Urteil vom 11. Februar 2014, IX R 10/12

Teilweise inhaltsgleich mit BFH-Urteil vom 11.02.2014 IX R 46/12 - Optionseinräumung auch bei wirtschaftlichem Zusammenhang mit Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften (Optionshandel) kein Termingeschäft - Verfassungsmäßigkeit der Verlustausgleichsbeschränkung bei privaten Veräußerungsgeschäften - Sachliche Unbilligkeit der Erhebung eines Einkommensteueranspruchs

BFH IX. Senat

EStG § 22 Nr 2, EStG § 22 Nr 3, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 1 Buchst b, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 2, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 4, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 2, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 4, EStG § 23 Abs 3 S 8, EStG § 23 Abs 3 S 9, AO § 169 Abs 2 S 1 Nr 2, AO § 170 Abs 2 S 1 Nr 1, EStG § 22 Nr 2, AO § 171 Abs 5, EStG § 22 Nr 3, GG Art 3 Abs 1, GG Art 20 Abs 3, EStG § 23 Abs 3 S 6, EStG § 23 Abs 3 S 7, AO § 227, EStG § 22 Nr 2, WpHG § 2, KredWG § 1, EStG § 22 Nr 3

vorgehend FG Köln, 14. Dezember 2011, Az: 10 K 493/09

Leitsätze

1. NV: Wer einem Anderen eine Option einräumt und dafür eine Prämie zur Entschädigung für die Bindung und die Risiken erhält, die er durch das Begeben des Optionsrechts eingeht, muss dieses Entgelt - auch bei einem wirtschaftlichem Zusammenhang (Begrenzung des Verlustrisikos) mit Einkünften aus privaten Veräußerungsgeschäften (Optionshandel) - nach § 22 Nr. 3 EStG versteuern .

2. NV: Die Beschränkung des Verlustausgleichs bei privaten Veräußerungsgeschäften durch § 23 Abs. 3 Sätze 6 und 7 (1999) bzw. Sätze 8 und 9 (2000) EStG ist verfassungsgemäß (Bestätigung des BFH-Urteils vom 18. Oktober 2006 IX R 28/05, BFHE 215, 202, BStBl II 2007, 259) .

3. NV: Die Erhebung eines Einkommensteueranspruchs kann sachlich unbillig sein, wenn das Zusammenwirken verschiedener Regelungen zu einer hohen Steuerschuld führt, obgleich dem kein Zuwachs an Leistungsfähigkeit zugrunde liegt .

Tatbestand

1 I. Die Kläger, Revisionsbeklagten und Revisionskläger (Kläger) wurden in den Streitjahren 1996, 1998 bis 2000 als Ehegatten zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Der Kläger tätigte Börsentermingeschäfte an der Deutschen Terminbörse (DTB; jetzt: EUREX). Er bezog Entgelte für sonstige Leistungen in Form von Stillhalterprämien und beabsichtigte, mit den durchgeführten Verkäufen von Optionen einen Überschuss der Einnahmen über die Aufwendungen aus den zur Absicherung der Geschäfte getätigten Optionskäufen zu erzielen.

2 Die Kläger erklärten in den am 9. März 1998, am 10. Juni 1999, am 3. November 2000 und am 20. Februar 2002 für die Streitjahre 1996, 1998 bis 2000 beim Beklagten, Revisionskläger und Revisionsbeklagten (Finanzamt --FA--) eingegangenen Einkommensteuererklärungen keine Einkünfte aus diesen Geschäften. Im Anschluss an eine am 3. September 2002 begonnene Fahndungsprüfung ging das FA davon aus, dass die Einkünfte aus den Optionsgeschäften gemäß § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 des Einkommensteuergesetzes (EStG) der Besteuerung zu unterwerfen seien. Aufgrund des Urteils des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 9. März 2004 2 BvL 17/02 (BVerfGE 110, 94, BStBl II 2005, 56) zur Verfassungswidrigkeit der Besteuerung von Spekulationsgewinnen in den Veranlagungszeiträumen 1997 und 1998 seien die Einkünfte für das Streitjahr 1998 außer Ansatz zu lassen. Darüber hinaus seien die vom Kläger vereinnahmten Stillhalterprämien gemäß § 22 Nr. 3 EStG der Besteuerung zu unterwerfen. Die Optionsgeschäfte und die Stillhaltergeschäfte seien steuerlich getrennt zu beurteilen, so dass keine Möglichkeit bestehe, Verluste aus den Optionsgeschäften mit Gewinnen aus den Stillhaltergeschäften und umgekehrt zu saldieren. In den geänderten Einkommensteuerbescheiden für 1996, 1998 und 1999 vom 4. Januar 2005 sowie für 2000 vom 5. Januar 2005 setzte das FA die Einkünfte des Klägers aus den Stillhalter- und Optionsgeschäften wie folgt an:

3	Jahr	1996	1998	1999	2000
		in DM	in DM	in DM	in DM
	Einkünfte aus Leistungen	18.850	509.897	95.557	411.660
	Einkünfte aus Spekulationsgeschäften (bis 1998) bzw. aus privaten Veräußerungsgeschäften (1999 und 2000)	78.196	0	./. 352.887	./. 362.570

4 Mit Bescheiden vom 5. Januar 2005 stellte das FA den verbleibenden Verlustvortrag zum 31. Dezember 1999 in Höhe von 352.887 DM und zum 31. Dezember 2000 in Höhe von 715.457 DM für die Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften fest.

