mit Hilfe eines Swaps oder einer Kette von Termingeschäften in synthetische Einkünfte in einheimischer Währung<sup>357</sup> umgewandelt und damit gegen Währungsrisiken abgesichert werden. Bei den Einkünften aus Kapitalvermögen kann man sich zusätzlich den Einsatz von Zinstermingeschäften, z.B. zu Sicherungszwecken, vorstellen. Dadurch entstehen synthetische Zinseinkünfte mit gegenüber den tatsächlich geflossenen Zinsen veränderter Zahlungsstruktur (z.B. synthetischer Festzins statt variablem Zins).

Die zunächst isolierte und dann zusammengerechnete (§ 2 III EStG) steuerliche Erfassung der umzuwandelnden Einkünfte nach §§ 19-22 EStG einerseits und derjenigen aus dem Termingeschäft andererseits führt per saldo ohne spezielle Berücksichtigung des Bausteineffekts, also *automatisch*, immer nur in dem Umfang zu demselben Ergebnis wie bei der direkten Vereinnahmung der duplizierten, umgewandelten Einkünfte, wie sich die (positiven oder negativen) Zahlungsströme aus dem Termingeschäft ebenfalls im steuerwirksamen Bereich bewegen. Ungleiche Steuerfolgen ergeben sich, wenn die Laufzeit der Termingeschäfte länger als ein Jahr ist, wenn die Freibeträge des § 23 III 6 EStG greifen oder wenn diese Geschäfte im konkreten Fall zu Verlusten führen und der Steuerpflichtige im betreffenden Veranlagungszeitraum keine Gewinne aus anderen Geschäften im Bereich des § 23 EStG erzielt hat, mit denen er die Verluste verrechnen kann (§ 23 III 8 EStG<sup>358</sup>). Zusätzliche Besteuerungsunterschiede können im Bereich der Einkünfte aus Kapitalvermögen dadurch entstehen, dass der Tatbestand des § 20 I Nr. 7 EStG zwar nicht gegenständlich<sup>358a</sup> aber funktionell zwischen der als solcher steuerlich unbeachtlichen Kapitalrückzahlung und dem steuerpflichtigen Kapitalüberlassungsentgelt unterscheidet. Die Rolle des Nennbetrags des überlassenen Kapitals als Maßstab zur Abgrenzung von Kapital und Zins wird nämlich immer dann gestört, wenn der Kapitalwert Marktschwankungen unterworfen ist. Nach der Rechtsprechung

357 Nicht zu verwechseln sind synthetische Einkünfte *in einheimischer Währung* mit synthetischen *inländischen* Einkünften. Bei Letzteren geht es um den internationalen Anwendungsbereich des deutschen Steuerrechts. Fragen der internationalen Steuerarbitrage mit Derivaten bleiben in der vorliegenden Abhandlung außer Betracht. Siehe die weiterführenden Nachweise oben, Einleitung, Fn. 43.

358 Neben § 23 III 8 EStG kann ferner die allgemeine, mit der Steuerreform 1999 im Rahmen der sog. „Mindestbesteuerung“ eingefügte Beschränkung des „vertikalen“ Verlustausgleichs zwischen verschiedenen Einkunftsarten nach § 2 III 3 EStG Bedeutung erlangen, falls die in dieser Vorschrift genannten Schwellenwerte überschritten sind. Soweit im Folgenden von der Beschränkung des Verlustausgleichs die Rede ist, wird § 2 III 3 EStG der Einfachheit halber nicht mehr ausdrücklich genannt. Nach Auffassung des FG Münster (Beschl. 7.9.2000 - 4 V 1612/00 E u.a., EFG 2000, 1253) bestehen „ernsthafte Bedenken“ gegen die Verfassungsmäßigkeit (Art. 3 I GG) des § 2 III EStG, weil das Verlustausgleichsverbot das Leistungsfähigkeitsprinzip in Form des sog. Nettoprinzips verletze; a.A. BFH Beschl. 9.5.2001 - XI B 151/00, BStBl II 2001, 552, mit bestimmten Vorbehalten (unter II.3.c.).

358a S.o. I.2., S. 350 f.

fallen bei Fremdwährungsdarlehen Devisenkursverluste oder -gewinne des Darlehensnehmers, die zu einem Mehr- oder Minderaufwand bei der Tilgung des Darlehens führen, anders als bei den Zinszahlungen in die „Vermögensphäre des Steuerpflichtigen“.<sup>359</sup> Diese Aussage bezieht sich auf das steuerrechtliche Verhältnis von Schuldzinsen und Kreditbetrag im Kontext des Werbungskostenabzugs, lässt sich aber auf die spiegelbildliche Situation einer zinsbringenden Fremdwährungskapitalanlage übertragen. Stellt man diese hingegen über die Kombination aus einer Investition in inländischer Währung und einem Devisenderivat synthetisch her, sind die Kursschwankungen wegen § 23 I 1 Nr. 4 EStG umfassend steuerwirksam, sofern sie innerhalb der Jahresfrist liegen. Seit neuestem nun steht fest, dass Kursgewinne aus dem Rücktausch einer Devisenanlage in einheimische Währung als steuerbare Spekulationseinkünfte gemäß § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F. (= § 23 I 1 Nr. 2 EStG) zu qualifizieren sind.<sup>359a</sup> Insofern ist dann doch ein *automatischer* steuerrechtlicher Gleichlauf zwischen natürlicher und synthetischer Fremdwährungsposition gewährleistet. Freilich muss dazu die Transaktion in einer Weise gestaltet werden, bei der sich der anfängliche Erwerb und die spätere Veräußerung der Devisen als zivilrechtlich selbständige Vorgänge isolieren lassen.<sup>359b</sup>

In den anderen Fällen stellt sich die Frage nach der *bewussten* Gleichbehandlung. Grundsätzlich kann man sich hierfür zwei Möglichkeiten vorstellen: die Anpassung der Besteuerung der duplizierten einheitlichen Position (Zahlungen in inländischer Währung bzw. Festzinszahlungen) an die der kombinierten Position (Fremdwährungszahlungen + Barausgleich aus Termingeschäft) oder die Anpassung in die umgekehrte Richtung.<sup>360</sup> Die *erste* Alternative (Zerlegung) setzt rechtstechnisch eine teleologische Reduktion der §§ 19-22 EStG voraus, soweit in den Einkünften synthetische Zahlungsströme aus Devisen- bzw. Zinstermingeschäften enthalten sind. Nun lassen sich aber sämtliche Forderungen in inländischer Währung gedanklich in beliebige Kombinationen aus einer Forderung in einer Fremdwährung nach Wahl des Rechtsanwenders und einem passenden Termingeschäft zerlegen sowie sämtliche Zinsforderungen in beliebige Kombinationen aus Zinsforderungen einer Struktur nach Wahl des Rechtsanwenders und einem passen-

359 BFH 9.11.1993 - IX R 81/90, BStBl II 1994, 289, unter 3., zur Frage der Abziehbarkeit (§ 9 I 1 EStG) erhöhter Tilgungsaufwendungen bei einem Darlehen, dessen Valuta zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung eingesetzt wurde; bestätigt durch BFH Beschl. 16.10.1996 - VIII B 19/95, BFH/NV 1997, 489, unter 2., im Zusammenhang mit Einkünften aus einer darlehensfinanzierten Kapitalanlage; zust. Schmidt-Drenseck, § 9 EStG, Rz. 25.

359a BFH 2.5.2000 (Fn. 339), unter II.2.a., zu einer Festgeldanlage in AUD (im Falle ablehnend wegen Überschreitens der Spekulationsfrist nach § 23 I 1 Nr. 1 lit. b EStG a.F.): Das Gericht differenziert dabei zwischen den als solchen tatbestandsgemäßen Anschaffungs- und Veräußerungsvorgängen bei Begründung bzw. Rücktausch des Fremdwährungsguthabens einerseits und der von vornherein nicht tatbestandsgemäßen Darlehenshingabe und - Rückzahlung andererseits. Ebenso BFH 2.5.2000 - IX R 74/96, BStBl II 2000, 469, unter II.2.b.

359b Fraglich ist z.B., ob diese Voraussetzung erfüllt ist, wenn ein Kredit in einheimischer Währung von den Parteien nachträglich in einen Fremdwährungskredit umgewandelt wird. Vgl. hierzu den Sachverhalt, welcher - allerdings aus der Sicht des Darlehensnehmers - der Entscheidung BFH Beschl. 16.10.1996 (Fn. 359) zugrunde lag.

360 S.o. 1. Kapitel, E.I., S. 70 ff., zur Richtung der Gleichbehandlung.

den Zinsswap. Der Zerlegungsansatz würde deshalb zu willkürlichen Ergebnissen führen und zudem die gesetzlichen Tatbestände der §§ 19-22 EStG in ihrem gesamten Anwendungsbereich aushebeln. Weitere Bedenken gegenüber einer Anpassung der §§ 19-22 EStG an die Wertung des § 23 I 1 Nr. 4 EStG bestehen angesichts der in § 23 II 1 EStG normierten Subsidiarität der Einkünfte aus Termingeschäften gegenüber den „anderen Einkunftsarten“.<sup>361</sup>

Die zweite Alternative (Integration), nämlich die Anpassung der Besteuerung der kombinierten Position an die der duplizierten einheitlichen Position, ist ebenfalls abzulehnen. Rechtstechnisch bietet sich hierzu die über den Wortlaut hinausgehende, „analoge“ Anwendung des § 23 I 1 Nr. 4 EStG auf Termingeschäfte mit einem Anlagezeitraum über einem Jahr an oder die integrierende Subsumtion der kombinierten Position unter den betreffenden Tatbestand der §§ 19-22 EStG. Das wird immer dann relevant, wenn sich die Zahlungsströme aus diesen, für sich steuerunwirksamen Termingeschäften in Verbindung mit anderen, steuerwirksamen Einkünften desselben Steuerpflichtigen zu synthetischen steuerpflichtigen Einkünften integrieren lassen. Dies kann je nach Zusammensetzung des Einkünfte-Portfolios des Steuerpflichtigen zu einer weitgehenden Außerkraftsetzung des einschränkenden Tatbestandsmerkmals der Jahresfrist führen - ganz abgesehen von den Problemen bei der Zuordnung der zusammengehörigen Positionen. Die Beschränkung der Analogie auf Fälle der bewussten Finanz- oder Steuerarbitrage ist andererseits nicht möglich. Die Lage unterscheidet sich von derjenigen bei der Bildung handels- und, wie noch zu sehen sein wird,<sup>362</sup> steuerbilanzrechtlicher Bewertungseinheiten. Dort nämlich erfüllt das subjektive Element wegen der Zukunftsgerichtetheit eine objektive Funktion. Es soll sicherstellen, dass die der Bilanzierung zugrunde liegende Prognose über die Korrelationen zwischen den zukünftigen Zahlungsströmen nicht enttäuscht wird. Im Rahmen der Überschusseinkünfte jedoch besteht wegen der ex-post-Betrachtung insofern kein Bedarf für die Berücksichtigung subjektiver Elemente. Aus der Teleologie des § 23 I 1 Nr. 4 EStG heraus lassen sich keine sachlichen Gründe dafür finden, die Besteuerung von dem individuellen Zweck abhängig zu machen, zu welchem die Termingeschäfte eingesetzt werden.<sup>363</sup> Zudem lässt sich zwischen dem Einsatzzweck und der Jahresfrist keine argumentative Verbindung ziehen.

Schließlich würde die Besteuerung von außerhalb der Jahresfrist erzielten Erträgen aus Termingeschäften im Wege der bewussten Gleichbehandlung sehr schnell neue Inkonsistenzen verursachen, wenn man das Ziel der steuerlichen Gleichbehandlung finanzieller gleichwertiger Zahlungsströme konsequent zu Ende denken würde. Man denke nur an die Nachbildung synthetischer Termingeschäfte durch Kombinationen aus sonstigen Geschäften in entsprechender Umformung der „finanzwirtschaftlichen

---

361 Hierzu bereits oben im Zusammenhang mit synthetischen Termingeschäften unter 1.a., S. 372.

362 Unten D.I., S. 397 ff.

363 Vgl. BFH 31.8.1994 (Fn. 331), unter 2.b., zu § 23 EStG a.F.: Der „Veräußerungsgrund“ sei „ohne Bedeutung“. Siehe auch unten b. zur Unbedeutlichkeit des Sicherungszwecks.

Gleichung“.<sup>364</sup> Da sich beispielsweise der Zinsswap als Kombination aus der Aufnahme eines fixen Darlehens und der Gewährung eines variablen Darlehens (oder auch umgekehrt) darstellen lässt, müsste man, um die Gleichbehandlung zu erreichen, beim Zinsswap generell auf das Tatbestandsmerkmal der Jahresfrist verzichten. Bei anderen Derivaten oder derivateähnlichen Geschäften lassen sich ähnliche Überlegungen anstellen.

### *b. Modifizierte steuerunwirksame Geschäfte*

Bei synthetischen steuerunwirksamen Geschäften der privaten Vermögensphäre stellt sich die Lage bezüglich der automatischen Gleichbehandlung anders dar. Im Gegensatz zu den synthetischen steuerwirksamen Geschäften entstehen hier die steuerlichen Ungleichheiten zwischen kombinierter Position und dupliziertem Geschäft gerade insoweit, als die positiven oder negativen Erträge aus den Termingeschäften *steuerwirksam* sind.

Dieser Zusammenhang sei an einem konkreten Fall verdeutlicht. Steuerpflichtiger A kauft ein Haus in den USA. Der Kaufpreis wird in USD festgesetzt und ist in sechs Monaten zu bezahlen. Zur Absicherung gegen sein Währungsrisiko aus der Verbindlichkeit kauft A einen USD-Future am deutschen Terminmarkt. Betrachtet man allein die Zahlungsströme, ist die Kombination aus dem Grundstückskauf in USD und dem Devisentermingeschäft „wirtschaftlich“ gleichwertig mit einem Grundstückskauf in DEM. Weder der Kaufvertrag über USD noch der fiktive (synthetische) Grundstückskauf sind einkommensteuerrechtlich relevant. Eine steuerrechtliche Ungleichbehandlung der kombinierten Position mit einem echten DEM-Kaufvertrag zu Lasten bzw. zu Gunsten des A entsteht dann, wenn der Future steuerpflichtige Gewinne oder ausgleichbare Verluste erzeugt.

Vermeiden lassen sich Ungleichbehandlungen im genannten Bereich nur dann, wenn es gelingt, den § 23 I 1 Nr. 4 EStG einschränkend auszulegen bzw. teleologisch zu reduzieren. Man könnte daran denken, die Anwendbarkeit des Tatbestands von der Absicht des Steuerpflichtigen zum Eingehen einer offenen Position („Spekulationsabsicht“)<sup>365</sup> abhängig zu machen. Damit wäre in den Fällen der oben genannten Art weitergeholfen, wo Derivate zum Hedging steuerunwirksamer Zahlungsströme eingesetzt werden.<sup>366</sup> Die unerwünschte Nebenfolge wäre indes, dass dann beim Hedging steuerwirksamer Zahlungsströme<sup>367</sup> neue Inkonsistenzen auftauchen würden, weil sich dann die Erträge aus dem Hedgegeschäft und aus der abgesicherten Position zwar finanzwirt-

364 Hierzu oben 1. Kapitel, C.I.1., S. 53.

365 Zum Begriff der Spekulation s.o. Einleitung, S. 5, bei Fn. 19.

366 Vgl. zum Zusammenhang zwischen Spekulationsabsicht und Hedging z.B. den Dritten Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/443, S. 28, zu Geschäften i.S. des § 15 IV 3 EStG, die „der Absicherung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs“ dienen: Diese Geschäfte würden „nicht in Spekulationsabsicht abgeschlossen, sondern deshalb, weil Preis- bzw. Währungsrisiken minimiert bzw. ausgeschlossen werden sollen“. Näher zu § 15 IV 3 EStG s.u. D.III., S. 404 ff.

367 S.o. unter a., S. 379 ff.

schaftlich, nicht aber steuerrechtlich neutralisieren.

