

Urteil vom 06. Juli 2016, I R 25/14

Verfassungsmäßigkeit und Reichweite der Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung für betriebliche Termingeschäfte
- Keine dem "Zurechnungszusammenhang" vergleichbare Kausalitätsbetrachtung im Bereich der steuerlichen Gewinnermittlung - Definition und Begriff des "Termingeschäfts"

ECLI:DE:BFH:2016:U.060716.IR25.14.0

BFH I. Senat

EStG § 15 Abs 4 S 3, EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 4, EStG § 20 Abs 2 S 1 Nr 3, KredWG § 1 Abs 11, KredWG § 1 Abs 11 S 4 Nr 1, WpHG § 2 Abs 2, WpHG § 2 Abs 2 Nr 1, GG Art 3 Abs 1

vorgehend FG Nürnberg, 09. Dezember 2013, Az: 1 K 1333/10

Leitsätze

1. Die Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung für Termingeschäfte nach § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 ist verfassungsgemäß (Anschluss an BFH-Urteil vom 28. April 2016 IV R 20/13, BFHE 253, 260) .
2. Der Tatbestand des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 setzt keine Spekulationsabsicht des Steuerpflichtigen voraus. Die Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung entfällt nicht, wenn der für eine GmbH handelnde Mitarbeiter die Geschäfte (hier: Devisentermingeschäfte) auf strafbare Weise (Untreue) ohne Wissen und Wollen der Unternehmensleitung und entgegen einer Konzernrichtlinie initiiert hat .
3. Die Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung greift u.a. nicht, soweit die Termingeschäfte zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsunternehmen und Finanzunternehmen gehören (§ 15 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 EStG 1999). Zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb können solche Geschäfte nicht gehören, die das betreffende Unternehmen nach den sich selbst auferlegten Vorgaben nicht betreiben darf und die von einem Mitarbeiter ohne Wissen und Wollen der Geschäftsleitung initiiert worden sind .
4. Der Tatbestand des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 umfasst nicht solche Termingeschäfte, die auf die "physische" Lieferung des Basiswerts gerichtet sind (entgegen BMF-Schreiben vom 23. September 2005, DB 2005, 2269). Aus wirtschaftlicher Sicht nicht auf "physische" Lieferung, sondern auf Differenzausgleich gerichtet sind jedoch Devisentermingeschäfte auch dann, wenn Eröffnungsgeschäft und Gegengeschäft "brutto" abgewickelt werden. Dies setzt zwar nicht die Nämlichkeit des Vertragspartners voraus; erforderlich ist aber, dass das Gegengeschäft zeitlich vor Fälligkeit des Eröffnungsgeschäfts abgeschlossen worden ist .

Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Finanzgerichts Nürnberg vom 10. Dezember 2013 1 K 1333/10 aufgehoben.

Die Sache wird an das Finanzgericht Nürnberg zurückverwiesen.

Diesem wird die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Tatbestand

I.

- 1 Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist eine GmbH, die zum A-Konzern gehört. Sie war im Streitjahr (1999) an der F-GmbH beteiligt und bildete mit dieser eine körperschaftsteuerliche Organschaft, bei der sie selbst als Organträgerin und die F-GmbH als Organgesellschaft fungierte.