5 Mit ihren Einsprüchen wandten sich die Kläger gegen die Besteuerung der Einkünfte aus Stillhaltergeschäften und aus den Spekulations- bzw. den privaten Veräußerungsgeschäften, weil bei Stillhalter- und Optionsgeschäften ein mit dem Gleichheitssatz unvereinbares, strukturelles Vollzugsdefizit bestehe. Die Einsprüche blieben erfolglos.

6 Das Finanzgericht (FG) gab der Klage hinsichtlich des geänderten Einkommensteuerbescheids für 1996 vom 4. Januar 2005 statt und wies die Klage im Übrigen ab. Es beurteilte in seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2012, 1065 veröffentlichten Urteil den geänderten Einkommensteuerbescheid für 1996 als rechtswidrig, da Festsetzungsverjährung eingetreten sei. Eine leichtfertige Steuerverkürzung gemäß § 378 Abs. 1 Satz 1 der Abgabenordnung (AO), die zu einer Verlängerung der Festsetzungsfrist auf fünf Jahre geführt hätte, sei nicht erkennbar. Im Übrigen habe das FA zu Recht die Einkünfte des Klägers aus dem Optionshandel als Spekulationsgeschäfte gemäß § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b EStG (1998) bzw. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG (1999 und 2000) erfasst. Die Prämien, die er aus der Einräumung von Optionen als Stillhalter vereinnahmt habe, seien als Einkünfte aus Leistungen gemäß § 22 Nr. 3 EStG zu erfassen. Die Ergebnisse aus den Optionskäufen könnten nicht als Werbungskosten bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 EStG berücksichtigt werden. Eine Verrechnung von Gewinnen/Verlusten aus dem Optionshandel an der DTB mit Gewinnen/Verlusten aus den Stillhaltergeschäften sei nicht möglich.

7 Das FA und die Kläger haben Revision eingelegt.

8 Das FA wendet sich mit seiner Revision gegen die angefochtene Entscheidung, soweit sie das Streitjahr 1996 betrifft und rügt, die Festsetzungsfrist für den geänderten Einkommensteuerbescheid für 1996 sei fehlerhaft berechnet worden. Der Kläger habe am 9. März 1998 die Einkommensteuererklärung für 1996 beim FA eingereicht. Vor dem Ende (Ablauf am 31. Dezember 2002) der normalen Festsetzungsfrist von vier Jahren habe das Finanzamt für Steuerstrafsachen und Steuerfahndung am 3. September 2002 mit der Prüfung der Kläger begonnen. Die Festsetzungsfrist laufe daher gemäß § 171 Abs. 5 AO nicht ab, bevor der aufgrund der Ermittlungen erlassene Einkommensteuerbescheid für 1996 vom 4. Januar 2005 unanfechtbar geworden sei.

9 Das FA beantragt,
das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben und die Klage abzuweisen, als das Urteil das Streitjahr 1996 betrifft.

10 Die Kläger beantragen,
die Revision des FA zurückzuweisen sowie mit ihrer eigenen Revision, das angefochtene Urteil, soweit es die Streitjahre 1998 bis 2000 betrifft, und die geänderten Einkommensteuerbescheide für 1998 und 1999 vom 4. Januar 2005 und für 2000 vom 5. Januar 2005 sowie die Einspruchsentscheidung vom 15. Januar 2009 aufzuheben,
hilfsweise, das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es die Streitjahre 1998 bis 2000 betrifft, und die geänderten Einkommensteuerbescheide für 1998 und 1999 vom 4. Januar 2005 und für 2000 vom 5. Januar 2005 sowie die Einspruchsentscheidung vom 15. Januar 2009 dahingehend zu ändern, dass die Verrechnung der (negativen) Einkünfte des Klägers aus §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG mit den (positiven) Einkünften des Klägers aus § 22 Nr. 3 EStG zugelassen wird,
hilfsweise, das angefochtene Urteil aufzuheben, soweit es die Streitjahre 1998 bis 2000 betrifft, und die geänderten Einkommensteuerbescheide für 1998 und 1999 vom 4. Januar 2005 und für 2000 vom 5. Januar 2005 sowie die Einspruchsentscheidung vom 15. Januar 2009 dahingehend zu ändern, dass die bislang den Einkünften aus Leistungen i.S. des § 22 Nr. 3 EStG zugeordneten Ergebnisse den Einkünften aus §§ 22 Nr. 2, 23 EStG zugewiesen werden,

hilfsweise, das Verfahren auszusetzen und eine Entscheidung des BVerfG über die Frage einzuholen, ob die Besteuerung der Stillhalterprämien gemäß § 22 Nr. 3 EStG in den Jahren 1996 und 1998 bis 2000 verfassungsgemäß war.