Vor allem aber hat die Rechtsprechung bereits zu § 23 EStG a.F., als also der Tatbestand noch den Titel „Spekulationsgeschäfte“ trug, ausdrücklich festgestellt, die „Spekulationsabsicht“ sei nicht „gesetzliches Tatbestandsmerkmal des § 23 I Nr. 1 EStG“.<sup>368</sup> Diese Auffassung findet sich durch die im Zuge der Steuerreform 1999 erfolgte Umbenennung des Titels des § 23 EStG in die insofern neutrale Bezeichnung „private Veräußerungsgeschäfte“ bestätigt.<sup>369</sup> Die auf den gewerblichen Einsatz von Termingeschäften zielende Vorschrift des § 15 IV 4 EStG gebietet keine andere Bewertung. Sie befreit nicht etwa Sicherungsgeschäfte von der Besteuerung, sondern nimmt sie lediglich aus dem Anwendungsbereich des Verlustausgleichsverbots heraus. Die immer wieder anzutreffende Aussage, § 23 EStG liege eine „unwiderlegliche Vermutung“ der Spekulationsabsicht zugrunde,<sup>370</sup> schwächt das rein objektive Verständnis der Norm keineswegs ab.<sup>371</sup> Sie macht im Gegenteil klar, dass eine teleologische Reduktion der Norm bei fehlender Spekulationsabsicht nicht möglich ist, da man dadurch den Charakter der Vermutung als unwiderleglich in Frage stellen würde.

Im Schrifttum, zumindest zu § 23 EStG a.F., widerspricht man vereinzelt der zitierten Rechtsprechung und hält eine „Spekulationsabsicht“ für erforderlich.<sup>372</sup> Soweit diese Auffassung jedoch mit guten Gründen auf die allgemeine Systematik der Über-

368 Z.B. BFH 29.8.1969 - VI R 319/67, BStBl II 1968, 705; BFH 31.8.1994 (Fn. 331), unter 2.b.: Bis zum Inkrafttreten des § 23 EStG 1934 sei negative Voraussetzung für die Besteuerung eines privaten Veräußerungsgeschäftes das Fehlen des Nachweises gewesen, dass der veräußerte Gegenstand nicht zum Zwecke gewinnbringender Wiederveräußerung erworben worden sei (§ 42 II Nr.3 EStG 1925). Mit dem EStG 1934 sei die Nachweismöglichkeit beseitigt worden. Seither sei deshalb nach st. Rspr. die Spekulationsabsicht kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal; der „Veräußerungsgrund“ sei „ohne Bedeutung“; jüngst bestätigt durch BFH 2.5.2000 - IX R 74/96, BStBl II 2000, 469, unter II.3.; siehe auch BVerfG 9.7.1969 (Fn. 356), unter C.II.1.: Der Steuertatbestand des § 23 I EStG enthalte „keinen ausdrücklichen Hinweis darauf, dass ein Spekulationsgeschäft nur bei Vorliegen bestimmter subjektiver Tatbestandsmerkmale anzunehmen sei“. Die Steuerpflicht werde „vielmehr offenbar ausschließlich an das Vorliegen objektiver Umstände geknüpft“. Zustimmend die „ganz h.M.“ im Schrifttum (so die Einschätzung bei *Crezelius*, in: Kirchhof/Söhn, § 23 EStG, Rz. B 1 (Stand: Januar 1995)).

369 Vgl. hierzu den 3. Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/443, S. 28: Durch den „Verzicht auf den Begriff »Spekulationsgeschäft« im neugefassten § 23 [EStG]“ solle „zum Ausdruck gebracht werden, dass nicht nur Geschäfte mit Spekulationsabsicht der Besteuerung unterliegen, sondern allgemein Veräußerungsgeschäfte, bei denen das Tatbestandsmerkmal der Veräußerung innerhalb einer bestimmten Frist nach Anschaffung erfüllt ist, und bestimmte Termingeschäfte.“

370 Aus der jüngeren Rspr. FG Köln 15.2.1995 - 11 K 2685/93, EFG 1995, 672, zu § 23 EStG a.F.: Der Besteuerungstatbestand werde „unwiderleglich vermutet“ und setze „keinerlei Veräußerungs- oder Spekulationsabsicht“ voraus. Aus dem Schrifttum *Wendt*, FR 1999, 333, 349: Das Gesetz vermute die Spekulationsabsicht bei einem Verkauf innerhalb der Spekulationsfrist unwiderleglich. Kritisch bereits BVerfG 9.7.1969 (Fn. 356), unter C.II.1.: Gehe man „davon aus, dass ein subjektives Merkmal in den Tatbestand des § 23 I EStG nicht hineininterpretiert“ werden könne, so könne „die Frage, ob das Gesetz die Spekulationsabsicht unwiderlegbar vermute, überhaupt nicht gestellt werden“. Hätte der Gesetzgeber „eine Vermutung dieser Art aufstellen wollen“, so hätte er, so das BVerfG, „etwa formuliert: »Als Spekulationsgeschäfte gelten ...«“.

371 Vgl. allgemein zum materiellrechtlichen Charakter unwiderleglicher Vermutungen Baum-bach/Lauterbach-Hartmann, § 292 ZPO, Rz. 5.

372 *Crezelius*, in: Kirchhof/Söhn, § 23 EStG, Rz. B 1-B 4, m.w.N. (Stand: Januar 1995).

schusseinkünfte (§ 2 I 1 Nr. 4-7 EStG) gestützt<sup>373</sup> und i.S. der Absicht der Einkünfteerzielung<sup>374</sup> verstanden wird, bleibt dieser Meinungsstreit im vorliegenden Kontext ohne Bedeutung.<sup>375</sup> Denn eine zumindest bedingte Überschussabsicht lässt sich auch beim Hedging nicht bestreiten, selbst wenn man sie, wie es der Grundkonzeption der Überschusseinkünfte entspricht, einzeln und damit getrennt von der gesicherten Position betrachtet. Der Marktteilnehmer will mit dem Sicherungsgeschäft für den Fall Gewinne erzielen, dass die „gehedgte“ Position verlustbringend ist. Die Verluste, die sich aus dem Hedge für den umgekehrten Fall ergeben, werden in Kauf genommen, bilden aber nicht das Motiv des Vertragsschlusses. Die Situation ist deshalb nicht zu vergleichen mit derjenigen einer auf Dauer nur verlustbringenden „Liebhaberei“.

Bei den übrigen Fällen synthetischer steuerfreier Geschäfte außerhalb der Berücksichtigung von Sicherungszusammenhängen würde die teleologische Reduktion des § 23 I 1 Nr. 4 EStG in derselben Weise zu neuen Inkonsistenzen mit dem Ideal gleicher Steuerfolgen für gleichwertige Zahlungsströme führen, wie dies bereits bei den synthetischen steuerwirksamen Geschäften zu sehen war.<sup>376</sup>

#### 4. Vollsynthetische Kapitalerträge

Die Abgrenzung zwischen § 23 I 1 Nr. 4 EStG und § 20 I Nr. 7, II Nr. 1 EStG orientiert sich an der Unterscheidung zwischen ausschließlich zufallsabhängigen Zahlungen oder sonstigen Vorteilen einerseits und sicheren bzw. nicht ausschließlich zufallsabhängigen Zahlungen oder Vorteilen andererseits.<sup>377</sup> Diese Systematik widerspricht der finanzwirtschaftlichen Zerlegbarkeit sicherer Zahlungsströme in Kombinationen aus stochastisch bedingten Zahlungsströmen. Das kommt praktisch solange nicht zum Tragen, wie beide Besteuerungstatbestände bei identischem Wert des Steuerobjekts gleiche steuerrechtliche Wirkungen entfalten.<sup>378</sup> Die Unterschiede zwischen § 20 und § 23 EStG sind zwar

373 Czelius (Fn. 372), Rz. B 1: Da § 23 EStG in das System der Überschusseinkünfte eingebettet sei, bedürfe es einer entsprechenden Überschusserzielungsabsicht, „die einer Spekulationsabsicht im untechnischen Sinne“ entspreche; ders., a.a.O., Rz. B 4: „Spekulationsabsicht i.S. einer Überschusserzielungsabsicht“. Dagegen BFH 2.5.2000 (Fn. 368), unter II.3.: Das „alle Einkunftsarten kennzeichnende Merkmal der Einkünfteerzielungsabsicht“ sei „für die Einkünfte aus Spekulationsgeschäften gemäß § 23 EStG durch die verhältnismäßig kurzen Spekulationsfristen in typisierender Weise objektiviert“.

374 S.o. A., S. 307, bei Fn. 5.

375 Praktisch relevant wird der Meinungsstreit um die Einkünfteerzielungsabsicht bei der Beurteilung von Veräußerungen unter Zwang, die der BFH bisher nur im Sonderfall einer anschließenden Ersatzbeschaffung steuerfrei stellen will (s.o. unter 1.a., bei Fn. 330). Hierzu Czelius (Fn. 372), Rz. B 2-3 (Stand: Januar 1995).

376 S.o. unter a. (a.E.), S. 383.

377 Der Übersichtlichkeit wegen bleiben die Fälle der vorzeitigen Veräußerung verzinslicher Wertpapiere im Folgenden außer Betracht. Die Regelung des § 20 II 1 Nr. 2 - 4 EStG sorgt hier für die steuerliche Gleichbehandlung von Erlösen aus der Veräußerung fälliger Zinsansprüche mit unmittelbar bezogenen Zinserträgen.

378 Zu pauschal die Kritik bei Jonas, BB 1993, 2421, 2423: Mit der Synthetisierung von Wertpapieren

durch die Neuregelung des § 23 I 1 Nr. 4 EStG auf der Rechtsfolgenseite verringert worden. Sie betreffen aber immer noch, vorbehaltlich der gleich noch zu prüfenden Möglichkeit von Korrekturen im Wege der bewussten Gleichbehandlung, die Steuerfreiheit längerfristiger, über ein Jahr dauernder Investitionen in Termingeschäften, das Verbot des (sog. „vertikalen“) Verlustausgleichs mit anderen Einkunftsarten, die Beschränkung des Verlustrücktrags und -vortrags (§ 23 III 8, 9 EStG), sowie die unterschiedlichen Freibeträge nach § 20 IV EStG (DEM 3.000) und § 23 III 6 EStG (DEM 1.000) einschließlich der abweichenden Behandlung dieser Freibeträge bei zusammen veranlagten Ehegatten.<sup>379</sup>

Synthetische (positive) Zinseinnahmen aus einer Kombination von Optionen, deren stochastische Elemente sich gegenseitig aufheben, führen ceteris paribus zu denselben Steuerlasten wie entsprechende natürliche Zinstitel, wenn die Laufzeit bzw. Halte-dauer der Optionen ein Jahr nicht überschreitet und die Freibeträge sowohl für Kapitalerträge als auch für Einkünfte aus „privaten Veräußerungsgeschäften“ schon jeweils anderweitig ausgeschöpft sind. Das gilt z.B. für bestimmte Kombinationen von Optionsscheinen mit Barausgleich und Preisbegrenzungen („Schranken-Optionsscheinen“, „Capped Warrants“). Dazu benötigt man einen Put- und einen Call-Optionsschein über denselben Basiswert (Aktien, Aktienindizes oder Währungen), aber mit unterschiedlichen Basispreisen. Unter den genannten, speziellen Voraussetzungen sind die Grundsätze der Finanzverwaltung zur Besteuerung von Ausübungsgewinnen oder Veräußerungserlösen aus „Capped-Warrants“-Kombinationen als Einkünfte aus Kapitalvermögen nach § 20 I Nr. 7 EStG gemäß BMF-Schreiben vom 10.11.1994 und 30.4.1993<sup>380</sup> inzwischen durch *automatische* Gleichbehandlung obsolet geworden.<sup>381</sup>

werde „die altväterliche Unterscheidung von Vermögensphäre und Einkunftsphäre zu einer Farsce“. Im Übrigen liegt das Problem nicht in der (aus der Sicht des genannten *Autors*) unberechtigten Abgrenzung von „Vermögensphäre“ und „Einkunftsphäre“ als solcher, sondern in der unzureichenden Abstimmung der einzelnen Einkunftsarten aufeinander. Denn „Vermögensphäre“ bedeutet nicht mehr (und nicht weniger), als dass ein bestimmter Sachverhalt steuerunwirksam ist. Steuerunwirksame Sachverhalte bilden demgegenüber die „Einkommensphäre“. In dem Maße, wie es entsprechend dem geltenden, enumerativen System der Einkunftsarten steuerunwirksame Bereiche des Privatvermögens gibt, gibt es eine „Vermögensphäre“ im genannten Sinne. Es ist aber nicht etwa so, dass die Abgrenzung zwischen Vermögens- und Einkunftsphäre angesichts der finanzwirtschaftlichen „Realität“ per se „widernatürlich“ wäre.

379 Während es bei § 20 EStG egal ist, wie sich der doppelte Freibetrag (DEM 6.000) auf beide Ehegatten verteilt, steht bei § 23 EStG jedem Ehegatten nur der einfache Betrag zu (R 169 III EStR; Schmidt-Heinicke, § 23 EStG, Rz. 55).

380 BMF 10.11.1994 - IV B 3-S 2256-34/94, Rz. 22; BMF 30.4.1993 - IV B 4-S 2252-480/93, BStBl I 1993, 343, unter 3.; ebenso der Bericht des Finanzausschusses zum StMGB 1994, BT-Drucks. 12/6078, S. 122, im Zusammenhang mit § 20 I Nr. 7 S. 2 EStG n.F.: Würden „beispielsweise bei sog. Capped Warrants die Put Warrants und die Call Warrants zusammen veräußert oder eingelöst“, werde „Kapitalertrag erzielt“.

381 Die in den genannten (Fn. 380) BMF-Schreiben v. 10.11.1994 (Rz. 23) und 30.4.1993 (unter 3.) gleichzeitig verkündeten Grundsätze zur rechtlichen Behandlung von „Bandbreiten-Optionsscheinen“ („Range Warrants“) passen nicht in den vorliegenden Kontext, weil die einzelnen „Optionen“ dieser als Einheit erworbenen Pakete von Optionsscheinen gar keine Derivate im hier vertretenen Sinn sind. Diese atypischen „Optionen“ garantieren dem Anleger nämlich die

Im Übrigen aber verursachen Gewinne aus synthetischen Zinsinstrumenten geringere Steuerlasten als natürliche Zinsen und bieten Verluste aus synthetischen Zinsinstrumenten im Gegenzug weitergehende Ausgleichsmöglichkeiten. Hier stellt sich die Frage nach der rechtlichen Beurteilung der in diesen Grundsätzen propagierten *bewussten* Gleichbehandlung sowie gegebenenfalls nach den Möglichkeiten ihrer Ausweitung auf sonstige Formen synthetischer Kapitalerträge. Das Merkmal der „Überlassung von Kapitalvermögen gegen Entgelt zur Nutzung“ i.S. des § 20 I Nr. 7 EStG wurde oben als zeitversetzter, finaler (i.d.R. synallagmatischer) Austausch von Leistungen beschrieben, wobei die von der einen Seite zu erbringende Vorleistung eine Geldzahlung ist und die Gegenleistung nicht in voller Höhe stochastisch bedingt sein darf. Die Bezeichnung der zeitversetzten Gegenleistung als Kapital bzw. Zinsen ist nicht entscheidend. Der Umstand, dass bei Capped-Warrants-Kombinationen das „überlassene“ Kapital zivilrechtlich nicht als „Darlehen“, sondern als Optionsprämie bezahlt wird und keine „Rückzahlungspflicht“ bezüglich der Optionsprämie besteht, schadet der Einstufung der Gegenleistung als Kapitalertrag für sich also noch nicht.<sup>382</sup> Selbst beim herkömmlichen Darlehen nach § 607 I BGB kann das „Empfangene“, wenn man es sachenrechtlich betrachtet, behalten werden. Die Pflicht zur „Rückerstattung“ beschränkt sich auf „Sachen von gleicher Art, Güte und Menge“. Die Möglichkeit der getrennten Veräußerung der einzelnen Warrants schadet nicht bereits deshalb, weil dadurch die Bausteinwirkung vorzeitig beendet wird.<sup>383</sup> Diesen Fall hat das BMF in seinem Schreiben vom 10.11.1994 berücksichtigt, indem es insoweit auf die Spekulationsbesteuerung nach § 23 I Nr. 1 Buchst. b EStG a.F. verweist.<sup>384</sup> Im Rahmen der reinen ex-post-Betrachtung, wie sie der Besteuerung der Kapitaleinkünfte zugrunde liegt, ist das ausreichend. Zudem lassen sich auch herkömmliche Zinstitel während der Laufzeit durch die Veräußerung geeigneter Optionen synthetisch aufspalten.

Auf der anderen Seite wird man dem Tatbestand des § 20 I Nr. 7 EStG nicht gerecht, wenn man nur die reinen Zahlungsströme betrachtet und vertragliche Sinnzusam-

Rückzahlung des überlassenen Kapitalvermögens. Sie fallen deshalb bereits isoliert betrachtet unter die Besteuerung nach § 20 I Nr. 7 EStG.