- 2 Bei der F-GmbH handelte es sich um ein Konzernfinanzierungsunternehmen (sog. Inhouse-Bank), deren Geschäftsbetrieb u.a. den Abschluss von Devisentermingeschäften zur Absicherung von Währungsrisiken bei Warenlieferungen umfasste. In diesem Geschäftsbereich war u.a. der Sachbearbeiter S tätig, der bereits im Rahmen einer früheren Beschäftigung bei einem Kreditinstitut Erfahrungen mit dem Devisenhandel gesammelt hatte. Zu den Aufgaben des S gehörte das Fremdwährungsmanagement mit den nach Einführung des Euro als Umrechnungsgröße verbleibenden Währungen (US-Dollar, Britische Pfund, Schwedische Kronen, Schweizer Franken, Dänische Kronen und Norwegische Kronen); S bezifferte das verbleibende Management-Volumen in einem Memorandum vom Januar 1999 auf ca. ... DM Gegenwert jährlich.
- 3 Entgegen den internen Konzernrichtlinien, denen zufolge Devisengeschäfte ausschließlich zur Kurssicherung der Fremdwährungszahlungsströme aus dem operativen Handelsgeschäft abgeschlossen werden durften, tätigte S seit 1998, im Schwerpunkt jedoch im Streitjahr, auch in erheblichem Umfang Devisengeschäfte, die ausschließlich spekulativen Charakter aufwiesen. Hierbei schloss er im Streitjahr in einer Gesamtgrößenordnung von mehreren Milliarden DM Devisentermingeschäfte ab, bei denen er insbesondere auf einen fallenden Kurs des japanischen Yen setzte. Anders als von S erwartet, stieg der Kurswert des Yen jedoch gegenüber der DM. In einer Erklärung vom Dezember 1999 nannte S als Motiv für seine Devisenspekulationen, er habe sich verpflichtet gesehen, zugunsten der F-GmbH möglichst hohe Erträge im Devisenbereich zu erzielen, nachdem das für Grundgeschäfte erforderliche Devisengeschäft weitgehend durch die Einführung des Euro eingestellt worden sei. Ihm sei immer klar gewesen, dass ihm diese Art des "Dealens" grundsätzlich untersagt gewesen sei. Ende Dezember 1999 offenbarte sich S gegenüber seinen Vorgesetzten.
- 4 Die nicht autorisierten Devisentermingeschäfte sind in der Regel in der Weise durchgeführt worden, dass S im Namen der F-GmbH zu einem in der Zukunft liegenden Stichtag für einen bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses festgelegten Fixwert Devisen an eine Geschäftsbank veräußerte bzw. von dieser erwarb, die hierfür zum Ausgleich erforderlichen Devisen jedoch erst zu einem in der Zukunft liegenden Marktwert (= amtlicher Devisenkurs) erwarb bzw. veräußerte. Im Regelfall stand mithin jedem Devisentermingeschäft ein zu einem anderen Zeitpunkt abgeschlossenes, gegenläufiges Devisengeschäft gegenüber. Zur Umsetzung schickte die jeweilige Geschäftsbank nach (meist telefonischem) Vertragsschluss --wie auch bei den autorisierten Geschäften-- eine Bestätigung an die F-GmbH, mit der sie diese um schriftliche Auftragsbestätigung bat. Da S selbst nicht unterschriftsberechtigt war, legte er die Bestätigungen jeweils zwei Unterschriftsberechtigten zur Unterschrift vor, wobei er jeweils wahrheitswidrig den Anschein vermittelte, es handele sich um die Bestätigung eines (zulässigen) Devisentermingeschäfts zur Absicherung einer Warenlieferung. Die Unterschriftsberechtigten verzichteten auf weitere Nachweise und vertrauten jeweils auf die Darstellung des S. In Einzelfällen unterließ S es auch, eingehende Bankbestätigungen unterzeichnen zu lassen und an die Geschäftsbanken zurückzusenden. Zur Verschleierung seiner nicht autorisierten Spekulationsgeschäfte eröffnete S zudem Währungs-Unterkonten auf den Namen einer Schweizer Schwestergesellschaft der F-GmbH, die an den Währungs-Cash-Pool des A-Konzerns nicht angeschlossen waren und daher nicht der internen Prüfung durch die lokale Innenrevision unterlagen.
- 5 Den Währungsverlust, den S von Juni 1998 bis Ende 1999 aufgrund seiner nicht autorisierten Devisentermingeschäfte verursacht hatte, bezifferte die Klägerin aufgrund des Gutachtens einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit ... DM. Hiervon entfielen ... DM auf das Jahr 1998 und ... DM auf Währungsgeschäfte ("Typ D"), denen von der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft keine Gegengeschäfte zugeordnet werden konnten.
- 6 S, dem zugutegehalten wurde, sich nicht selbst bereichert zu haben, wurde in der Folge aufgrund der nicht autorisierten Spekulationsgeschäfte wegen Untreue strafrechtlich verurteilt. Darüber hinaus hatte er wegen schuldhafter Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten Schadensersatz an die F-GmbH zu leisten. Schadensersatzansprüche gegenüber den damaligen Vorgesetzten des S wurden durch einen Vergleich mit deren Managementversicherung abgefunden. Regressansprüche gegenüber den Geschäftsbanken wurden nicht geltend gemacht.
- 7 Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt --FA--) vertrat die Auffassung, die Verluste aus den von S vorgenommenen spekulativen Devisentermingeschäften unterlagen der Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 3 i.V.m. Satz 1 des Einkommensteuergesetzes 1999 (EStG 1999) und seien deshalb zur Ermittlung des der Klägerin aufgrund der Organschaft zuzurechnenden Einkommens dem Gewinn der F-GmbH außerbilanziell hinzuzurechnen. Das FA änderte dementsprechend den Körperschaftsteuerbescheid für das Streitjahr und setzte den Hinzurechnungsbetrag zuletzt mit ... DM an.

- 8 Die deswegen erhobene Klage hatte Erfolg. Das Finanzgericht (FG) Nürnberg hat den angefochtenen Bescheid geändert und die Körperschaftsteuer ohne Berücksichtigung des Hinzurechnungsbetrags (auf ... €) festgesetzt. Sein Urteil vom 10. Dezember 2013 1 K 1333/10 ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2014, 1203 abgedruckt. Gegen das FG-Urteil richtet sich die vom FG zugelassene, auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision des FA.
- 9 Das FA beantragt, das FG-Urteil aufzuheben und die Klage mit der Maßgabe abzuweisen, dass der angefochtene Körperschaftsteuer-Änderungsbescheid dahingehend abgeändert wird, dass die Körperschaftsteuer 1999 unter Ansatz eines nicht abziehbaren (= ausgleichbaren) Verlusts aus Devisentermingeschäften von ... DM auf ... € festgesetzt wird.
- 10 Die Klägerin beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

II.