11 Die Kläger wenden sich mit ihrer Revision gegen die Besteuerung der Einkünfte aus den Stillhaltergeschäften in den Streitjahren 1998 bis 2000. Das BVerfG (in BVerfGE 110, 94, BStBl II 2005, 56) habe die Besteuerung von Spekulationsgewinnen aus Wertpapiergeschäften in den Jahren 1997 und 1998 für verfassungswidrig erklärt, weil die Durchsetzung des Steueranspruchs aufgrund struktureller Vollzugshindernisse in einer den Gleichheitssatz aus Art. 3 des Grundgesetzes (GG) verletzenden Weise vereitelt werde. Dieses Vollzugsdefizit bestehe auch bei Stillhaltergeschäften. Ein weiterer Verstoß gegen den Gleichheitssatz sei in der unterschiedlichen steuerlichen Behandlung von Options- und Stillhaltergeschäften zu sehen. Die Nichtverrechenbarkeit der Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften und aus Leistungen verstoße zudem gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit. Die vom Kläger getätigten Optionsgeschäfte könnten steuerlich infolge des unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhangs nur als einheitliches Optionsgeschäft, d.h. als Termingeschäft i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG behandelt werden.

12 Dem FA sei zwar für den geänderten Einkommensteuerbescheid für 1996 vom 4. Januar 2005 insoweit zu folgen, als eine Festsetzungsverjährung nicht eingetreten sei, da die Steuerfahndungsstelle tatsächlich am 3. September 2002 mit den steuerlichen Ermittlungen begonnen habe. Jedoch bestehe auch im Streitjahr 1996 ein mit dem Gleichheitssatz unvereinbares, die Besteuerung der Einkünfte hinderndes Vollzugsdefizit.

13 Das FA beantragt,
die Revision der Kläger zurückzuweisen.

14 Während des Revisionsverfahrens hat das FA am 17. Juli 2012 den Einkommensteuerbescheid für 2000 aus nicht streitgegenständlichen Gründen geändert.

Entscheidungsgründe

15 II. Das angefochtene Urteil ist bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben, soweit es den Einkommensteuerbescheid für 2000 betrifft. Es kann insoweit keinen Bestand haben; denn das FG hat über den Einkommensteuerbescheid für 2000 vom 5. Januar 2005 und damit über einen nicht mehr wirksamen Bescheid entschieden (vgl. dazu Urteile des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 27. Juli 2004 IX R 44/01, BFH/NV 2005, 188, und vom 20. August 2013 IX R 38/11, BFHE 242, 386, BStBl II 2013, 1021).

16 Der Senat entscheidet nach §§ 100, 121 der Finanzgerichtsordnung (FGO) über den Einkommensteuerbescheid für 2000 vom 17. Juli 2012 auf der Grundlage der bestehen bleibenden Feststellungen in der Sache. Die vorliegend streitigen Punkte sind unverändert geblieben; der Senat sieht daher wegen Spruchreife der Sache von einer Zurückverweisung nach § 127 FGO ab (vgl. BFH-Urteile vom 26. Januar 2011 IX R 7/09, BFHE 232, 463, BStBl II 2011, 540, unter II.1., und in BFHE 242, 386, BStBl II 2013, 1021, unter II.1.) und weist die Klage insoweit ab.

17 Die Revision des FA ist begründet und führt nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO insoweit zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Abweisung der Klage, als es das Streitjahr 1996 betrifft.

18 Die Revision der Kläger ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO).

19 1. Revision des FA

20 Die Vorentscheidung hat die Vorschriften der Festsetzungsverjährung (§§ 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 171 Abs. 5 AO) fehlerhaft angewandt. Es ist für das Streitjahr 1996 keine Festsetzungsverjährung eingetreten (a). Zutreffend hat das FG aber die Besteuerung der Einkünfte aus den Stillhalter- und Spekulationsgeschäften für das Streitjahr als verfassungsrechtlich unbedenklich gewertet (b).

21 a) Dem Erlass des geänderten Einkommensteuerbescheids für 1996 vom 4. Januar 2005 standen die Vorschriften über die Festsetzungsverjährung nicht entgegen.