- 382 So anscheinend aber *Harenberg/Irmer*, NWB Fach 3, S. 9229, 9238, unter Berufung auf den „Wortlaut“ des § 20 I Nr. 7 EStG. Dem Emittenten der Optionen werde kein Kapital, „auch nicht in Form einer Optionsprämie“ überlassen. Er erhalte lediglich ein Bindungsentgelt für das eingegangene Risiko. Dieses Entgelt vereinnahme er „endgültig ohne Rückzahlungsverpflichtung“. Der Erwerber der Optionen habe nicht die Absicht der Kapitalüberlassung auf Zeit.
- 383 In diese Richtung aber *Harenberg/Irmer* (Fn. 382): Die Finanzverwaltung „negiere“, dass „zivilrechtlich zwei selbständige, grundsätzlich voneinander unabhängige Rechtsgeschäfte“ abgeschlossen würden, die „z.B. durch zeitversetzte Veräußerung ein unterschiedliches Schicksal erleiden“ könnten; ähnlich die Kritik bei *Häuselmann/Wiesenbart*, RIW 1993, 751, 755: Gegenüber einer „Zerobond-Konstruktion“ wiesen „Capped Warrants“ wegen getrennter Veräußerbarkeit der Komponenten und der Möglichkeit des Anlegers, die „neutrale Haltung“ gegenüber dem Basiswert „während der Laufzeit nach Belieben aufzugeben“, „nicht nur rechtlich, sondern auch wirtschaftlich gesehen Besonderheiten auf“, die eine steuerliche Gleichbehandlung mit Hilfe des § 42 AO nicht zuließen. Zum Zusammenhang zwischen § 42 AO und Gesetzesauslegung s.o. B.IV.2., S. 325 ff.
- 384 BMF 10.11.1994 (Fn. 380), Rz. 22 (a.E.).

menhänge außer Acht lässt.<sup>385</sup> Daran muss man, sollen die Konturen des Tatbestands nicht vollständig aufgelöst werden,<sup>386</sup> trotz des Umstands festhalten, dass die Zinsbesteuerung „unabhängig von der Bezeichnung und der zivilrechtlichen Ausgestaltung der Kapitalanlage“ ist (§ 20 I Nr. 7 S. 2 EStG).<sup>387</sup> Das danach maßgebende „wirtschaftliche“ Verständnis der Kapitalüberlassung gegen Entgelt<sup>388</sup> ist nicht gleichbedeutend mit einer Reduzierung des Sachverhalts auf das *finanzwirtschaftliche Ergebnis*.<sup>389</sup> Steuerrechtliche Betrachtungseinheit ist das einzelne (wirtschaftliche) Austauschverhältnis („Geschäft“) i.S. des „do ut des“. Dementsprechend setzt die Rechtsprechung voraus, dass der Kapitalüberlassung ein besonderer Rechtsgrund zugrunde liegt.<sup>390</sup> Der Begriff des „Entgelts“ (Gegenleistung) ist Ausdruck dieses Austauschverhältnisses und der Finalität der Gegenleistung. Das entspricht dem Gedanken des Markteinkommens, also des am Markt im Austausch erwirtschafteten Einkommens, wie er stellvertretend für alle Einkunftsarten in § 22 Nr. 3 EStG zum Ausdruck gelangt.<sup>391</sup>

Nicht entscheidend ist es, ob der wirtschaftliche Austausch innerhalb eines zivil-

385 Vgl. *Sagasser/Schüppen*, DStR 1994, 265, 269, zu BMF 30.4.1993 (Fn. 380): „Kapitalrückzahlung und/oder Ertrag“ müssten sich „aus der vertraglichen Grundlage“ ergeben. Allein die „Risikooptimierung durch gekreuzte Optionen oder gegenläufige Termingeschäfte etc.“ könne nicht dazu führen, dass Kapitalertrag vorliege; „risikooptimierende Portefeuille-Strategien“ dürften nicht allein vom Endresultat her betrachtet werden. Es bleibe damit die „Kernfrage“, wann eine „gemeinsame Betrachtung verschiedener Differenzgeschäfte, etwa eines Calls und eines Puts,“ gerechtfertigt sei.

386 Vgl. *Pross*, S. 170, wo diese Erkenntnis allerdings auf den asymmetrischen Baustein-Effekt, also auf den Fall begrenzt bleibt, dass nur für eine Seite „synthetischer Zins“ entsteht: Wollte man hier im Wege einer Integration die Gesamtposition als Zins besteuern, werde „Zins gleichbedeutend mit sicherem Ertrag“. Eine sinnvolle Anwendung der Integration, so ist der *Autor* zu verstehen, sei hier nicht möglich.

387 Siehe bereits für die Rechtslage vor Inkrafttreten des StMBG 1994 das BMF-Schreiben v. 30.4.1993 (Fn. 380), vor 1.: Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehörten „Zinsen, Entgelte und Vorteile, die unabhängig von ihrer Bezeichnung und der zivilrechtlichen Gestaltung bei wirtschaftlicher Betrachtung für die Überlassung von Kapitalvermögen zur Nutzung erzielt werden.“ Vgl. hierzu den Bericht des Finanzausschusses zum StMBG 1994: Man habe es „als sinnvoll angesehen, die Verwaltungsregelung gesetzlich abzusichern“ (BT-Drucks. 12/6078, S. 117).

388 Aus der älteren Rspr. siehe z.B. BFH 31.10.1989 - VIII R 210/83, BStBl II 1990, 532, unter 3.: Zu den Einkünften aus Kapitalvermögen gehören alle Vermögensmehrungen, die bei „wirtschaftlicher Betrachtung“ Entgelt für die Kapitalnutzung seien; ähnlich BFH 25.6.1974 - VIII R 163/71, BStBl II 1975, 431, unter II.1.

389 So auch *Sagasser/Schüppen*, DStR 1994, 265, 269: Es könne zwar nicht auf die Bezeichnung der Kapitalanlage ankommen, „andererseits aber auch nicht nur auf das wirtschaftliche Ergebnis“. Demgegenüber aber die integrierende Subsumtion bei „zweiseitigen synthetischen Zinsinstrumenten“ offensichtlich als Anwendungsfall des 20 I Nr. 7 S. 2 EStG betrachtend *Pross*, S. 169 Fn. 163: Der deutsche Gesetzgeber „scheine“ sich die wirtschaftliche Sichtweise zu eigen gemacht zu haben, nach der das Vorliegen einer Kapitalforderung sich „unabhängig von der zivilrechtlichen Ausgestaltung einer Kapitalanlage“ bestimmt; *ders.*, S. 170, dagegen das Kriterium der Kapitalüberlassung im *Dreipersonenverhältnis* („einseitige synthetische Zinsinstrumente“) mangels finaler Elemente verneinend.

390 Vgl. BFH 31.10.1989 (Fn. 388), unter 3.: Unerheblich sei, ob der Überlassung von Kapital ein Darlehensvertrag, ein Kaufvertrag „oder ein anderer Rechtsgrund“ zugrunde liege.

391 Vgl. BVerfG Beschl. 30.9.1998 - 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88, unter B.II.2.: Trotz „weiter tatbestandlicher Fassung“ eröffne § 22 Nr. 3 EStG „keinen Generaltatbestand, der jede Bereicherung - unabhängig vom Belastungsgrund der Einkommensteuer - für einkommensteuerbar“ erkläre.

rechtlich einheitlichen Vertrags stattfindet oder auf mehrere (rechtlich allerdings nicht voneinander unabhängige) Verträge verteilt wird. Lassen sich aus einer Mehrheit von Verträgen einzelne herausnehmen, ohne dass dadurch die Austauschbeziehung gestört würde, spricht dies gegen ihre einheitliche steuerrechtliche Betrachtung. Der subjektive Wille eines Steuerpflichtigen zur (synthetischen) Kapitalüberlassung gegen Entgelt bleibt steuerrechtlich unbeachtlich, solange er nicht in ein wirtschaftlich einheitliches Geschäft einfließt. Demnach reicht es, vorbehaltlich der Fälle des § 117 BGB,<sup>392</sup> für § 20 I Nr. 7 EStG nicht aus, wenn zwei getrennte Transaktionen zusammen betrachtet auf die wechselseitige, zeitversetzte Hingabe von Geld hinauslaufen, sofern die „Rückgabe“ des Geldes nicht Gegenleistung und damit causa für die Hingabe des Geldes war. Diese Voraussetzung ist bei Capped-Warrants-Kombinationen nicht erfüllt. Hier stehen Optionsverpflichtung und Prämie der einzelnen Optionsverträge jeweils isoliert zueinander im Synallagma. Die Gleichsetzung der Vertragskombination mit einer Verschuldungsmaßnahme blendet die voneinander getrennten Austauschverhältnisse aus der Betrachtung aus und saldiert sie unzulässigerweise. Die BMF-Grundsätze ersetzen das einzelne Austauschverhältnis in seiner Rolle als Bezugspunkt für die Zuordnung von „Kapitalüberlassung“ und „Rückzahlung“ bzw. „Zinsen“ implizit und contra legem durch eigene Merkmale: den gleichzeitigen Abschluss der Einzelverträge (Erwerb der Optionsscheine) und die Identität der Vertragspartner. Letztere bewirkt eine steuerrelevante Unterscheidung zwischen symmetrischem und asymmetrischem Bausteineffekt, welche im Gegensatz zur ausdrücklichen Absage steht, die der BFH im Einkommensteuerrecht dem sog. Korrespondenzprinzip erteilt hat.<sup>393</sup> Dass die Steuerpflichtigen das Vorliegen beider, rein äußerlichen Kriterien unter Beibehaltung der Zahlungsströme ohne großen Aufwand vermeiden können, ist ein zusätzlicher Beleg für die Fehlerhaftigkeit des BMF-Ansatzes.<sup>394</sup>

Hinzu kommen praktische Schwierigkeiten der Finanzverwaltung bzw. bei der Steuererhebung beteiligter Dritter (§ 43 EStG) bei der Aufklärung des Sachverhalts, sofern der Steuerpflichtige kein Eigeninteresse an der Aufdeckung des finanzwirtschaftlichen Zusammenhangs hegt, der die Einzelposten seines Portfolios miteinander verbindet.<sup>395</sup> Denn den Finanzbehörden, aber auch den Finanzinstituten fehlt in der Regel der

392 Hierzu allgemein oben 1. Kapitel, E.II.2., S. 77 ff.

393 Z.B. BFH 4.4.1989 - X R 14/85, BStBl II 1989, 779, unter 1.b.: Ein „allgemeiner Grundsatz, dass beim Geber Aufwendungen nur abgezogen werden dürfen, wenn sie beim Empfänger besteuert werden können (sog. Korrespondenzprinzip)“, sei „im EStG nicht verankert“. Trotzdem zwischen „zweiseitigen und „einseitigen synthetischen Zinsinstrumenten“ differenzierend Pross, S. 169 f.

394 Vgl. Sagasser/Schüppen, DStR 1994, 265, 269: Durch Vermeidung zeitlicher (Voll-) Synchronität und Variationen in der Optionsbasis werde sich auch künftig die Entstehung von steuerpflichtigen Kapitalerträgen vermeiden lassen; ebenso Jonas, BB 1993, 2421, 2423.

395 Vgl. Pross, S. 170: Die Identifikation und Zuordnung zusammengehöriger Positionen könne „praktische Probleme“ schaffen, wenn der Steuerpflichtige (ausnahmsweise) selbst kein „Interesse an einem Ausweis“ habe; Mauritz, DB 1995, 698, 702: Der Fiskus vermöge Capped-Warrant-Kombinationen nur zu erkennen, wenn die Komponenten von ein und derselben Bank emittiert werden.

nötige Überblick über das Privatvermögen des Steuerpflichtigen, um einzelne Portfolio-bausteine zu synthetischen Zinsinstrumenten integrieren zu können.

Schließlich zeigt sich die Notwendigkeit der Einzelbetrachtung daran, dass die integrierende finanzwirtschaftliche Gesamtbetrachtung (Anerkennung des Bausteineneffekts), konsequent weitergedacht, zu neuen Ungleichbehandlungen und Widersprüchen führen würde. Speziell für Capped-Warrants-Kombinationen soll dies an folgendem Beispiel demonstriert werden: Besteuerst man die Summe aus einem Capped Put und einem Capped Call wie eine Darlehensvergabe, muss man die Summe aus einer Darlehensvergabe und dem Verkauf eines Call genauso besteuern wie die stochastisch bedingten Erträge aus dem Put. Das folgt aus einer entsprechenden Umformung der „finanzwirtschaftlichen Gleichung“. Die Besteuerung des Put richtet sich nach § 23 I 1 Nr. 4 EStG. Die isolierte Besteuerung der Darlehenszinsen (§ 20 I Nr. 7 EStG) und der erhaltenen Optionsprämie (§ 23 I 1 Nr. 4 EStG) führt mindestens immer dann zu einem abweichenden Ergebnis, wenn die Optionen außerhalb der Jahresfrist liegen. Eine steuerrechtliche Integration von Darlehensvergabe und Call-Verkauf zu einem synthetischen Long-Put ist andererseits nicht möglich, weil sie die Anwendbarkeit des § 23 I 1 Nr. 4 EStG auf Optionsprämien zu weiten Teilen außer Kraft setzen würde. Denn die Möglichkeit, dass sich im Portfolio des Verkäufers eines Capped Call irgendwelche anderweitige Zinserträge finden lassen, mit denen die Short-Option zu einem synthetischen Long Put integriert werden kann, beschränkt sich keineswegs auf atypische Einzelfälle. Eine ganz ähnliche Situation kann bei strukturierten Anleihen entstehen. Der Integrationsansatz gelangt hier zur Nivellierung der bei isolierter Betrachtung bestehenden Unterschiede in der Besteuerung strukturierter Anleihen (§ 20 I Nr. 7, II 1 Nr. 4 lit. c. EStG) einerseits und von Kombinationen aus herkömmlichen Anleihen (§ 20 I Nr. 7 EStG) und Derivaten (§ 23 I 1 Nr. 4 EStG) andererseits. Damit unterläuft man den Anwendungsbereich des § 23 I 1 Nr. 4 EStG, denn es dürfte regelmäßig vorkommen, dass Steuerpflichtige gleichzeitig mit Erträgen aus Derivaten Zinseinkünfte aus anderweitigen Quellen erzielen.

## 5. Synthetische Werbungskosten

„Werbungskosten“ sind (negative) Zahlungsströme, die sich anders als die Einnahmen nicht über ihre Quelle, sondern über ihr Ziel (Zweck bzw. Funktion) definieren. Ebenso wie zur Modifizierung steuerwirksamer Einnahmen<sup>396</sup> lassen sich Derivate zur Umgestaltung geplanter Aufwendungen verwenden, die „zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung“ bestimmter Einnahmen (§ 9 I 1 EStG) getätigten werden. Insofern kann man von „teilsynthetischen Werbungskosten“ sprechen. Der Steuerpflichtige kann beispielsweise die variablen Zinsen (§ 9 I 3 Nr. 1 EStG), die er für ein Darlehen entrichtet, aus dessen

---

396 S.o. unter 3., S. 379 ff.

Valuta er Einnahmen aus Kapitalüberlassung erzielt, durch den Abschluss eines geeigneten Zinsswaps in synthetische feste Zinsen umwandeln.

Die steuerrechtliche Gleichbehandlung zwischen synthetischen und natürlichen Werbungskosten hängt davon ab, ob die Gewinne oder Verluste aus dem Termingeschäft im Rahmen einer integrierenden Betrachtung unmittelbar mit den eigentlichen Aufwendungen verrechnet werden können oder ob sie separat unter § 23 I 1 Nr. 4 EStG zu subsumieren sind. In letzterem Falle nämlich können sich wiederum Jahresfrist und Verlustausgleichsbeschränkung steuermindernd bzw. -erhöhend im Vergleich zu entsprechenden natürlichen Werbungskosten auswirken. In o.g. Beispiel etwa sind bei einer Anhebung des allgemeinen Zinsniveaus während der Darlehenslaufzeit die erhöhten Zinsaufwendungen als Werbungskosten im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen abzugsfähig. Die korrespondierenden Gewinne aus dem Swap aber sind steuerfrei, wenn zwischen den einzelnen Zahlungsterminen mehr als ein Jahr liegt.<sup>397</sup> Hieraus ergibt sich ein Vorteil im Vergleich zu einem natürlichen Festzinsdarlehen. Sinken dagegen die Zinssätze, vermindern sich bei isolierter Betrachtung die als Werbungskosten abzugsfähigen Zinszahlungen; die Verluste aus dem Termingeschäft aber sind steuerunwirksam. Das führt zu einem Steuernachteil gegenüber einem wirtschaftlich gleichwertigen Festzinskredit.

Für eine integrierte Betrachtung könnte man überlegen, ob sich die *Gewinne* aus dem Termingeschäft nicht den Werbungskosten im Rahmen der Einkünfte aus Kapitalvermögen zuordnen und nach Art eines Vorteilsausgleichs unmittelbar mit den erhöhten Zinsaufwendungen verrechnen lassen. Der Tatbestand des § 23 I 1 Nr. 4 EStG würde damit übersprungen. Verluste aus dem Termingeschäft würde man dementsprechend als Werbungskosten zu den (natürlichen) Darlehenszinsen hinzuzaddieren. Die Verrechnung positiver Erträge aus dem Termingeschäft mit den Werbungskosten ist indes nicht zulässig. In seiner Rechtsprechung zum sog. Werbungskostenersatz<sup>398</sup> durch den Arbeitgeber lehnt der BFH eine Saldierung von Einnahmen und Ausgaben bereits auf der Ebene des Besteuerungstatbestands sogar im Kontext ein und derselben Einkunftsart (Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit) ab.<sup>399</sup> Dementsprechend qualifiziert das Gericht den gewährten Vorteilsausgleich als selbständige Einnahmen.<sup>400</sup> Generell ist bei Wer-

397 Zur Bestimmung der Besteuerungsfrist des § 23 I 1 Nr. 4 EStG bei Swaps s.o. unter I.1.a.bb., Fn. 173.

398 Zur Abgrenzung des Werbungskostenersatzes zum einkommensteuerrechtlich unbeachtlichen „Auslagenersatz“ (§ 3 Nr. 50 EStG) siehe Schmidt-Heinicke, § 3 EStG, Stichwort: „Durchlaufende Gelder und Auslagenersatz“.

399 BFH 27.3.1992 - VI R 145/89, BStBl II 1992, 837, unter 2.: Es wäre „methodisch fehlerhaft, bei der Entscheidung, ob ein geldwerter und für die Beschäftigung gewährter Vorteil und damit Arbeitslohn i.S. des § 19 I 1 EStG“ vorliege, „eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, bei der der festgestellte Vorteil mit Vermögensminderungen oder Ausgaben verrechnet wird, die mit dem Vorteil im Zusammenhang stehen“. Vgl. auch Schmidt-Drenseck, § 19 EStG, Rz. 23: Durch die „übliche Zusammenfassung von Werbungskosten und Ersatz“ gehe der Blick dafür verloren, dass es sich „in Wirklichkeit“ beim Werbungskostenersatz um steuerbaren und steuerpflichtigen Arbeitslohn handele.

400 BFH 27.3.1992 (Fn. 399), unter 2.: Auch wenn der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer Werbungs-

bungskosten kein Platz für einen Vorteilsausgleich. Denn ansonsten ließen sich die gesetzlichen Wertungskriterien der Einkunftsstatbestände nach Belieben unterlaufen. Die objektive Zuordnung erzielter Einnahmen zu aufgewendeten Werbungskosten könnte man nämlich in letzter Konsequenz bereits durch den Zusammenhang begründen, der sich daraus ergibt, dass jeweils dieselbe Vermögensmasse betroffen ist. Und auch subjektiv könnte man eine Verbindung zwischen Einnahmen und allen Ausgaben konstruieren, weil in der Regel die Gesamtheit aller Einnahmen der Finanzierung aller Ausgaben dient.

Eine Hinzurechnung der *Verluste* aus dem Termingeschäft zu den Werbungskosten bei den Kapitalerträgen lässt der Werbungskostenbegriff nicht zu. Nach der Rechtsprechung sind Werbungskosten „alle Aufwendungen, die durch den Beruf veranlasst sind“.<sup>401</sup> Der Veranlassungszusammenhang von Darlehenszinsen mit Einkünften aus Kapitalvermögen ist dann gegeben, „wenn ein objektiver Zusammenhang dieser Aufwendungen mit der Überlassung von Kapital zur Nutzung besteht und subjektiv die Aufwendungen zur Förderung dieser Nutzungsüberlassung gemacht werden“.<sup>402</sup> Die Aufwendungen aus dem Termingeschäft werden durch die entsprechende vertragliche Verpflichtung, nicht aber durch die Kapitalerträge veranlasst. Die Begründung der Swapverpflichtung ist ebenfalls nicht durch die Kapitalerträge veranlasst, sondern durch das Bestreben, bei steigendem Zinsniveau Gewinne aus den Swap zu erzielen.<sup>403</sup> Der vor nicht allzu langer Zeit ergangenen Entscheidung des BFH zur Beurteilung von Zinsbegrenzungsprämien als laufzeitbezogene Finanzierungskosten<sup>404</sup> lässt sich nichts Gegenständiges entnehmen. Abgesehen davon, dass es dort nicht um Werbungskosten, sondern um „wie Sonderausgaben“ abziehbare Vorkosten nach § 10e VI 1 EStG ging, waren Darlehen und Cap im konkreten Fall nicht nur finanzwirtschaftlich, sondern auch rechtlich miteinander verbunden. Zwar war der Vertrag über das variabel verzinsliche Darlehen äußerlich von der Zinsbegrenzungsvereinbarung in Form eines Collar getrennt. Letztere sah aber bei Übersteigen des Marktzinssatzes keine Zahlungen des Kreditgebers an den Kreditnehmer in Höhe der Zinsdifferenz vor, sondern der Kreditnehmer schuldete „von vornherein Zinsen nur bis zur Höhe des vereinbarten Höchstzinssat-

kosten erstatte, könne „der darin liegende vermögenswerte Vorteil i.S. des § 19 I Nr.1 EStG nicht mit der Begründung verneint werden, dass damit nur eine vorangegangene, durch beruflich veranlasste Ausgaben entstandene Vermögensverschlechterung ausgeglichen werden“ solle. Vielmehr sei „anerkannt, dass die Erstattung von Werbungskosten Arbeitslohn i.S. des § 19 I Nr.1 EStG“ sei.

401 Z.B. BFH 28.11.1980 - VI R 193/77, BStBl II 1981, 368.

402 BFH 19.8.1998 - X R 96/95, BFHE 187, 21, unter II.2.b. (m.w.N.).

403 Unklar, weil ohne ausdrücklichen Bezug zur Kurssicherung durch Derivate *Prinz*, in Herrmann/Heuer/Raupach, § 9 EStG, Rz. 385, ABC der Schuldzinsen, Stichwort: Kurssicherungsaufwendungen (Stand: November 1988): Unter den „wirtschaftlichen Begriff“ der (abzugsfähigen) Schuldzinsen fielen auch „Kurssicherungsaufwendungen bei Fremdwährungsdarlehen“ (zust. Schmidt-Drenseck, § 9 EStG, Rz. 91). Nicht mit der im Text erörterten Problematik vergleichbar ist der Fall der von *Prinz* (a.a.O.) ebenfalls - hier zu Recht - als Werbungskosten anerkannten marktrisikobedingten Mehraufwendungen des Darlehensschuldners im Rahmen eines einheitlichen, strukturierten Darlehens.

404 BFH 24.11.1999 - X R 144/96, DB 2000, 306.

zes“.<sup>405</sup> Wohl bereits aus diesem Grund behandelte der BFH die bezahlten Schuldzinsen ohne weiteres auch steuerrechtlich als Einheit. Die Frage, ob aus der Zinsbegrenzungsvereinbarung Gewinne entstanden sind, die steuerrechtlich separat von den um einen entsprechenden Betrag zu erhöhenden, eigentlichen Zinsaufwendungen zu beurteilen gewesen wären,<sup>406</sup> stellte sich bei dieser Sachlage gar nicht.<sup>407</sup>

Die genannten Gründe, aus denen es unzulässig ist, negative Einkünfte aus Termingeschäften mit anderweitig aufgewendeten Werbungskosten zusammenzufassen (teilsynthetische Werbungskosten), gelten auch für „vollsynthetische“ Werbungskosten. Verluste aus Termingeschäften sind ausschließlich nach § 23 III 8, 9 EStG zu beurteilen und können nicht als Werbungskosten im Rahmen anderer Einkunftsarten qualifiziert werden. Das betrifft insbesondere den Fall einer synthetischen Darlehensaufnahme (§ 9 I 3 Nr. 1 EStG). Diese kann z.B. der Finanzierung einer Kapitalanlage dienen und aus dem Verkauf einer Aktie, dem gleichzeitigen Kauf eines Aktienfuture und dem späteren Rückkauf der Aktie bestehen. Der Finanzierungseffekt ergibt sich hier aus dem erhaltenen Kaufpreis, wobei der Future der Absicherung des Aktienkursrisikos dient. Die Kosten dieser Strategie bestehen im Zinsfaktor, welcher im Terminpreis einkalkuliert ist. In entsprechender Weise wurde bereits oben auf Seiten des Vertragspartners des Termingeschäfts eine Besteuerung des impliziten Zinsfaktors nach § 20 I Nr. 7 EStG abgelehnt.<sup>408</sup>

### ***III. Rechtspolitischer Ausblick***

Die vorstehenden Untersuchungen zur Anerkennung des Bausteineffekts im Bereich der privaten Einkünfte haben offenbart, dass eine automatische Gleichbehandlung natürlicher und synthetischer Positionen nur zum Teil sichergestellt ist. Die rechtsfortbildende Gesetzeskorrektur durch eine bewusste Gleichbehandlung scheidet andererseits deshalb aus, weil sie entweder zu neuen Ungleichbehandlungen führt oder aber weil sie mit dem Willen des Gesetzgebers nicht zu vereinbaren ist.

Der einzige Ausweg aus den bestehenden Inkonsistenzen ist eine Änderung des Gesetzes. Als Hauptursachen der Ungleichbehandlung finanziell gleichwertiger Positionen waren immer wieder die drei Punkte auszumachen, in denen sich die Besteuerung ausschließlich stochastisch bedingter Zahlungsströme aus Termingeschäften (§ 20 I 1 Nr. 4 EStG) von der Besteuerung nicht oder nicht ausschließlich stochastisch

405 BFH 24.11.1999 (Fn. 404), unter 3.c.

406 Da der Collar vor dem 31.12.1998 abgeschlossen wurde, war § 23 I 1 Nr. 4 EStG noch nicht anwendbar (§ 52 XXXIX 2 EStG). Gewinne waren deshalb steuerfrei.

407 BFH 24.11.1999 (Fn. 404), unter 3.e.: Die Zinsbegrenzungsvereinbarung wirke sich, sofern der Marktzinssatz die vertraglich bestimmte Zinsobergrenze übersteige, „auf die Höhe des Zinses unmittelbar aus“. Insofern sei „eine Zinsbegrenzungsvereinbarung einem Damnum zumindest ähnlich“. „Ob der Marktzinssatz tatsächlich die Zinsobergrenze“ übersteige „und damit die Höhe der Zinsen tatsächlich“ beeinflusse, sei „unerheblich“.

408 S.o. unter 1.a., S. 371 ff.

bedingter Kapitalerträge (§ 20 I Nr. 7 EStG) unterscheidet: die Steuerunwirksamkeit am Termin- und Kassamarkt erzielter Erträge, soweit der Anlagezeitraum länger als ein Jahr beträgt (§ 23 I 1 Nr. 2-4 EStG), die unterschiedlichen Freibeträge nach § 20 IV EStG bzw. 23 III 5 EStG sowie die Beschränkungen des Verlustausgleichs bei Termingeschäften nach § 23 III 8 EStG. Hinzu kommt noch die durch das „Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002“ neu eingeführte allgemeine Beschränkung des („vertikalen“) Verlustausgleichs zwischen einzelnen Einkunftsarten nach § 2 III 3 EStG, der sich ab einem Gesamtbetrag der positiven Einkünfte über DEM 100.000 bemerkbar macht (sog. „Mindestbesteuerung“).

Die Gesetzesreform muss an den genannten Punkten ansetzen. Denkbar ist eine Angleichung der genannten Freibeträge sowie die Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 23 EStG auf Termin- und Kassaanlagen mit einer Dauer über einem Jahr<sup>409</sup> und der uneingeschränkten Zulassung des vertikalen Verlustausgleichs zwischen den Einkünften aus § 20 und § 23 EStG, und zwar jeweils soweit es Geschäfte über liquide und damit dem Financial Engineering zugängliche Basiswerte betrifft. Mit diesem Vorschlag nur teilweise zu vereinbaren ist die aus der Sicht der Quellentheorie immer wieder geforderte Beschränkung der (zeitlich unbegrenzten) Besteuerung von Veräußerungsgewinnen auf Wirtschaftsgüter, welche die Funktion einer Erwerbsgrundlage erfüllen.<sup>410</sup> Denn darunter fallen nur solche Gegenstände, die entweder für eine selbständige Erwerbstätigkeit oder zur Nutzungsüberlassung gegen Entgelt eingesetzt werden.<sup>411</sup> Basiswerte wie z.B. Devisen oder Rohstoffe bleiben damit zu Unrecht der steuerlichen Erfassung entzogen. Für die Besteuerung von Anlagen in nichtliquide Basiswerte ist dieser Ansatz aber durchaus brauchbar. Insoweit kann man § 23 EStG aber auch in seiner jetzigen Form belassen oder streichen, ohne dass dadurch Wertungswidersprüche zu § 20 EStG entstehen würden. In letzterem Falle könnte man sich vorstellen, die Besteuerung von Veräußerungs- und Termingeschäften in liquide Basiswerte aus § 23 EStG auszulagern, diese Norm also aufzuheben und mit § 20 EStG in Form eines umfassenden Tatbestands, etwa für „Einkünfte aus Investitionen am Kapitalmarkt“, zusammenzulegen.

---

409 Zur Verfassungsmäßigkeit einer entsprechenden Ausweitung der Besteuerung von Veräußerungsgewinnen vor dem Hintergrund des Gleichheitsgrundsatzes siehe BVerFg 9.7.1969 (Fn. 356), unter C.II.3.d.a., im Hinblick auf § 23 EStG a.F.: Der Gesetzgeber sei „nicht gehindert, Gewinne aus jeder Veräußerung von Gegenständen des Privatvermögens zu besteuern“. Diese Gewinne seien „den Gewinnen aus den Veräußerungsgeschäften vergleichbar, die im Rahmen der sog. Gewinnbesteuerung“ (§ 2 I 1 Nr. 1-3 EStG) einkommensteuerpflichtig seien.

410 *Kirchhof*, Gutachten zum 57. DJT, F 31: In Zukunft sollten auch die Einnahmen aus der Veräußerung von steuerrechtlich als Erwerbsgrundlage qualifizierten Wirtschaftsgütern besteuert werden.

411 Vgl. *Kirchhof* (Fn. 410), F 91: Er nennt als Beispiele ein „der Vermietung dienendes Grundstück“ sowie „ertragsbringend angelegtes Kapital“; vgl. ferner den Gesetzesvorschlag bei *J. Lang*, Entwurf: § 122 des Entwurfs („Private Veräußerungsgeschäfte“) i.V.m. § 109 IV, II und § 107 I Nr. 4 (S. 273 - 275, 285).

## D. Einkünfte aus Gewerbebetrieb

Bei der gewerblichen Nutzung von Derivaten stellen sich die für den Bereich der privaten Einkünfte erörterten Probleme der Zuordnung der aus diesen Instrumenten fließenden Zahlungsströme zu bestimmten, tatbestandlich vorgegebenen Einkunftsquellen nicht. Denn tatbestandliche Besteuerungsgrundlage sind hier nicht die einzelnen Geschäfte, sondern ist der Gesamtgewinn des Betriebs (§ 2 II Nr. 1 EStG) in Gestalt des Betriebsvermögenszuwachses (§ 4 I EStG) bzw., bei nichtbuchführspflichtigen und nichtbuchführenden Kleingewerbetreibenden (§ 140 AO, §§ 1 II, 2 S. 1, 238 I 1 HGB; § 141 AO), des Überschusses der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben (§ 4 III EStG). Auf diese Weise sind sämtliche, dem gewerblichen Bereich zuzuordnenden positiven und negativen Zahlungsströme unabhängig von ihrer zivilrechtlichen Grundlage steuerwirksam. Die Gleichbehandlung von Zahlungsströmen aus natürlichen und synthetischen Finanzinstrumenten ergibt sich hier automatisch, sofern ihr nicht das mit dem „Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002“ eingeführte Verlustausgleichsverbot bei Termingeschäften (§ 15 IV EStG) entgegensteht.<sup>412</sup> Bei der großen Mehrzahl der Unternehmen, die nach § 4 I EStG den in der Bilanz ausgewiesenen Gewinn versteuern, kommt darüber hinaus die Ergebniswirksamkeit laufender Positionen in Derivaten in Betracht.