22 Nach § 171 Abs. 5 AO läuft die Festsetzungsfrist im Falle von Ermittlungen der Fahndungsbehörden beim Steuerpflichtigen --wie im Streitfall-- nicht ab, bevor die aufgrund der Ermittlungen zu erlassenden Steuerbescheide unanfechtbar geworden sind. Da die Kläger die Einkommensteuererklärung für 1996 am 9. März 1998 beim FA

eingereicht haben, begann die Festsetzungsfrist gemäß § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO mit Ablauf des Kalenderjahres 1998 und hätte gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO mit Ablauf des 31. Dezember 2002 geendet. Da die Fahndungsbehörde aber bereits am 3. September 2002 mit den steuerlichen Ermittlungen begonnen hat, trat die Ablaufhemmung gemäß § 171 Abs. 5 AO ein. Das FA konnte daher am 4. Januar 2005 einen geänderten Einkommensteuerbescheid für 1996 unter Berücksichtigung der ermittelten Feststellungen der Fahndungsbehörde erlassen.

23 b) Da die Vorentscheidung diesen Maßstäben nicht entspricht, ist sie insoweit aufzuheben, als das Urteil den geänderten Einkommensteuerbescheid für 1996 betrifft. Die Sache ist spruchreif. Die Klage ist insoweit abzuweisen.

24 aa) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Besteuerung der Einkünfte aus Spekulationsgeschäften gemäß § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b EStG bestehen nicht. Unabhängig davon, ob § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Buchst. b EStG im Streitjahr 1996 gleichheitsgemäß vollzogen wurde, ist dieses Streitjahr --wie der Senat bereits im Urteil vom 15. Januar 2008 IX R 31/07 (Deutsches Steuerrecht/Entscheidungsdienst --DStRE-- 2008, 1059) explizit entschieden hat-- in die nach der Rechtsprechung des BFH (Urteile vom 1. Juni 2004 IX R 35/01, BFHE 206, 273, BStBl II 2005, 26, und vom 29. Juni 2004 IX R 26/03, BFHE 206, 418, BStBl II 2004, 995; BFH-Beschluss vom 29. November 2005 IX B 80/05, BFH/NV 2006, 719) dem Gesetzgeber zuzubilligende Übergangsfrist einzubeziehen.

25 Nach der Rechtsprechung des BVerfG hängt die Beantwortung der Frage, ab welchem Kalenderjahr ein Verstoß gegen die tatsächliche Belastungsgleichheit dem Steuergesetzgeber zuzurechnen ist mit der Folge, dass die materiell-rechtliche Grundlage für die Steuererhebung selbst verfassungswidrig wird, von Tatsachen ab, die für jeden Einzelfall einer gleichheitswidrig vollzogenen Steuernorm gesondert festzustellen sind. Insoweit entscheidungserhebliche Tatsachen können beispielsweise Zeitpunkt, Art und Ausmaß der in Fachkreisen öffentlich geführten Diskussion, die Entwicklung auf Märkten, auf die die einschlägige Besteuerung abzielt, oder die Ergebnisse von Gutachten anerkannter Institutionen oder verwaltungsinterner Untersuchungen sein (BVerfG-Beschluss vom 18. April 2006 2 BvL 8/05, Wertpapier-Mitteilungen --WM-- 2006, 1166, BFH/NV 2006, Beilage 3, 364 ff., unter II.2.a aa).

26 Nach diesen Maßstäben umfasst die dem Gesetzgeber einzuräumende Übergangszeit auch das Jahr 1996 (gl.A. FG Hamburg, Urteil vom 25. Mai 2007 6 K 28/07, EFG 2007, 1606 --rechtskräftig--; FG Düsseldorf, Urteil vom 16. März 2007 18 K 12/05 E, EFG 2007, 1607 --rechtskräftig--; FG Münster, Urteil vom 14. September 2006 8 K 4710/01 E, EFG 2007, 133 --rechtskräftig--). Zusätzlich zu den bereits in den BFH-Urteilen in BFHE 206, 273, BStBl II 2005, 26 und in BFHE 206, 418, BStBl II 2004, 995 hervorgehobenen Umständen ist u.a. auf den im Jahr 1994 vorgelegten Abschlussbericht (Der Steuerberater 1994, 446, 449 f.) der vom Finanzministerium des Landes Nordrhein-Westfalen eingesetzten Arbeitsgruppe "Steuerausfälle" abzustellen (so auch BVerfG-Urteil in BVerfGE 110, 94, dort unter A.I.4.a und C.IV.), der nicht notwendigerweise bereits im Streitjahr in eine gesetzliche Nachbesserung umgesetzt werden konnte. Insoweit ist dem Gesetzgeber zuzugestehen, die regional begrenzt (nämlich in Nordrhein-Westfalen) ermittelten Tatsachen zunächst für das gesamte Bundesgebiet nachzuvollziehen, bevor mit einer entsprechenden Gesetzesinitiative begonnen werden kann. Berücksichtigt man ferner die durchschnittliche Dauer eines (Zustimmungs-)Gesetzes (vgl. dazu zutreffend FG Hamburg, Urteil in EFG 2007, 1606, m.w.N.), so ist ein möglicherweise gegebenes strukturelles Vollzugsdefizit im Jahr 1996 dem Gesetzgeber noch nicht zurechenbar (BFH-Urteil in DStRE 2008, 1059).