In Ausnahmefällen kann bereits der Eigenhandel mit Derivaten für sich die Annahme eines Gewerbebetriebs und damit die Besteuerung nach §§ 2 I Nr. 2, 15 ff. EStG rechtfertigen.<sup>413</sup> Als gewerbliche Tätigkeit ist eine selbständige nachhaltige Betätigung anzusehen, „die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt“ (§ 15 II EStG). Sie muss hierzu bei den Rahmen der privaten Vermögensverwaltung überschreiten. Das ergibt sich aus § 14 AO in Zusammenhang mit dem weiteren Begriff des „wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs“. Nach der Rechtsprechung ist darauf abzustellen, „ob lediglich der Beginn bzw. das Ende einer in erster Linie auf Fruchtziehung gerichteten Tätigkeit vorliegt oder ob die Umschichtung von Vermögenswerten und die Verwertung der Vermögenssubstanz in den Vordergrund treten“. Ferner kann „von Bedeutung sein, ob ein Steuerpflichtiger sich ‘wie ein Händler’ verhält. Die Zuordnung von Wertpapiergeschäften auf eigene Rechnung selbst in größerem Umfang zum gewerblichen Bereich soll regelmäßig nur dann in Frage kommen, „wenn die Tätigkeit auch dem Bild entspricht, das nach der Verkehrsauffassung einen Gewerbebetrieb ausmacht“.<sup>414</sup> Beim bloßen Ab-

<sup>412</sup> Hierzu unten III., S. 404 ff.

<sup>413</sup> BFH 6.12.1983 - VIII R 172/83, BStBl II 1984, 132, unter 2.a., vor aa., zu Devisen- und Edelmetall-Termingeschäften: Mit „spekulativen Termingeschäften“ könne „auch ohne einen bereits vorhandenen Gewerbebetrieb“ eine gewerbliche Tätigkeit i.S. des § 15 I 1 Nr. 1 EStG ausgeübt werden, „wenn allein diese Tätigkeit alle Merkmale einer gewerblichen Tätigkeit erfüllt, wie sie in § 1 GewStDV aufgeführt seien, und wenn die zu beurteilende Tätigkeit „den Rahmen einer privaten Vermögensverwaltung“ überschreite.“

<sup>414</sup> BFH 19.2.1997 - XI R 1/96, BStBl II 1997, 399, unter II.1.b., zu Devisentermingeschäften in Ges-

schluss von Festgeschäften oder Optionen mit *Barausgleich* fehlt angeblich das charakteristische Kriterium der „Tätigkeit, die am Markt gegen Entgelt angeboten wird“, da diese „weder einen Anschaffungs- noch einen Veräußerungsvorgang oder eine sonstige Leistung“ beinhalteten.<sup>415</sup> Damit verkennt der BFH nicht nur den synallagmatischen Austauschcharakter von Derivaten.<sup>416</sup> Er setzt sich auch zu seinen eigenen Grundsätzen zur Besteuerung von Optionsprämien nach § 22 Nr. 3 EStG in Widerspruch.<sup>417</sup>

Darüber hinaus sind (positive und negative) Zahlungsströme aus Derivaten Bestandteil der Einkünfte aus Gewerbebetrieb, wenn sie im Rahmen eines bereits vorhandenen Gewerbebetriebs abgeschlossen werden. Bei Einzelhandelsunternehmen und Personengesellschaften besteht die Schwierigkeit der Abgrenzung des betrieblichen vom privaten Bereich.<sup>418</sup> Auf die recht umfangreiche Judikatur zur betrieblichen Veranlassung von Termingeschäften soll hier nicht im Einzelnen eingegangen werden. Bei branchenuntypischen Termingeschäften jedenfalls geht man im Zweifel davon aus, dass sie im privaten Bereich getätigten werden.<sup>419</sup> Die Zuordnung solcher Geschäfte zur betrieblichen Sphäre setzt, so der BFH, „neben einem eindeutigen, nach außen verbindlich manifestierten Widmungsakt des Steuerpflichtigen“ voraus, „dass die Geschäfte im Zeitpunkt ihrer Widmung zu betrieblichen Zwecken auch objektiv geeignet sind, den Betrieb (durch Verstärkung dessen Kapitals) zu fördern“.<sup>420</sup> Bei Kapitalgesellschaften sind nach § 8 II KStG „alle Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln“. Dies soll nach der Rechtsprechung selbst für solche Einkünfte gelten, die nicht unter eine der Einkunftsarten des § 2 I EStG fallen.<sup>421</sup>

Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf die Problematik der einkommensteuerlichen Erfassung von Einkünften aus dem gewerblichen Einsatz von Derivaten im Bilanzsteuerrecht, soweit dieses trotz des Maßgeblichkeitsgrundsatzes vom Handelsbilanzrecht abweicht.

---

talt „verdeckter Differenzgeschäfte“. Relevante Kriterien können dabei z.B. „das Unterhalten eines Büros oder einer Organisation zur Durchführung von Geschäften“ oder die „Ausnutzung eines Marktes unter Einsatz beruflicher Erfahrungen“ sein.

415 BFH 19.2.1997 (Fn. 414), unter II.1.a.; zweifelnd inzwischen BFH 20.12.2000 - X R 1/97, BFHE 194, 198, unter 3.b.

416 S.o. 2. Kapitel, B.I.2.a.aa., S. 147 ff.

417 S.o. C.I.1.a.aa., S. 338 ff., bei Fn. 161 ff.

418 BFH 6.12.1983 (Fn. 413): Zwar würden „Termingeschäfte als spekulative Geschäfte vorwiegend im privaten Bereich getätigten“. Sie könnten aber auch betrieblich veranlasst sein (m.w.N.).

419 BFH 19.2.1997 (Fn. 414), unter II.3.a., zu „branchenuntypischen“ Termin- und Optionsgeschäften.

420 BFH 20.4.1999 - VIII R 63/96, BStBl II 1999, 466, unter II.1., zu Devisentermingeschäften; vgl. auch FG Karlsruhe 15.5.1996 - 12 K 314/92, EFG 1996, 1146, 1147 ff., zu „wirtschaftlich begründeten“ „hochspekulativen“ Devisentermingeschäften.

421 BFH 4.12.1996 - I R 54/95, BFHE 182, 123, unter II.2., m.w.N.; bestätigt durch BFH 8.7.1998 - I R 123/97, BFHE 186, 540, unter II.2.a.: Kapitalgesellschaften verfügten „steuerlich gesehen über keine außerbetriebliche Sphäre“. A.A. mit beachtlicher Begründung *Schön*, FS Flume (1998), 265, 270-272.

## I. Maßgeblichkeit der Handelsbilanz

Nach § 5 I 1 EStG ist in der Steuerbilanz grundsätzlich das Betriebsvermögen anzusetzen, „das nach den handelsrechtlichen Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung auszuweisen ist“ (materielle Maßgeblichkeit<sup>422</sup>). Damit wird die Steuerbilanz der Einzelkaufleute, der Personengesellschaften sowie nach §§ 8 I, 1 I Nr. 1 KStG auch der Kapitalgesellschaften an das rechtsformneutrale, für alle Kaufleute geltende Handelsbilanzrecht gebunden, soweit diese Vorschriften der Ausschüttungsregelung dienen.<sup>423</sup> Der handelsrechtliche Gewinnrealisierungsgrundsatz<sup>424</sup> gilt für die Steuerbilanz ebenfalls.<sup>425</sup>

Durchbrochen wird der Grundsatz der Maßgeblichkeit jedoch von einer Reihe spezieller steuerrechtlicher Vorschriften<sup>426</sup> zum Bilanzansatz und vor allem zur Bewertung<sup>427</sup> der Wirtschaftsgüter und Verbindlichkeiten (sog. „Steuervorbehalt“, vgl. § 5 II-VI, §§ 6 ff. EStG).

Die §§ 5 VI, 6 I Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3 EStG a.F. bestimmten bis zur Steuerreform 1999 den „Teilwert“ in (zumindest begrifflicher<sup>428</sup>) Abweichung vom (handelsbilanzrechtlichen) „Wert“ des § 253 II, III HGB zur einheitlichen Grenze der steuerrechtlichen Berücksichtigung nichtrealisierter Verluste bei der Bewertung von Wirtschaftsgütern des Anlage- und Umlaufvermögens sowie von Verbindlichkeiten.<sup>429</sup> Teilwert ist der „Betrag, den ein Erwerber des ganzen Betriebs im Rahmen des Gesamtkaufpreises für das einzelne Wirtschaftsgut ansetzen würde“ (§ 6 I Nr. 1 S. 3 HS 1 EStG). Sind Wirtschaftsgüter „vergleichbarer Art und Güte am Markt tatsächlich erhältlich“, so ent-

422 Auf die *formelle* Maßgeblichkeit der vom Steuerpflichtigen tatsächlich (ordnungsgemäß) erstellten Handelsbilanz einschließlich ihrer Wertansätze für die Steuerbilanz (§ 5 I 2 EStG) soll nachfolgend nicht weiter eingegangen werden. Zu handelsbilanzrechtlichen Wahlrechten im Bereich der Derivate s.o. 5. Kapitel, Abschn. B.II.2. (a.E.), S. 270, und C.I.1.c., S. 280.

423 Euler, StuW 1998, 15, 17; vgl. auch Moxter, DStZ 2000, 157, 161: Das Maßgeblichkeitsprinzip beziehe sich nicht auf die Bilanznormen schlechthin, sondern „nur auf die der Konkretisierung von Gewinnansprüchen dienenden, Unterbewertungsspielräume begrenzenden GoB“.

424 S.o. 5. Kapitel, B.I., vor 1., S. 258.

425 BFH 22.1.1992 - X R 23/89, BStBl II 1992, 488, unter 3.b.; vgl. auch J. Lang, in: Tipke/Lang, § 9, Rz. 404: Das Realisationsprinzip gehöre zu den „Fundamentalkonkretisierungen des Markteinkommens“.

426 Vgl. BFH 12.3.1964 - IV 456/61 U, BStBl III 1964, 525, unter I.1.: Der „der Vorschrift des § 5 I EStG zu entnehmende Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die steuerliche Bilanzierung“ trete „insoweit zurück, als das Steuerrecht zwingende eigene Vorschriften“ enthalte.

427 Deutlich BFH Beschl. 12.6.1978 - GrS 1/77, BStBl II 1978, 620, unter D.II.2.b.dd.: Für die Bewertung der Wirtschaftsgüter bestehe „grundätzlich keine Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz“.

428 Vgl. Moxter, DStR 1998, 509, 511: Seit dem BilRiliG könne nicht mehr angenommen werden, dass der handelsrechtlich beizulegende Wert und der steuerrechtliche Teilwert zu unterschiedlichen Wertumessungen führen. Vom „Sinn und Zweck beider Vorschriften“ [gemeint sind: § 6 EStG und § 253 HGB] her, nämlich der „Berücksichtigung sich künftig realisierender Verluste“, sollte „ohnehin kein Unterschied bestehen“.

429 Vgl. BFH 31.1.1991 - IV R 31/90, BStBl II 1991, 627, unter 2., zu Chrombäderinhalten: Wirtschaftsgüter dürften nicht niedriger als mit dem Teilwert angesetzt werden. Für Verbindlichkeiten vgl. BFH 16.7.1981 - IV R 89/80, BStBl II 1981, 766, unter 2.: Ein „Wertberichtigung von Forderungen“ sei „nur bis zur Höhe ihres Teilwerts“ zulässig.

spricht der Teilwert „in aller Regel“ dem „Börsen- oder Marktpreis“<sup>430</sup> bzw. den „Wiederbeschaffungskosten“.<sup>431</sup> Bei Verbindlichkeiten bemisst sich der Teilwert ebenfalls nach dem „Bar- oder Zeitwert“.<sup>432</sup> Die steuerrechtlich als *Wahlrecht* ausgestaltete Teilwertbilanzierung wird im Anwendungsbereich des strengen handelsrechtlichen Niederst- bzw. Höchstwertprinzips wegen § 5 I EStG zur *Rechtspflicht*.<sup>433</sup> Für die Steuerbilanzierung stochastisch bedingter Ansprüche bzw. Verbindlichkeiten aus laufenden Derivaten ergaben sich somit, was ihre Bewertung anging, keine Unterschiede zur Handelsbilanz. Diese Einschätzung ist unabhängig davon, ob man sich der herrschenden oder der hier vertretenen Konzeption zur Abbildung von Optionen und Festgeschäften anschließt.<sup>434</sup>

Mit dem „Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002“ ist die steuerrechtliche Wahlmöglichkeit zur Teilwertab- bzw. -zuschreibung nunmehr auf „voraussichtlich dauernde“ Wertminderungen beschränkt worden. Von der Auslegung des Begriffs der „voraussichtlichen Dauer“ hängt es ab, welche Auswirkungen diese Durchbrechung des Maßgeblichkeitsgrundsatzes auf die steuerrechtliche Bilanzierung von Derivaten hat. Bereits in Zusammenhang mit der handelsrechtlichen Bilanzierung wurde festgestellt, dass der Steuerreformgesetzgeber diesen Begriff „dem Handelsrecht entliehen“ hat.<sup>435</sup> Aus dem gleichermaßen handels- und steuerrechtlichen Bilanzzweck der stichtagsbezogenen Gewinnermittlung ergibt sich ferner, dass die (voraussichtliche) „Dauer“ der Wertminderung i.S. ihrer (voraussichtlichen) Endgültigkeit (Realisierung) zu verstehen ist und es nicht notwendig ist, dass der betreffende Gegenstand noch längere Zeit (zum veranschlagten niederen Wert) im Vermögen des Bilanzierenden verbleibt. Die Wertminderung eines Vermögensgegenstands kann deshalb gerade auch dann „dauerhaft“ sei, wenn seine Veräußerung unmittelbar bevorsteht.

Allerdings verwendet das HGB das Merkmal der „voraussichtlichen dauernden Wertminderung“ nur bei Gegenständen, die dem Anlagevermögen zuzurechnen sind (§ 253 II 3 HGB) und daher „dauernd dem Geschäftsbetrieb zu dienen“ bestimmt sind (vgl. § 340e I 2 HS 1 HGB). Bei den Gegenständen des Umlaufvermögens, die „nicht dazu

430 BFH 29.7.1965 - IV 164/63 U, „Hopfenvorräte“, BStBl III 1965, 648, unter 1. (m.w.N.).

431 BFH 31.1.1991 (Fn. 429), m.w.N.; vgl. auch BFH 29.4.1999 - IV R 14/98, BStBl II 1999, 681, unter II.2.: Bei Waren spreche nach st. Rspr. des BFH „eine Vermutung dafür, dass ihr Teilwert im Zeitpunkt der Anschaffung den Anschaffungskosten, später den Wiederbeschaffungskosten“ entspreche.

432 BFH 12.3.1964 (Fn. 426), unter I.2.

433 Vgl. BFH 31.1.1991 (Fn. 429): Das Niederstwertprinzip für Vermögensgegenstände des Umlaufvermögens gelte wegen § 5 I EStG auch für Steuerbilanz; BFH 27.11.1974 - I R 123/73, BStBl II 1975, 294, unter 2.: Soweit handelsrechtliche Vorschriften eine Abschreibung geboten, müsse „diese auch bei der steuerrechtlichen Gewinnermittlung vorgenommen werden“; Budde/Karig, in Beck Bil-Komm., § 243 HGB, Rz. 120: Das handelsrechtlich zwingend vorgeschriebene Niederstwertprinzip „schlage“ trotz der „kann“-Formulierung in § 6 I Nr. 1 S. 2, Nr. 2 S. 2 EStG „auf das Steuerrecht durch“.

434 S.o. im 5. Kapitel einerseits B.I.1., B.I.2 (S. 258 ff.) und andererseits C.I.1.b., c. sowie C.I.2.a., b. (S. 276 ff., 282ff.).