27 bb) Ebenso wenig bestehen verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Besteuerung der im Streitjahr vom Kläger erzielten Stillhalterprämien als Einkünfte gemäß § 22 Nr. 3 EStG (Einkünfte aus Leistungen).

28 Nach der Rechtsprechung des BVerfG (in WM 2006, 1166, BFH/NV 2006, Beilage 3, 364 ff., unter II.2.c bb) sind die Fragen möglicher struktureller Erhebungsdefizite bei den Einkünften aus Stillhaltergeschäften --anders als bei Spekulationsgeschäften mit Wertpapieren-- im jüngeren Schrifttum nicht aufgeworfen worden. Daher ist ein möglicherweise gegebenes strukturelles Vollzugsdefizit im Jahr 1996 dem Gesetzgeber nicht zurechenbar (gl.A. FG Hamburg, Urteil vom 6. November 2008 5 K 137/07, nicht veröffentlicht --n.v.--, rechtskräftig, für die Jahre 1997 und 1998; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 25. November 2009 1 K 154/07, n.v. --rechtskräftig-- für das Jahr 1997).

29 2. Revision der Kläger

30 Im Ergebnis zutreffend hat das FG die Ergebnisse aus dem Optionshandel in den Streitjahren 1999 und 2000 als Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften erfasst (a). Es hat ferner zu Recht die Prämien, welche der Kläger

aus der Einräumung von Optionen als Stillhalter vereinnahmte, als Einkünfte aus Leistungen gemäß § 22 Nr. 3 EStG erfasst (b) und die Verrechnung der (negativen) Einkünfte des Klägers aus den privaten Veräußerungsgeschäften für die Streitjahre 1999 und 2000 mit den (positiven) Einkünften aus Leistungen gemäß § 22 Nr. 3 EStG abgelehnt (c). Die Besteuerung der privaten Veräußerungs- und Stillhaltergeschäfte verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG (d). Die gestellten Hilfsanträge sind unbegründet (e). Über einen etwaigen Erlass aus Billigkeitsgründen hat der Senat nicht zu entscheiden (f).

31 a) Private Veräußerungsgeschäfte (§ 22 Nr. 2 EStG) sind gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG Veräußerungsgeschäfte von Wirtschaftsgütern, insbesondere bei Wertpapieren, bei denen der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als ein Jahr beträgt. Zu den Wirtschaftsgütern, die Gegenstand eines Spekulationsgeschäfts sein können, zählen auch an der EUREX gehandelte Optionen (BFH-Urteile vom 24. Juli 1996 X R 139/93, BFH/NV 1997, 105; vom 24. Juni 2003 IX R 2/02, BFHE 202, 351, BStBl II 2003, 752). Werden --wie im Streitfall-- die vom Kläger erworbenen Optionsrechte durch Gegengeschäfte innerhalb der Veräußerungsfrist glattgestellt, verwirklicht er in Höhe der Differenz zwischen der bei Abschluss des Eröffnungsgeschäfts gezahlten und der bei Abschluss des Gegengeschäfts vereinnahmten Optionsprämien den Steuertatbestand des § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG.

32 Entgegen der Auffassung des FG und der Kläger können die Einkünfte aus der Glattstellung der erworbenen Optionsrechte nicht dem Tatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG zugeordnet werden. Denn § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG verdrängt als speziellere Norm die Vorschrift des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG über Termingeschäfte (gl.A. Heuermann, Der Betrieb --DB-- 2003, 1919, 1922; Heuermann, DB 2004, 1848, 1852; Musil in Herrmann/Heuer/Raupach, § 23 EStG Rz 187 (Lfg. 228 August 2007); Carlé in Korn, § 23 EStG Rz 54.1; Wernsmann, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, EStG, § 23 Rz B 170 f.; a.A. Blümich/Glenk, § 23 EStG Rz 71 f.).

33 Termingeschäfte sind private Veräußerungsgeschäfte (§ 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG), "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". Abweichend von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG verzichtet § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG auf die Tatbestandsmerkmale "Wirtschaftsgut" und "Veräußerung" (BFH-Urteil vom 17. April 2007 IX R 40/06, BFHE 217, 566, BStBl II 2007, 608). Wenn --wie im Streitfall-- die erworbenen Optionen durch Gegengeschäfte veräußert werden, ist § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG vorrangig anwendbar, da die "Veräußerung" eine besondere Beendigungsform ist (vgl. Heuermann, DB 2004, 1848, 1852).