435 S.o. 5. Kapitel, C.I.1.c., S. 280 Fn. 160.

bestimmt“ sind, „dem Betrieb auf Dauer zu dienen“ und „stattdessen regelmäßig für den Verkauf oder den Verbrauch gehalten“ werden,<sup>436</sup> ging der Handelsgesetzgeber offenbar davon aus, dass die spätere Realisierung gegenwärtiger Wertverluste wegen der kürzeren Lauf- bzw. Haltezeiten im Vergleich zum Anlagevermögen von vornherein hinreichend wahrscheinlich für eine bilanzielle Berücksichtigung ist, ohne dass es des zusätzlichen Kriteriums der „voraussichtlichen Dauer“ der Wertminderung bedarf. Insofern weicht die steuerrechtliche Begrifflichkeit entgegen dem ausdrücklichen Bekunden des Steuergesetzgebers von der handelsrechtlichen ab, denn § 6 I Nr. 2 S. 2 EStG geht offensichtlich davon aus, dass Wertminderungen des Umlaufvermögens nicht automatisch „voraussichtlich dauernder“ Natur sind. Das BMF hat in seinem Schreiben vom 25.2.2000 zur Auslegung dieser Norm Stellung bezogen. Bei Wirtschaftsgütern des Umlaufvermögens, so heißt es dort, komme „dem Zeitpunkt der Veräußerung oder Verwendung für die Bestimmung einer voraussichtlich dauernden Wertminderung eine besondere Bedeutung zu“. Halte „die Minderung bis zum Zeitpunkt der Aufstellung der Bilanz [...] oder dem vorangegangenen Verkaufs- oder Verbrauchszeitpunkt an“, so sei „die Wertminderung voraussichtlich von Dauer“.<sup>437</sup> Als Beispiele nennt das BMF insbesondere Marktwertschwankungen von Wertpapieren.<sup>438</sup> In welchem Umfang im Bilanzierungszeitraum erlittene Marktwertverluste aus Vermögensgegenständen und Verbindlichkeiten bilanzwirksam werden, hängt demnach von den Zufälligkeiten der weiteren Kursentwicklung bis zur Aufstellung der Bilanz bzw. bis zur Bewertung der betreffenden Position im Rahmen der Bilanzerstellung<sup>439</sup> ab. Dennoch führt diese Auslegung für sich genommen zu keinen Wertungswidersprüchen im Verhältnis zu wirtschaftlich gleichwertigen Gestaltungen mit Derivaten, selbst wenn man handelsrechtlich mit der herkömmlichen Ansicht Verluste aus diesen Instrumenten durch Drohverlustrückstellungen abbildet.<sup>440</sup> Das ist dem Umstand zu „verdanken“, dass der Reformgesetzgeber gleichzeitig mit der Beschränkung der Teilwertabschreibungen das Bilden von Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften verboten hat. Darauf ist gleich noch näher einzugehen.

Das durch das „Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002“ ebenfalls neu eingeführte grundsätzliche Abzinsungsgebot für Verbindlichkeiten nach § 6 I Nr. 3 S. 1 EStG

436 BMF 25.2.2000 - IV C 2-S 2171b-14/00, DB 2000, 546, Rz. 23.

437 BMF 25.2.2000 (Fn. 436). Ebenso z.B. *Reichert*, SteuerStud 2000, 107, 112: Falls bis zum Zeitpunkt der Bilanzaufstellung der Wert bereits wieder gestiegen sei, werde man auf jeden Fall von einer voraussichtlich vorübergehenden Wertminderung ausgehen müssen. Sei dies nicht der Fall, solle „im Zweifel eher eine dauernde Wertminderung angenommen werden“ (m.w.N. aus dem handelsrechtlichen Schrifttum zu § 253 II HGB).

438 BMF 25.2.2000 (Fn. 436), Bsp. 6 und 7 (Rz. 24-31).

439 Vgl. *H. Schneider*, ZBB 2000, 121, 128, dazu, dass die Aufstellung der Bilanz nicht an einem einzigen Tag erfolgt und die Bewertungsmaßnahmen deshalb in der Praxis „in einzelnen Teilschritten“ erfolgen.

440 Drohverlustrückstellungen sind nach dem Bilanzstichtag zu bemessen. Nachfolgende Preisänderungen bis zur Bilanzaufstellung bleiben unberücksichtigt, da sie in der Regel auf nachfolgenden „singulären Ereignissen“ beruhen. Vgl. *IDW*, WPg 2000, 716, 720, zur Auslegung des Stichtagsprinzips bei Drohverlustrückstellungen.

kann nicht für solche Forderungen gelten, die zum Marktwert bewertet werden, weil der Zeitwert des Geldes bereits automatisch in den Marktwert eingerechnet ist. Es hat deshalb keine besonderen Auswirkungen auf die steuerrechtliche Bilanzierung von Derivaten.

Nach wie vor gilt der Grundsatz der Maßgeblichkeit der Handelsbilanz für die Steuerbilanz nicht nur bei der Einzelbewertung (§§ 240 I, II, 252 I Nr. 3 HGB),<sup>441</sup> sondern auch im Hinblick auf die ausnahmsweise Bildung von *Bewertungseinheiten* zwischen Positionen mit negativ korrelierenden Marktwerten.<sup>442</sup> Einer vereinzelt gebliebenen Ansicht im Schrifttum, welche die steuerbilanzrechtliche Zulässigkeit von Bewertungseinheiten mit Derivaten mit Rücksicht auf das „herrschende Teilwertverständnis“ bezweifelt, kann nicht gefolgt werden.<sup>443</sup> Denn es ist kein Grund dafür ersichtlich, weshalb der fiktive Erwerber des Betriebs (§ 6 I Nr. 1 S. 3 EStG) die bestehenden Wertkorrelationen der Einzelposten bei der Preiskalkulation für den Gesamtbetrieb nicht berücksichtigen sollte. Das „Hopfenvorräte“-Urteil des BFH<sup>444</sup> ist mit der Berücksichtigung von Korrelationseffekten bei Bewertungseinheiten nicht vergleichbar.<sup>445</sup> Dort ging es um die Teilwertabschreibung auf schwedende Beschaffungsgeschäfte bei sinkenden Wiederbeschaffungspreisen, wenn der Kaufgegenstand bereits fest zu einem höheren Preis verkauft ist. Das Gericht entschied richtig, weil die zukünftigen Gewinne aus den schwedenden Umsatzgeschäften wegen der mit schwedenden Geschäften verbundenen vertragsrechtlichen Unsicherheiten bilanzunwirksam sind und deshalb auch nicht in Bewertungseinheiten berücksichtigt werden dürfen. Bei Bewertungseinheiten mit gewinnträchtigen Positionen in laufenden Derivaten ist die Lage aber eine andere, denn laufende Derivate sind nach der hier vertretenen Sichtweise keine schwedenden Geschäfte im bilanzrechtlichen Sinne. Diese Aussage bezieht sich gleichermaßen auf Festgeschäfte wie auf bereits bezahlte Optionen. Die stochastisch bedingten Ansprüche sind nicht nur objektiv werthaltig, sondern zudem frei von den vertragsrechtlichen Zwängen

441 BFH 15.10.1997 - I R 16/97, BStBl II 1998, 249, unter II.2.

442 Aus dem Schrifttum siehe z.B. Häuselmann/Wiesenbart, DB 1990, 641, 642: Auf steuerlicher Ebene ergäben sich im Hinblick auf die Bildung von Bewertungseinheiten keine Abweichungen zur Handelsbilanz; Schmidt-Weber-Grellet, § 5 EStG, Rz. 70: In der Steuerbilanz seien beim Mikro-, Makro- und Portfolio-Hedging Bewertungseinheiten zu bilden (unter Berufung auf das handelsrechtliche Schrifttum, ohne die Maßgeblichkeit zu problematisieren). Vgl. auch die oben (5. Kapitel, B.II., vor 1., Fn. 53) zitierte steuerrechtliche Rspr., welche die Möglichkeit von Bewertungseinheiten in der Steuerbilanz grundsätzlich anerkennt.

443 Oestreicher/Haun, DStR 1995, Beihefter zu Heft 50, S. 5, zu Zinsderivaten: Die Berücksichtigung kompensatorischer Erfolge könne zwar „mit den Aufgaben der steuerlichen Gewinnermittlung im Einklang stehen“, erscheine aber „aufgrund des herrschenden Teilwertverständnisses derzeit nicht möglich“; ähnlich Oestreicher, S. 288 f.

444 BFH 29.7.1965 („Hopfenvorräte“, Fn. 430), unter 1.: Sei der Teilwert tatsächlich geringer, so könne ihn der Kaufmann auch dann ansetzen, wenn der zu bewertende (Hopfen-) Vorrat „bereits fest zu einem höheren Preis verkauft“ sei, „also mit Sicherheit ein Gewinn zu erwarten“ sei. Das folge aus dem Prinzip der Einzelbewertung. Die Bewertung von Vorräten habe „nichts mit der Bewertung und der Bilanzierung schwedender Geschäfte, die diese Vorräte betreffen, zu tun“; bestätigt durch BFH 25.1.1984 - I R 7/80, BStBl II 1984, 344, unter 5.

445 So aber Oestreicher/Haun (Fn. 443), S. 4 f.

des Synallagma und deshalb bilanzwirksam.<sup>446</sup>

Wichtige Differenzen zwischen der Steuer- und der Handelsbilanzierung von Derivaten, die sich ergebniswirksam auswirken und eine von der handelsbilanzrechtlichen abweichende Beurteilung der Frage nach der Anerkennung des Bausteineffekts<sup>447</sup> erfordert, bestehen indes in Gestalt zweier Sonderregelungen, die erst in neuerer Zeit in das EStG eingefügt wurden und die nachfolgend näher betrachtet werden sollen: das Verbot von Drohverlustrückstellungen (II.) sowie das Verlustausgleichsverbot bei Termingeschäften (III.).<sup>448</sup>

Seit der jüngsten Reform der Körperschaftsbesteuerung durch das Steuersenkungsgesetz 2001 befreien die §§ 3 Nr. 40 S. 1 lit. a EStG bzw. 8b II KStG „Betriebsvermögensmehrungen“ bzw. „Gewinne“ aus der Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften teilweise bzw. vollständig. Diese Vorschriften bewirken Ungleichbehandlungen zwischen natürlichen und synthetischen Positionen speziell bei *aktienbezogenen* Basiswerten, weil entsprechende Steuerbefreiungen für wirtschaftlich gleichwertige Gewinne aus Termingeschäften fehlen. Darauf soll hier nicht weiter eingegangen werden.

## **II. Verbot von Drohverlustrückstellungen**

Bis zur Steuerreform 1998<sup>449</sup> war die Bildung von Rückstellungen für drohende Verluste aus schwebenden Geschäften vom Geltungsbereich des Maßgeblichkeitsprinzips erfasst.<sup>450</sup> Inzwischen aber besteht in Gestalt des § 5 IVa EStG ein Verbot von Drohverlustrückstellungen für die Steuerbilanz. Die Beurteilung des Verbots aus rechtssystematischer Sicht ist im Schrifttum geteilt. Während die einen von einem Verstoß gegen „elementare Grundsätze“<sup>451</sup> verfassungswidriger „Willkürlichkeit“<sup>452</sup> und „fiskalischem

446 S.o. 5. Kapitel, C.I.1.c., S. 277 ff.

447 Zum Handelsbilanzrecht s.o. 5. Kapitel, C.II., S. 285 ff.

448 Nicht näher eingegangen wird hier auf die *rechtspolitische* Frage, ob die teilweise geforderte *allgemeine paritätische Marktbewertung* für Finanzinstrumente für die Zwecke der Steuerbilanz anders zu beurteilen ist als für die Handelsbilanz (siehe die Stellungnahme oben 5. Kapitel, C.II.4., S. 297 ff.) und ob sich insofern ein (weiteres) Abrücken von der Maßgeblichkeit lohnen würde. Vgl. hierzu J. Lang, in: Tipke/Lang, § 9, Rz. 310: Die „sich abzeichnende Internationalisierung und besonders Europäisierung“ des deutschen Bilanzrechts „förderten“ den Maßgeblichkeitsgrundsatz, weil „True and Fair View“ (wohl verstanden i.S. der Marktwertbilanzierung) „im Unterschied zur Vorsichtskonzeption des deutschen Bilanzrechts mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip zu vereinbaren“ sei.

449 Gesetz v. 29.10.1997, BGBl I 2590.

450 Vgl. BFH 15.10.1997 (Fn. 441), unter II.1.: Für die Bildung von Rückstellungen sei auf § 249 HGB abzustellen, der einen nach § 5 I EStG „auch steuerrechtlich zu beachtenden GoB“ wiedergebe (m.w.N.).

451 Z.B. IDW, WPg 1997, 292, 293.

452 Moxter, DStR 1998, 509, 514; a.A. Schmidt-Weber-Grellet, § 5 EStG, Rz. 450: Die Regelung sei „verfassungsrechtlich unbedenklich“.

Beutefeldzug“<sup>453</sup> sprechen, halten die anderen Drohverlustrückstellungen ihrerseits für einen „Fremdkörper in dem am Begriff des negativen Wirtschaftsguts orientierten statischen Betriebsvermögensvergleich“ und bewerten § 5 IVa EStG deshalb als „steuerrechtlich systemgerecht“.<sup>454</sup>

Der Zweck dieser Neuregelung ist ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs fiskalischer Natur.<sup>455</sup> Aus der weiteren Entstehungsgeschichte ist allerdings ersichtlich, dass sich die Norm zumindest auch als Mittel zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung durch die bewusst unberechtigte Bildung von Drohverlustrückstellungen versteht (§ 370 I Nr. 1, Nr. 2 AO).<sup>456</sup> Betroffen sind, folgt man der herrschenden Auffassung zur Bilanzierung dieser Geschäfte, nicht zuletzt Strategien zur Erzeugung „künstlicher“ Verluste mit Derivaten.<sup>457</sup> Diese machen sich die Fehlbewertungen zunutze, zu denen das Imparitätsprinzip in Verbindung mit dem Grundsatz der Einzelbewertung führen kann, wenn die zu bewertenden Positionen untereinander negativ korrelieren. Dabei wird bewusst und angesichts mangelnder Kontrollmöglichkeiten der Finanzverwaltung ziemlich gefahrlos gegen die Pflicht<sup>458</sup> zur Bildung von Bewertungseinheiten verstößen.<sup>459</sup> Die strafrechtliche Qualifizierung dieses Vorgehens als Steuerhinterziehung ergibt sich daraus, dass die Geschäftsleitung mit Einreichen einer solchen Bilanz den Finanzbehörden implizit und wahrheitswidrig angibt, die tatsächlichen Voraussetzungen für das Bilden einer Bewertungseinheit seien nicht erfüllt (§ 370 I Nr. 1 AO), bzw. daraus, dass sie die Finanzbehörden pflichtwidrig über die „steuerlich erhebliche Tatsache“ des Bestehens dieser tatsächlichen Voraussetzungen „in Unkenntnis“ lässt (§ 370 I Nr. 2 AO).

453 Naumann, BB 1998, 527, 531; vgl. auch Daub, S. 92: Das Verbot sei „rein fiskalpolitisch motiviert“.

454 J. Lang, in: Tipke/Lang, § 9, Rz. 350 [Hervorhebung im Original].

455 Vgl. die Begründungen des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines Steuerreformgesetzes (StRG) 1998, BT-Drucks. 13/7242 v. 18.3.1997 sowie, wortgleich, des RegE, BT-Drucks. 13/7775 v. 30.5.1997, jeweils unter II. Besonderer Teil, Zu Art. 1 (Änderung des EStG), Zu Nr. 1 (§ 5 IVa): Die „spürbare Senkung der Tarife bei der Einkommensbesteuerung von natürlichen Personen und Körperschaften“ rechtfertige es, „bei den steuerrechtlichen Gewinnermittlungsvorschriften die Möglichkeit der Rückstellungsbildung stärker als bisher einzuschränken“. Das „steuerrechtliche Verbot, Rückstellungen wegen drohender Verluste aus schwierigen Geschäften auszuweisen, trage „dem Rechnung“.

456 Vgl. die Vorschläge der Steuerreform-Kommission unter Leitung des damaligen Bundesministers der Finanzen Dr. Theo Waigel v. 22.1.1997 („Petersberger Steuervorschläge“), Abschn. III.2.a.cc. („Drohverlustrückstellungen“), <http://www.cducsu.bundestag.de/steupet.htm>, Abruf v. 14.7.2000: Die „nach geltendem Recht vorgeschriebene Einzelbewertung für jedes einzelne Geschäft“ eröffne „Gestaltungsmöglichkeiten, die zu einer unzutreffenden Wiedergabe der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Unternehmens führen“ könnten.

457 Hierzu bereits oben 5. Kapitel, C.II.2.b., S. 293, bei Fn. 215. Dazu, dass die „Steuerverkürzung auf Zeit“ ebenfalls unter § 370 AO fällt, siehe z.B. BGH 26.9.1978 - 1 StR 293/78, HFR 1979, Nr. 133; BFH 15.4.1997 - VII R 74/96, BStBl II 1997, 600, unter I.2.a.

458 S.o. 5. Kapitel, C.II.2.b., S. 292, bei Fn 210, dazu, dass die Bildung von Bewertungseinheiten (beim Hedging und Financial Engineering mit Derivaten) eine Rechtspflicht und nicht ein bloßes Bilanzwahlrecht ist.