34 b) Einkünfte aus Leistungen sind nach der ständigen Rechtsprechung des BFH Entgelte, die der Stillhalter als Entschädigung für die Bindung und die Risiken, die er durch das Begeben des Optionsrechts eingeht, unabhängig vom Zustandekommen des Basisgeschäfts allein für das Stillhalten erhält (vgl. z.B. BFH-Urteil in BFHE 206, 418, BStBl II 2004, 995, m.w.N.).

35 aa) Der BFH trennt zwischen Eröffnungs-, Basis- und Gegengeschäft (so BFH-Urteile in BFHE 202, 351, BStBl II 2003, 752; vom 18. Dezember 2002 I R 17/02, BFHE 201, 234, BStBl II 2004, 126, und in BFHE 217, 566, BStBl II 2007, 608). Deshalb bilden das die Prämie auslösende Begeben einer Option und das nachfolgende Geschäft (z.B. Glattstellung oder Basisgeschäft) kein einheitliches Termingeschäft. Der Optionsgeber erhält die Prämie als Gegenleistung für eine wirtschaftlich und rechtlich selbständige Leistung, nämlich für seine vertraglich eingegangene Bindung und das damit verbundene Risiko, in Anspruch genommen zu werden. Er behält sie auch dann, wenn er aus der Option nicht in Anspruch genommen wird und ein Basisgeschäft nicht durchführen muss (siehe auch BFH-Urteil vom 28. November 1990 X R 197/87, BFHE 163, 175, BStBl II 1991, 300).

36 bb) An dieser Auffassung hält der BFH --wie er bereits im Urteil in BFHE 217, 566, BStBl II 2007, 608, m.w.N. entschieden hat-- auch für die Rechtslage nach Einführung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG fest (so auch Bundesministerium der Finanzen --BMF--, Schreiben vom 27. November 2001, BStBl I 2001, 986 ff., Rz 24 und 27): Die Stillhalterprämie ist nicht zusammen mit den anderen Optionsgeschäften einheitlich § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG zuzuordnen, da die Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift nicht erfüllt sind. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG betrifft lediglich Optionen, die der Berechtigte erwirbt, nicht aber solche, die er einräumt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 217, 566, BStBl II 2007, 608; Heuermann, DB 2004, 1848, 1852).

37 aaa) Dies folgt bereits aus dem Wortlaut der Regelung. Denn der Zeitraum "zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil" darf nicht mehr als ein Jahr betragen. Das Gesetz setzt damit den Erwerb (die Anschaffung) des dort umschriebenen Rechts voraus.

38 bbb) Dem entspricht auch die Entstehungsgeschichte der Norm. Der Gesetzgeber orientiert sich, indem er den Begriff des Differenzgeschäfts durch den Begriff des Termingeschäfts ersetzt (vgl. BTDrucks 14/443, S. 28-29, beginnend -zu Nummer 31-), an den Regelungen in § 2 des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) i.d.F. der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I 1998, 2708; zuletzt geändert durch Art. 8 Nr. 1 Buchst. a des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz) vom 4. Juli 2013, BGBl I 2013, 1981) und an § 1 des Kreditwesengesetzes i.d.F. der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I 1998, 2776; grundlegend BFH-Urteil in BFHE 217, 566, BStBl II 2007, 608).

39 Termingeschäfte sind nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines bestimmten Basiswertes ableitet. Zu den Termingeschäften in diesem Sinne zählt mithin auch das Optionsgeschäft. Nach wie vor erforderlich ist jedoch der Erwerb des Rechts.

40 ccc) Wer einem Anderen eine Option einräumt, erwirbt kein Recht auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG. Zwar erhält er eine Optionsprämie. Dieses Entgelt ist aber kein "Geldbetrag" im Sinne der Vorschrift, weil es sich nicht durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmt (s. dazu auch die Gesetzesbegründung in BTDrucks 14/443, S. 29).

41 ddd) Dass der Kläger sog. Kombinationsgeschäfte getätigt hat, indem er gleichzeitig oder zeitnah mit dem Verkauf einer Option eine Option der gleichen Serie gekauft hat, rechtfertigt keine abweichende einkommensteuerrechtliche Beurteilung der Einkünfte aus Stillhaltergeschäften. Da ein Kombinationsgeschäft aus rechtlich selbständigen Grundgeschäften besteht, die --wie oben dargelegt-- unterschiedliche Besteuerungstatbestände erfüllen, ist es entsprechend den für die darin enthaltenen Grundgeschäfte geltenden steuerlichen Regelungen in Einkünfte aus Leistungen und Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften aufzuteilen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 163, 175, BStBl II 1991, 300; BMF-Schreiben in BStBl I 2001, 986 ff., Rz 28; Wernsmann, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., Rz B 181). Steuerrechtlich besteht daher --entgegen der Auffassung des Klägers-- keine gesetzliche Grundlage, Kombinationsgeschäfte als "einheitliches Optionsgeschäft" einzuordnen. Die einheitliche wirtschaftliche Zielsetzung einschließlich der Saldierung der insoweit erzielten Erlöse bewirkt zwar eine Begrenzung des Verlustrisikos; eine steuerrechtliche "Saldierung" findet indessen nicht statt.