459 Zum Beweisproblem in Zusammenhang mit der Pflicht zur Bildung von Bewertungseinheiten s.o.

Mit dem Verbot von Drohverlustrückstellungen ist die steuerbilanzielle Abbildung von negativen Marktwerten bei laufenden Festgeschäften sowie von Steigerungen des negativen Wertes der Stillhalterverpflichtung bei Optionen entsprechend der *herrschenden Konzeption*<sup>460</sup> nunmehr generell unmöglich geworden. Dem Fehlgebrauch der Drohverlustrückstellungen ist damit zwar ein Riegel vorgeschoben. Dieser Vorteil hat aber einen hohen Preis, weil er zu Inkonsistenzen bei der steuerbilanziellen Abbildung des Bausteineffekts führen kann. Sie ergeben sich aus dem Umstand, dass sich zu jedem laufenden Derivat eine finanzwirtschaftlich gleichwertige Kassaanlage finden lässt, bei der sich Verluste in Wertveränderungen von Wirtschaftsgütern oder Verbindlichkeiten manifestieren. Der Steuerreformgesetzgeber 1999 hat die steuerrechtliche Reichweite des handelsrechtlichen Niederst- bzw. Höchstbewertungsprinzip durch die Neuregelung der Teilwertabschreibung zwar ebenfalls eingeschränkt, aber keineswegs vollständig beseitigt.<sup>461</sup> Insbesondere im Bereich des Umlaufvermögens (§ 5 I 1 EStG, § 253 III HGB) sind Abschreibungen auf Wertpapiere, Devisen, Rohstoffe oder sonstige Basiswerte nach wie vor vorstellbar, sofern deren Marktwert im Zeitraum zwischen Abschlussstichtag und Bilanzerstellung keine gegenläufige Entwicklung erfährt, welche die Dauerhaftigkeit der Wertminderung in Frage stellt.

Die Bildung von Bewertungseinheiten mit Positionen in laufenden Derivaten, für die bei Einzelbetrachtung nach herrschendem Ansatz eine Drohverlustrückstellung angesetzt werden müsste, ist auch auf der Grundlage dieser Auffassung trotz § 5 IVa EStG weiterhin möglich.<sup>462</sup> Denn eine steuerlich nunmehr unerwünschte Antizipation *unsicherer* Verluste kann durch die Bildung von Bewertungseinheiten gerade nicht eintreten. Das gilt unabhängig von der gewählten Bewertungsmethode. Die Marktwertbilanzierung innerhalb der Bewertungseinheit dürfte zulässig bleiben, obwohl sie in Bezug auf verlustträchtige Derivate im Ergebnis zur gleichen Bilanzierung kommt wie bei der Bildung einer Drohverlustrückstellung. Mit dem Verbot steuerbilanzieller Drohverlustrückstellungen ist zwar einer der Eckpfeiler des Imparitätsprinzips beseitigt worden. Da die bilanzrechtliche Ungleichbehandlung von unrealisierten Gewinnen und Verlusten im Übrigen aber steuerrechtlich fortgilt, ist der Bedarf nach Bewertungseinheiten mit verlustträchtigen Derivaten nur bei ganz bestimmten Fallkonstellationen verschwunden,<sup>463</sup>

5. Kapitel, C.II.2.b., S. 293.

460 S.o. 5. Kapitel, B.I.1., B.I.2., S. 258 ff.

461 S.o. unter I., S. 397 ff.

462 Nichts mit einer Bewertungseinheit zu tun hat der in Gesetzentwürfen der damaligen Regierungsfraktionen sowie der Bundesregierung (Fn. 455) gleichlautend enthaltene, im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens aber gestrichene Satz 2 des § 5 IVa EStG. Danach sollte „für einen drohenden Gesamtverlust aus allen schwebenden Geschäften, die nicht Dauerschuldverhältnisse sind“, ein „gesonderter Passivposten“ gebildet werden, „soweit die Summe der drohenden Verluste die Summe der nicht realisierten Gewinne aus diesen Geschäften“ überstieg. Das Bestehen von Korrelationseffekten war keine Voraussetzung der Saldierung. Daher ist es unpassend, in diesem Zusammenhang von einem bilanzrechtlichen „Giga-Hedge“ [Anführungszeichen im Original] zu sprechen (W.-D. Hoffmann, BB 1997, 1195, 1197).

463 S.o. 5. Kapitel, C.II.1., S. 286 ff., zur Rolle des Imparitätsprinzips als eine der Ursachen von Fehlbewertungen bei Korrelationseffekten.

nämlich dort, wo die Festbewertung auf Seiten der „gehedgten“ Bilanzposition ohnehin zur Veranschlagung der Anschaffungskosten geführt hätte. Schließt ein Unternehmen beispielsweise gleichzeitig mit Erwerb einer Fremdwährungsforderung über den gleichen Betrag ein Devisenterminverkauf ab, dessen Terminkurs gleich ist wie der Devisenkassakurs bei Vertragsschluss, friert es damit wirtschaftlich den zukünftigen Umtauschkurs bei Einzug der Forderung auf das gegenwärtig Niveau ein. Steigt nun der Wert der Fremdwährung, führt die Einzelbewertung der Devisenforderung zu Anschaffungskosten verbunden mit der Bilanzunwirksamkeit der Verluste aus dem Termingeschäft zu demselben Bilanzergebnis wie das Bilden einer Bewertungseinheit nach der Methode der Festbewertung.

Bei Portfolio-Bewertungseinheiten mit Derivaten und (auch nach herrschender Auffassung) bilanzwirksamen Positionen stellt sich für passivische Korrekturposten, die zum Ausgleich unvollkommener Korrelationen notwendig werden können,<sup>464</sup> die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Aufwandsüberschüsse den Derivaten im Portfolio zuzurechnen sind und daher durch das Verbot von Drohverlustrückstellungen erfasst werden.<sup>465</sup> Nach sachlichen Kriterien sind diese Zuordnungsprobleme nicht lösbar. Sie spiegeln die gesetzgeberische Inkonsistenz wider, die darin begründet liegt, dass die steuerbilanzielle Verlustantizipation trotz potentiell identischer Verlustursachen, nämlich Marktschwankungen, zwar für schwabende Verträge, nicht aber für Wirtschaftsgüter und Verbindlichkeiten verboten wurde.

Ein weiteres Eingehen auf die Inkonsistenzen, die § 5 IVa EStG auf der Grundlage der herrschenden Ansicht zur Bilanzierung von Derivaten verursacht, ist entbehrlich. Gemäß der *hier vertretenen* Ansicht spielen nämlich Drohverlustrückstellungen bzw. ihr Verbot für die Bilanzierung negativer Kursentwicklungen laufender Derivate keine Rolle. Da stochastisch bedingte Ansprüche aus Derivaten als „Wirtschaftsgüter“ und Leistungspflichten als „Verbindlichkeiten“ angesetzt werden, sind allein Teilwertab- bzw. -zuschreibungen maßgebliche steuerbilanztechnische Mittel für die Antizipation von Verlusten.

### **III. Verlustausgleichsverbot**

Speziell für betrieblich veranlasste Termingeschäfte brachte das „Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002“ ein Verlustausgleichsverbot (§ 15 IV 3-6 i.V.m. IV 1, 2 EStG). „Verluste aus Termingeschäften“ dürfen danach weder mit „anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten“ ausgeglichen werden, soweit die Geschäfte nicht „zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb“ bei Finanzinstituten

464 S.o. 5. Kapitel, B.II.2., C.II.4., vor a. (S. 268 ff., 297).

465 Vgl. den Lösungsversuch bei Naumann, BB 1998, 527, 530 f.: Er schlägt vor zu „fingieren“, dass die Aufwandsüberschüsse „zunächst aus bilanzierten Vermögensgegenständen resultieren und nur nachrangig auf schwabende Geschäfte entfallen“.

und Finanzunternehmen i.S. des KWG gehören oder soweit sie nicht der „Absicherung“ von voll oder teilweise steuerpflichtigen (§§ 3 Nr. 40 S. 1 lit. a und b EStG, 8b II KStG) „Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs dienen“.

Der genaue Zweck dieser Beschränkung des objektiven Nettoprinzips bleibt im Unklaren. Der Bericht des Finanzausschlusses des Bundestags spricht von einer „Folgeänderung zur Besteuerung der Termingeschäfte als steuerpflichtige Tatbestände i.S. des § 23 EStG“.<sup>466</sup> Damit ist das Verlustausgleichsverbot nach § 23 III 8 EStG gemeint. Dieser Gesichtspunkt vermag allerdings kaum zu überzeugen,<sup>467</sup> denn ein wesentlicher Unterschied zwischen betrieblichen und privaten Einkünften besteht gerade darin, dass auf der einen Seite der realisierte Nettovermögenszugang, auf der anderen Seite aber nur Zahlungsströme aus ausgewählten Quellen besteuert werden. Falls die steuerliche Systematik tatsächlich einen Gleichlauf von privatem und betrieblichem Bereich in Bezug auf die Steuerunwirksamkeit von Verlusten verlangen sollte, müsste dies auch für Gewinne aus Termingeschäften gelten; Betriebsvermögensmehrungen aus Termingeschäften mit Laufzeit von länger als einem Jahr sind aber nach wie vor steuerpflichtig. Zudem dürften Absicherungsgeschäfte dann nicht privilegiert werden.

Denkbar erscheint es zunächst, § 15 IV 3 EStG als Vorschrift zur Bekämpfung der Steuerhinterziehung bzw. des Einsatzes von als „missbräuchlich“ gewerteten Gestaltungen<sup>468</sup> zu interpretieren. Immerhin sollten mit der Verlustausgleichsbegrenzung für die gewerbliche Tierzucht und -haltung (§ 15 IV 1, 2 EStG), auf welche die Regelung für Termingeschäfte verweist, „nur auf Verlusterzielung angelegte Abschreibungsgesellschaften“, nicht hingegen „normale gewerbliche“ Betriebe, „die mit Gewinn arbeiten wollen“, eingeschränkt werden.<sup>469</sup> Das BVerfG hat vor kurzem in Zusammenhang mit dem Verlustausgleichsverbot des § 23 Nr. 3 S. 3 EStG implizit anerkannt, dass die Beschränkung der Verlustverrechnung gerechtfertigt sein kann, wenn die betreffende Einkunftsart „typischerweise für unerwünschte Steuergestaltungen genutzt“ wird.<sup>470</sup> Zur Vereitelung von Steuerhinterziehungen durch die Deklarierung künstlicher Verluste mit Hilfe des Einsatzes von Derivaten kann § 15 IV 3 EStG indes deshalb nicht bestimmt sein, weil hierfür bereits § 5 IVa EStG zur Verfügung steht und vor allem weil die Verlustausgleichsbeschränkung nicht nur Buchverluste, sondern auch reale Verluste aus beendeten Derivaten erfasst. Eine andere, im Schrifttum angesprochene Möglichkeit wäre es, den Zweck der Vorschrift in der Bekämpfung der missbräuchlichen Verlagerung von Verlusten aus dem privaten in den betrieblichen Bereich zu sehen.<sup>471</sup> Dann

466 Dritter Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BT-Drucks. 14/443 v. 3.3.1999, S. 27, BT-Drucks. 14/443 v. 3.3.1999, S. 27.

467 Ebenso *Sorgenfrei*, DStR 1999, 1928, 1935: Das Argument der „Folgeänderung“ mute „merkwürdig“ an.

468 Zum „Steuermisbrauch“ s.o. B.IV.2., S. 325 ff.

469 BFH 5.2.1981 - IV R 163/77, BStBl II 1981, 359, unter 1.b., zur Vorgängerregelung nach § 2a EStG 1971.

470 BVerfG Beschl. 30.9.1998 - 2 BvR 1818/91, BVerfGE 99, 88, unter B.II.4.a., zum Verbot des Verlustvortrags und -rücktrags innerhalb derselben Einkunftsunterart nach altem Recht.

471 *Sorgenfrei*, DStR 1999, 1928, 1933 f.

aber ist nicht verständlich, warum das Verbot nicht nach der Art der Rechtsform des Unternehmens unterscheidet und somit auch Kapitalgesellschaften betrifft. Dort stellt sich das Abgrenzungsproblem nämlich gar nicht, weil nach der Rechtsprechung das gesamte Gesellschaftsvermögen dem betrieblichen Bereich zuzuordnen ist.<sup>472</sup> Bei den Einzelhandelsunternehmen und Personengesellschaften ist die Missbrauchsgefahr zudem gering,<sup>473</sup> weil die Rechtsprechung bei branchenuntypischen Termingeschäften dem Unternehmen die Beweislast dafür auferlegt, dass die (verlustreichen) Geschäfte betrieblich veranlasst waren.<sup>474</sup> Somit kann § 15 IV 3 EStG nur als rechtspolitische Lenkungsnorm verstanden werden, die außerhalb des Finanzgewerbes den Einsatz von Termingeschäften zu anderen Zwecken als zur „Absicherung“ bewusst diskriminiert, weil der Gesetzgeber dies (gesamt-)wirtschaftlich für schädlich erachtet.<sup>475</sup>

Der Begriff des *Termingeschäfts* ist nach dem Willen des historischen Gesetzgebers, der das Verlustausgleichsverbot als „Folgeänderung zur Besteuerung der Termingeschäfte als steuerpflichtige Tatbestände i.S. des § 23 EStG“ begreift,<sup>476</sup> mit demjenigen des § 23 I 1 Nr. 4 EStG identisch. Für eine von diesem Willen abweichende teleologische Auslegung bestehen keine Anhaltspunkte. Daraus folgt, dass § 15 IV 3-6 EStG nicht auf Geschäfte anwendbar ist, deren Laufzeit mehr als ein Jahr beträgt.

Mit „*Verlusten aus Termingeschäften*“ ist der Saldo der (untereinander nach wie vor ausgleichbaren) Einzelgewinne und -verluste aus sämtlichen tatbestandsmäßigen Termingeschäften zu verstehen.<sup>477</sup> Das betrifft nicht nur die Betriebseinnahmen und -ausgaben des Veranlagungszeitraums,<sup>478</sup> sondern auch die zulässigen Teilwertabschreibungen stochastisch bedingter Ansprüche bzw. die Zuschreibungen stochastisch bedingter Verbindlichkeiten aus laufenden Termingeschäften.<sup>479</sup> Drohverlustrückstellungen kommen nach § 5 IVa EStG als steuerrechtlich anerkannte Verlustquelle ohnehin nicht mehr in Betracht.<sup>480</sup>

Termingeschäfte im Rahmen des „gewöhnlichen Geschäftsbetriebs“, die bei Finanzinstituten und -unternehmen i.S. § 1 Ib, III KWG vom Verlustausgleichsverbot ausgenommen sind, sind nur solche, die regelmäßig vorkommen. Ob sie vom satzungsmäßigen Geschäftsgegenstand gedeckt sein müssen<sup>481</sup> oder nicht<sup>482</sup>, braucht hier nicht ent-

<sup>472</sup> S.o. vor I., S. 396, bei Fn. 421.

<sup>473</sup> So auch *Sorgenfrei*, DStR 1999, 1928, 1934.

<sup>474</sup> Hierzu oben vor I., S. 396, bei Fn. 418 f.

<sup>475</sup> Vgl. *Sorgenfrei*, DStR 1999, 1928, 1934 (kritisch): Man könne sich des Eindrucks nicht erwehren, die Regelung sei zur „Umsetzung einer lenkungspolitischen Idee“ eingesetzt worden, die sich „im Rahmen der aktuellen Diskussion zu eventuellen Reformen der »Finanzarchitektur« gegen »Finanzspekulation« im weitesten Sinne“ richte.

<sup>476</sup> S.o. C.I.a.bb., bei Fn. 197.

<sup>477</sup> Wendt, in: Herrmann/Heuer/Raupach, Steuerreform-Kommentierung, § 15, Anm. R 14 (Stand: Mai 1999).

<sup>478</sup> So aber Wendt (Fn. 477), § 15, Anm. R 14.

<sup>479</sup> Vgl. BFH 5.2.1981 (Fn. 469), unter 2.: Danach umfasst die Parallelnorm des § 15 IV 1 EStG u.a. auch „Abschreibungs- oder Buchverluste“.

<sup>480</sup> S.o. unter II., S. 401 ff.

<sup>481</sup> So der Begriff des „gewöhnlichen Betriebs des Handelsgewerbes“ nach § 116 I HGB (Hopt, § 116

schieden zu werden. Das bei Unternehmen außerhalb des Finanzgewerbes für die Tatbestandsmäßigkeit der Termingeschäfte entscheidende Kriterium, dass sie nicht *der Absicherung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs dienen* dürfen, wird im Bericht des Finanzausschusses i.S. des Bestehens einer „Spekulationsabsicht“ konkretisiert.<sup>483</sup> Der Absicherung dienen Termingeschäfte dann, wenn sie „Preis- bzw. Währungsrisiken“ aus gewöhnlichen Umsatzgeschäften ganz „ausschließen“ oder zumindest „minimieren“.<sup>484</sup> Dies dürfte ähnlich wie bei der Bildung von Bewertungseinheiten<sup>485</sup> neben dem objektiven Korrelationszusammenhang subjektiv einen entsprechenden, ex ante dokumentierten Willen des Steuerpflichtigen voraussetzen.<sup>486</sup> Ein Auslegungsproblem ergibt sich aus dem Umstand, dass derivative Termingeschäfte, wie der Gesetzgeber wohl übersehen hat, nicht nur zur Spekulation und zum Hedging, sondern im Rahmen des Financial Engineering noch zu weiteren Zwecken eingesetzt werden können, nämlich zur Finanzarbitrage, zur Finanzierung und zur Duplizierung herkömmlicher (risikofreier oder riskanter) Geldanlagen.<sup>487</sup> Die Umdeutung des Tatbestandsmerkmals der „Absicherung“ in „Nichtspekulation“ überschreitet die Grenzen des möglichen Wortsinns, ohne dass sich ein solches Gesetzesverständnis auf teleologische Erwägungen stützen ließe. Man kann die „Absicherung“ deshalb nur i.S. von bewusster *Risikoverminderung* unter Nutzbarmachung negativer Korrelationseffekte verstehen.

Das Merkmal des *Risikos* ist hierbei aber außerhalb des wohldefinierten Bereichs bilanzwirksamer Positionen mit großen Unsicherheiten behaftet, sofern man keine Anhaltspunkte für den maßgeblichen Betrachtungsbereich zur Hand hat. Während die Einbeziehung geplanter Geschäfte im Rahmen antizipativer Hedges noch vertretbar erscheint,<sup>488</sup> droht beim „strategischen“ oder „economic“ Hedging<sup>489</sup> angesichts der Komplexität der gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge und der Beliebigkeit der an-

HGB, Rz. 2).

- 482 So der Begriff der „gewöhnlichen Geschäftstätigkeit“ nach den §§ 275 II Nr. 14, III Nr. 13, 277 I HGB. Die Möglichkeit einer begrifflichen Anlehnung des § 15 IV 3 EStG an den genannten handelsrechtlichen Normen ansprechend Roser/Tesch, EStB 1999, 30, 32. Ebenso *Sorgenfrei*, DStR 1999, 1928, 1931.
- 483 Dritter Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 14/443, S. 28: Unter diese Ausnahme fielen „insbesondere Warentermingeschäfte, die zur Absicherung von Geschäften des physischen Warenaufkufs oder Warenverkaufs getätig“ würden. Diese Geschäfte würden „nicht in Spekulationsabsicht abgeschlossen, sondern deshalb, weil Preis- bzw. Währungsrisiken minimiert bzw. ausgeschlossen werden“ sollten [Hervorhebung durch den Verf.].
- 484 Bericht des Finanzausschusses (Fn. 483); ebenso Wendt (Fn. 477), § 15, Anm. R 16: Zur Absicherung dienten die Geschäfte dann, wenn „die mit dem Geschäft des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs verbundenen Preis-, Kurs- oder Zinsrisiken ausgeschaltet oder vermindert werden“ sollten.
- 485 S.o. 5. Kapitel, B.II.1., S. 263 ff.
- 486 Vgl. Wendt (Fn. 477), § 15, Anm. R 16: Die Absicherung setze eine „subjektive Absicht“ und einen „objektiven Zusammenhang zwischen beiden Geschäften“ voraus. Wie hier einen Zusammenhang mit der Bildung von Bewertungseinheiten herstellend *Sorgenfrei*, DStR 1999, 1928, 1931.
- 487 S.o. Einleitung, S. 4 f.
- 488 Zweifelnd Roser/Tesch, EStB 30, 31 f.: Die Verlustberücksichtigung könnte in Frage stehen, wenn ein Sicherungsgeschäft bei antizipativem Hedge über den budgetierten Wareneinsatz hinausgehe.
- 489 Hierzu oben 1. Kapitel, C.III., S. 61, bei Fn. 243.

zunehmenden Kausalitätszusammenhänge die Auflösung der Konturen des Risikokriteriums. Der Gesichtspunkt der *Verminderung* (des Risikos) stößt an seine Grenzen, wenn das Termingeschäft nicht nur Risiken aus dem operativen Geschäften verringert oder ausschließt, sondern gleichzeitig neue Risiken der gleichen oder einer anderen Art bewusst *begründet*, um die Kosten der Risikodeckung gering zu halten. So kann sich eine Fluggesellschaft mittels eines Warentermingeschäfts z.B gegen steigende Treibstoffpreise absichern, gleichzeitig aber für den Fall zurückgehender Preise ein exponentiell gehobeltes Risiko übernehmen, das durch die dann erzielten eigenen Kostenersparnisse nicht mehr ausgeglichen wird. Oder ein Unternehmen, das sich zu variablem Zinssatz in EUR verschuldet hat, vereinbart mit einem amerikanischen Geschäftspartner einen Zinsswap in USD. Auf diese Weise tauscht es das Zins- gegen das Währungsrisiko. Termingeschäfte zur Absicherung offener Positionen aus Termingeschäften oder herkömmlichen Kapitalanlagen fallen *außerhalb* des Finanzgewerbes ohne weiteres unter das Verlustausgleichsverbot, weil sie sich nicht auf „*Geschäfte des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs*“ beziehen.

Die Regelung des § 15 IV 3-6 EStG führt grundsätzlich zu einer Schlechterstellung der nicht dem operativen Geschäft (Finanzinstitute) bzw. seiner Absicherung (Nichtfinanzinstitute) dienenden Termingeschäfte gegenüber sonstigen Transaktionen. Damit ignoriert sie die Reproduzierbarkeit der Zahlungsströme und Risiken aus Derivaten und derivateähnlichen Geschäften am Kassamarkt. Lediglich für aktienbezogene Geschäfte vermeidet der nachträglich eingefügte Satz 7 des § 15 IV EStG<sup>490</sup> zumindest partiell die steuerliche Ungleichbehandlung wirtschaftlich gleichwertiger Strategien dadurch, dass er die Veräußerung von Anteilen an Kapitalgesellschaften, die im Zeitpunkt der Veräußerung „nicht mindestens ein Jahr ununterbrochen zum Betriebsvermögen des Steuerpflichtigen gehört haben“, in das Verlustausgleichsverbot einbezieht. Im Übrigen entstehen unüberbrückbare Wertungswidersprüche in Bezug auf die Steuerwirksamkeit von Verlusten aus natürlichen und synthetischen, am Kassamarkt reproduzierten Derivaten, aber auch aus natürlichen und synthetischen Anlagen in herkömmlichen Instrumenten. Ob sich diese Inkonsistenzen auf die Steuerlast auswirken, hängt im Einzelfall davon ab, ob den Verlusten im Vermögen des Steuerpflichtigen genügend Gewinne aus anderweitigen Termingeschäften gegenüberstehen, mit denen sie ergebniswirksam verrechnet werden können. Garantiert ist eine Gleichbehandlung nur bei teilsynthetischen Kassaanlagen, wenn ein Termingeschäft mit einem Kassageschäft kombiniert wird, mit dem es in Bezug auf einen oder mehreren Risikofaktoren negativ korreliert (Hedging).

Insgesamt betrachtet hat der Gesetzgeber mit § 15 IV 3 EStG den verfassungsrechtlichen Rahmen seiner Gestaltungsfreiheit vor dem Hintergrund der Art. 12 I, 2 I, 3 I GG überschritten.<sup>491</sup> Die genannten Inkonsistenzen lassen sich unter keinem erdenkli-

490 Art. 3 Nr. 4 des Gesetzes zur Änderung des InvZulG 1999 v. 20.12.2000, BGBl I 1850.

491 Ähnlich, etwas vorsichtiger formuliert *Sorgenfrei*, DStR 1999, 1928, 1936: „Erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken“; *Roser/Tesch*, EStB 1999, 30, 31, bezogen auf Kapitalgesellschaften:

chen Gesichtspunkt als sachlich gerechtfertigt betrachten.<sup>492</sup> Ferner sind sie nicht etwa zwangsläufige Folge einer sachlich gerechtfertigten Typisierung. Das rechtspolitische Lenkungsziel des Schutzes der Stabilität der internationalen Kapitalmärkte vor „Spekulanten“, das allein, wenn überhaupt, als Gesetzeszweck in Betracht kommt, trägt die tatbestandlichen Differenzierungen bei Unternehmen außerhalb des Finanzbereichs nicht. Das gilt für das Merkmal der „Absicherung“ ebenso wie für das Erfordernis, dass die abgesicherten Geschäfte ihrerseits dem gewöhnlichen Geschäftsbetrieb zuzurechnen sein müssen. Ausnahmsweise vermag der Gesichtspunkt, dass die steuerpflichtigen Unternehmen durch Maßnahmen der Finanzarbitrage in der Lage sind, die steuerliche Schlechterstellung von Termingeschäften zu vermeiden,<sup>493</sup> die Regelung nicht vor Art. 3 I GG zu rechtfertigen. Denn weil das Verlustausgleichsverbot bereits per se nicht sachlich gerechtfertigt ist, verletzt der von ihm ausgehende faktische Zwang, Termingeschäfte nur zum Hedging abzuschließen, die betroffenen Unternehmen in ihren Freiheitsrechten aus Art. 12 I GG (Berufsfreiheit) und 2 I GG (allgemeine Handlungsfreiheit).

## Ergebnis zu 6.

Das Einkommensteuerrecht orientiert sich am Grundsatz der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen im Veranlagungszeitraum. Damit ist es für die Berücksichtigung der finanzwirtschaftlichen Eigenschaften von Derivaten grundsätzlich prädestiniert. In seiner konkreten Ausgestaltung enthält es jedoch im privaten, aber auch im gewerblichen Bereich eine Reihe von Differenzierungen, die bewirken, dass die rechtliche Anerkennung der Werthaltigkeit sowie des Bausteineffekts dieser Instrumente nur lückenhaft verwirklicht wird. Verstöße gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz lassen sich hieraus in aller Regel nicht ableiten.

Im Bereich der *privaten Überschusseinkünfte* (§ 2 I 1 Nr. 4-7- EStG) kommt eine Besteuerung von Derivaten mit positivem Marktwert bei ihrem Eintritt in das Vermögen des Steuerpflichtigen als Einkünfte aus nichtselbständiger Arbeit (Arbeitslohn, § 19 I 1 Nr. 1 EStG) in Betracht. Grundsätzlich ebenfalls denkbar, wenn auch bisher praktisch nicht relevant, ist die Besteuerung von Derivaten, die als „Entgelt“ für eine zeitlich vorausgegangene Kapitalüberlassung gewährt werden (§ 20 I Nr. 7, II 1 Nr. 1 EStG). Das ist eine steuerrechtliche Konsequenz aus der Werthaltigkeit derivativer Finanzinstru-

---

Die Vereinbarkeit der gesonderten Behandlung von Termingeschäften innerhalb der einheitlichen Einkunftsart (Gewerbebetrieb) mit den Grundsätzen des BVerfG zur Gleichbelastung der Einkunftsarten sei „zu bezweifeln“; vgl. auch J. Lang, in: Tipke/Lang, § 9, Rz. 67, noch zu § 15 IV (Satz 1) EStG a.F. (gewerbliche Tierzucht und -haltung): „Zweifelhaft“ sei die Rechtfertigung des § 15 IV EStG a.F., der Sozialzweck reiche nicht aus.

<sup>492</sup> Vgl. *Sorgenfrei*, DStR 1999, 1928, 1935: Bereits der „geringe Gehalt an gesetzlichem Rechtfertigungssubstrat“ falle angesichts der „geradezu kargen Begründung“ ins Auge. In der Gesetzesvorlage fänden sich „weder gesellschafts- oder wirtschaftspolitische noch spezifisch steuerrechtliche Gründe für eine derartige Restriktion.“

mente. Marktwertgewinne und -verluste aus Derivaten und derivateähnlichen Geschäften, die sich bereits im Privatvermögen befinden, sind nur steuerwirksam, wenn sie innerhalb eines Jahres nach Erwerb des Leistungsanspruchs realisiert werden (§ 23 I 1 Nr. 4 bzw. Nr. 2 EStG).

Bestehende Möglichkeiten der Finanzarbitrage zwischen den einzelnen Einkunftsarten bzw. -unterarten eröffnen in dem Maße zugleich Wege der Steuerarbitrage, wie diese Einkünfte unterschiedliche Steuerrechtsfolgen nach sich ziehen. Das betrifft das Verhältnis zwischen § 20 I Nr. 7, II 1 Nr. 4 lit. c EStG und § 23 I EStG. Die *automatische* Gleichbehandlung natürlicher und synthetischer Kapitalüberlassungen sowie, außerhalb des eigentlichen Bausteineffekts, zwischen strukturierten Anleihen und gleichwertigen Kombinationen aus herkömmlichen Anleihen und Derivaten wird mindestens immer dort verfehlt, wo sich die Jahresfrist des § 23 I 1 Nr. 2, 3 und 4 EStG sowie die Verlustausgleichsverbote des § 23 III 8 EStG und des § 2 III 3 EStG auswirken.

Für eine *bewusste* Gleichbehandlung stehen methodologisch die Analogie und die teleologische Reduktion zur Verfügung. Beide Rechtsanwendungstechniken sind im Steuerrecht genauso uneingeschränkt zulässig wie, mit Ausnahme des Strafrechts, sonst auch. Die Steuerumgehung ist ein Unterfall der (steuerverschärfenden) teleologischen Auslegung, Analogie oder Reduktion. Die rechtsfortbildende Integration von Zahlungsströmen der steuerlich unbeachtlichen Vermögensphäre (steuerunwirksame Termingeschäfte bzw. private Vermögensumschichtungen) in Verbindung mit steuerwirksamen Zahlungsströmen (Einkünfte nach §§ 19-22 EStG bzw. steuerpflichtige Termingeschäfte) zu Einkünften aus synthetischen (tatbestandsmäßigen bzw. steuerunwirksamen) Geschäften oder auch die steuerrechtliche Zerlegung von Finanzinstrumenten in ihre Bausteine scheitern daran, dass sie neue Ungleichbehandlungen und Widersprüche verursachen.

Das steuerpolitisch wünschenswerte Ziel der Steuerneutralität des Ertragsteuersystems wird somit im Bereich der Finanzinstrumente nicht erreicht. Der eingebaute Wertungswiderspruch zwischen §§ 20 und 23 EStG lässt sich nur durch Korrekturen des Gesetzgebers lösen. Die Besteuerung von Termingeschäften und - zumindest bei liquiden Basiswerten - von Veräußerungsgeschäften ist über die Jahresfrist hinaus zeitlich auszudehnen. Gleichzeitig sind die Verlustausgleichsverbote aufzuheben.

Im Bereich der gewerblichen *Gewinneinkünfte* verhindert das 1999 eingeführte Verlustausgleichsverbot für Termingeschäfte (§ 15 IV 3 EStG), dass sich finanzwirtschaftlich gleichwertige Zahlungsströme aus realisierten Positionen bzw. Wertschwankungen aus noch nicht realisierten Positionen in natürlichen und synthetischen Finanzinstrumenten entsprechend dem Grundsatz der Maßgeblichkeit in gleicher Weise auf das Bilanzergebnis und damit auf die einkommen- bzw. körperschaftsteuerliche Bemessungsgrundlage auswirken. Dieses Verbot verursacht Verzerrungen, da es den Einsatz von Derivaten zu anderen Zwecken als zur Risikoreduktion diskriminiert, und ist man-

gels sachlicher Rechtfertigung verfassungswidrig.

Speziell bei den laufenden Derivatepositionen bilanzierender Steuerpflichtiger zwingt zudem das seit 1998 geltende Verbot von Drohverlustrückstellungen (§ 5 IVa EStG) zu Abweichungen der Steuer- von der Handelsbilanz, sofern man sich der herrschenden Ansicht von der bilanziellen Behandlung dieser Instrumente als schwebende Verträge anschließt. Daraus entstehen im Verhältnis zwischen natürlichen und synthetischen Derivaten Ungleichbehandlungen, weil das Imparitätsprinzip in Gestalt des Gebots der Niederst- bzw. Höchstbewertung immerhin bei „voraussichtlich dauernden“ Wertminderungen bzw. -steigerungen (§ 6 I Nr. 1 S. 2, Nr. 2 S. 2, Nr. 3 EStG) nach wie vor anwendbar bleibt. Die Bildung von Bewertungseinheiten ist weiterhin möglich; Konflikte treten aber beim Portfolio-Hedging im Hinblick auf die nun notwendige Zuordnung pauschaler Korrekturposten zu einzelnen Portfolio-Bausteinen auf.