42 eee) Im Übrigen würde im Streitfall auch der von den Klägern vorgetragene wirtschaftliche Zusammenhang zwischen den getätigten Optionsgeschäften nicht dazu führen, dass die notwendig zu erfüllenden steuerbegründenden Merkmale des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG erfüllt wären. Diese Regelung erfordert den "Erwerb" (die Anschaffung) des dort umschriebenen Rechts. Daran fehlt es für die eingeräumten Optionen. Ebenso wenig erwarb der Kläger ein Recht auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG, als er einem Anderen eine Option einräumte (vgl. BFH-Urteil in BFHE 217, 566, BStBl II 2007, 608). Die vom FG zutreffend den Einkünften aus Leistungen i.S. des § 22 Nr. 3 EStG zugeordneten Ergebnisse können daher --entgegen der Auffassung der Kläger-- nicht den Einkünften aus §§ 22 Nr. 2, 23 EStG zugewiesen werden.

43 c) Das FG hat zu Recht die Verrechnung der (negativen) Einkünfte des Klägers aus den privaten Veräußerungsgeschäften für die Streitjahre 1999 und 2000 mit den (positiven) Einkünften aus Leistungen gemäß § 22 Nr. 3 EStG abgelehnt.

44 aa) Der Wortlaut des § 23 Abs. 3 Satz 6 (1999) bzw. Satz 8 (2000) EStG schließt einen solchen sog. vertikalen Verlustausgleich zwischen privaten Veräußerungsverlusten i.S. des § 23 Abs. 1 EStG und positiven Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausdrücklich aus. Danach sind Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften nur bis zur Höhe des Gewinns, den der Steuerpflichtige im gleichen Kalenderjahr aus privaten Veräußerungsgeschäften erzielt hat, auszugleichen, nicht aber nach § 10d EStG abzuziehen. Sie mindern lediglich nach Maßgabe des § 10d EStG die Einkünfte, die der Steuerpflichtige in dem unmittelbar vorangegangenen Veranlagungszeitraum oder in den folgenden Veranlagungszeiträumen aus privaten Veräußerungsgeschäften nach Abs. 1 erzielt hat oder erzielt (§ 23 Abs. 3 Satz 7 --1999-- bzw. Satz 9 --2000-- EStG).

45 bb) Die Beschränkung des Verlustausgleichs bei privaten Veräußerungsgeschäften durch § 23 Abs. 3 Sätze 6 und 7 (1999) bzw. Sätze 8 und 9 (2000) EStG ist --entgegen der Auffassung der Kläger-- verfassungsgemäß (BFH-Urteil vom 18. Oktober 2006 IX R 28/05, BFHE 215, 202, BStBl II 2007, 259 für das Streitjahr 2000). Anders noch als zur früheren Rechtslage vor Geltung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG fällt ein durch ein Barausgleich vermittelter Verlust im Basisgeschäft nicht mehr in die nicht steuerbare Vermögensebene, sondern kann im Rahmen der

Einkunftsart des § 22 Nr. 2 EStG (private Veräußerungsgeschäfte, § 23 Abs. 1 EStG) ausgeglichen oder abgezogen werden.

46 Aus dem Beschluss des BVerfG vom 11. Oktober 2010 2 BvR 1710/10 (BFH/NV 2011, 180) folgt nichts anderes. Dort hat das BVerfG bei der in einem Aussetzungsverfahren gebotenen summarischen Prüfung zwar Zweifel daran, ob eine Besteuerung unter getrennter Erfassung von Options- und Basisgeschäft verfassungsgemäß ist, nicht für völlig ausgeschlossen gehalten. Die dortigen Ausführungen beruhen indes auf den Besonderheiten eines Eilverfahrens und der im Aussetzungsverfahren gebotenen summarischen Prüfung und sind daher nicht auf den Streitfall übertragbar. Abweichend vom vorliegenden Fall war dort ausschlaggebend, dass gerichtlicher Rechtsschutz namentlich in Eilverfahren so weit wie möglich der Schaffung solcher vollendeten Tatsachen zuvorzukommen hat, die dann, wenn sich eine Maßnahme bei (endgültiger) richterlicher Prüfung als rechtswidrig erweist, nicht mehr rückgängig gemacht werden können.

47 d) Ebenso wenig verstößt die Besteuerung der privaten Veräußerungs- und Stillhaltergeschäfte gegen Art. 3 Abs. 1 GG (vgl. auch BFH-Urteil vom 29. November 2005 IX R 49/04, BFHE 211, 330, BStBl II 2006, 178, m.w.N.; Beschluss des BVerfG vom 10. Januar 2008 2 BvR 294/06, BFH/NV 2008, Beilage 2, 161 --Nichtannahmebeschluss--; BFH-Urteil in BFHE 215, 202, BStBl II 2007, 259; BFH-Beschluss vom 19. Dezember 2007 IX B 219/07, BFHE 219, 353, BStBl II 2008, 382; BFH-Urteil vom 19. August 2008 IX R 71/07, BFHE 222, 484, BStBl II 2009, 13). Vielmehr ist ihr Ergebnis (kein Abzug der durch das private Veräußerungsgeschäft erlittenen Verluste bei den Einkünften aus § 22 Nr. 3 EStG) die folgerichtige Ausprägung der Systematik des § 22 Nr. 2 und 3 EStG. Das Stillhalten ist eine wirtschaftlich und rechtlich selbständige Leistung, die losgelöst von dem nachfolgenden Effektengeschäft und damit auch unabhängig davon zu beurteilen ist, ob es zu einer Abnahme oder Lieferung von Basiswerten oder von vornherein lediglich zu einem Ausgleich in Geld kommt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 201, 234, BStBl II 2004, 126, unter II.2.a).

48 Damit hält der Senat an seiner in den Urteilen in BFHE 206, 418, BStBl II 2004, 995 und in BFHE 211, 330, BStBl II 2006, 178 zum Ausdruck gekommenen Rechtsprechung fest. Hierfür spricht neben den oben angeführten Argumenten auch der Grundsatz der Rechtskontinuität. Der Kontinuität der Rechtsprechung kommt große Bedeutung zu; sie dient der von Art. 20 Abs. 3 GG umfassten Rechtssicherheit und kann nur aus wichtigem Grund aufgegeben werden (BFH-Urteil vom 31. Juli 2002 X R 39/01, BFH/NV 2002, 1575; Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25. Juni 1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751; BFH-Beschluss vom 24. April 2012 IX B 154/10, BFHE 236, 557, BStBl II 2012, 454). Es wäre nicht angemessen, eine jahrelange kontinuierliche Rechtsprechung, die zur Grundlage der ständigen Verwaltungspraxis geworden ist, nach Auslaufen des Rechts wieder in Frage zu stellen. Das würde mit Blick auf viele rechtskräftig abgeschlossene Verfahren zu einer eklatant ungleichen steuerrechtlichen Behandlung führen.

49 Die Kläger rügen schließlich zu Unrecht einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG unter dem Aspekt, dass ein von einem kommerziellen Emittenten erworbenes Discountzertifikat steuerlich anders behandelt werde als das von den Klägern selbst konstruierte Produkt. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Eine Vergleichbarkeit des dem Streitfall zugrundeliegenden Sachverhalts mit --von den Klägern angeführten-- Discountzertifikaten ist nicht gegeben. Bei solchen Discountzertifikaten liegt --anders als bei eingeräumten Optionen-- gerade ein "Erwerb" (die Anschaffung) vor.

50 e) Aus den vorstehenden Gründen folgt, dass die Hilfsanträge des Klägers unbegründet sind.

51 f) Das BVerfG hat eine Verfassungspflicht zum Billigkeitserlass festgestellt, wenn die Anwendung eines nicht zu beanstandenden Gesetzes in Einzelfällen zu einem "ungewollten Überhang" führt (vgl. z.B. BVerfG-Beschlüsse vom 5. April 1978 1 BvR 117/73, BVerfGE 48, 102, BStBl II 1978, 441, dort unter C.II.3.; vom 10. November 1998 2 BvR 1852/97, 2 BvR 1853/97, BVerfGE 99, 273, BStBl II 1999, 194). Die Erhebung einer durch das Zusammenwirken verschiedener Regelungen entstandenen Einkommensteuerschuld, der in Wirklichkeit keinerlei Zuwachs an Leistungskraft zugrunde liegt, verstößt gegen das für das gesamte Steuerrecht geltende Übermaßverbot und gegen das besonders das Einkommensteuerrecht beherrschende Prinzip der Besteuerung nach der Leistungsfähigkeit (vgl. BVerfG-Beschlüsse vom 22. Februar 1984 1 BvL 10/80, BVerfGE 66, 214, BStBl II 1984, 357, dort unter C.I.2., und vom 25. September 1992 2 BvL 5/91, 8/91 und 14/91, BVerfGE 87, 153, BStBl II 1993, 413; BFH-Urteil vom 26. Oktober 1994 X R 104/92, BFHE 176, 3, BStBl II 1995, 297). Dem kann durch einen in diesem Verfahren nicht gegenständlichen und daher nicht zu entscheidenden Billigkeitserlass begegnet werden.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de