- 11 Die Revision ist begründet und führt gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung. Das FG hat das Eingreifen der Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 zu Unrecht wegen fehlenden Zurechnungszusammenhangs abgelehnt (II.2.). Das angefochtene Urteil erweist sich überwiegend nicht aus anderen Gründen als richtig (II.3.). Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat nicht möglich, weil es noch näherer tatrichterlicher Feststellungen zu den vorgenommenen Devisentermingeschäften bedarf (II.4. und II.5.).
- 12 1. Zutreffend sind die Beteiligten und das FG davon ausgegangen, dass nach der für das Streitjahr geltenden Rechtslage die Einwendungen gegen die Höhe des dem Organträger gemäß § 14 i.V.m. § 17 des Körperschaftsteuergesetzes 1999 (KStG 1999) zugerechneten Einkommens der Organgesellschaft vom Organträger im Rechtsbehelfsverfahren gegen dessen eigene Steuerfestsetzung geltend zu machen sind. Der die Organgesellschaft betreffende Steuerbescheid ist in diesem Zusammenhang kein Grundlagenbescheid (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs --BFH-- vom 6. März 2008 IV R 74/05, BFHE 220, 304, BStBl II 2008, 663). Das mit dem Gesetz zur Änderung und Vereinfachung der Unternehmensbesteuerung und des steuerlichen Reisekostenrechts vom 20. Februar 2013 (BGBl I 2013, 285, BStBl I 2013, 188) in § 14 Abs. 5 KStG 2002 verankerte Verfahren der gesonderten und einheitlichen Feststellung gilt erst für die nach dem 31. Dezember 2013 beginnenden Feststellungszeiträume (§ 34 Abs. 9 Nr. 9 KStG 2002 i.d.F. des vorgenannten Gesetzes).
- 13 2. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz sind die streitigen Devisentermingeschäfte (i.S. von § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999) der Klägerin zuzurechnen.
- 14 a) Nach der über § 8 Abs. 1 KStG 1999 für die Ermittlung des Einkommens der F-GmbH anzuwendenden Vorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 1 EStG 1999 dürfen die dort benannten Verluste (aus gewerblicher Tierzucht oder gewerblicher Tierhaltung) weder mit anderen Einkünften aus Gewerbebetrieb noch mit Einkünften aus anderen Einkunftsarten ausgeglichen werden; sie dürfen auch nicht nach § 10d EStG 1999 abgezogen werden. Die Verluste mindern jedoch nach Maßgabe des § 10d EStG 1999 die Gewinne, die der Steuerpflichtige in dem unmittelbar vorangegangenen und in den folgenden Wirtschaftsjahren aus den genannten Einkunftsquellen erzielt hat oder erzielt (§ 15 Abs. 4 Satz 2 EStG 1999). Die Vorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 bestimmt, dass die Sätze 1 und 2 entsprechend für Verluste aus Termingeschäften gelten, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt.
- 15 b) Das FG hat angenommen, die von S veranlassten Devisentermingeschäfte seien zwar nicht diesem selbst als eigengewerbliche Tätigkeit, sondern der F-GmbH zuzuordnen, weil S gegenüber den Geschäftsbanken ausschließlich für die F-GmbH aufgetreten und offensichtlich überzeugt gewesen sei, in deren Interesse zu handeln. Doch sei der Zurechnungszusammenhang zwischen der Klägerin und den Devisentermingeschäften durch die gegen den Willen der F-GmbH durchgeführten strafbaren Handlungen des S unterbrochen worden. Es handele sich dabei um deliktbezogene Zwangsaufwendungen, die nicht der F-GmbH angelastet werden könnten, weshalb der Tatbestand des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 nicht erfüllt sei.
- 16 c) Dem ist nicht zu folgen. Weder enthält der Tatbestand des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 eine subjektive

Komponente in Form des Erfordernisses einer Spekulationsabsicht des Steuerpflichtigen noch führt die Handlungsweise des S in sonstiger Weise dazu, eine Tatbestandsmäßigkeit der streitgegenständlichen Verluste aus Devisentermingeschäften entfallen zu lassen.

- 17 aa) Entgegen der vom FG favorisierten Sichtweise enthält § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 kein subjektives Tatbestandsmerkmal der Spekulationsabsicht. Der Gesetzeswortlaut gibt hierfür keinen Anhalt. Dagegen spricht auch die Gesetzeshistorie: Die mit dem Steuerentlastungsgesetz (StEntlG) 1999/2000/2002 vom 24. März 1999 (BGBl I 1999, 402, BStBl II 1999, 304) in das Gesetz eingefügte Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG ist eine Folgeänderung zur gleichfalls vorgenommenen Modifikation des § 23 EStG, durch dessen Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 private Termingeschäfte als private Veräußerungsgeschäfte der Steuerpflicht und der diesbezüglichen Verlustverrechnungsbeschränkung (§ 23 Abs. 3 Satz 6 EStG 1999) unterworfen worden sind (vgl. Dritter Bericht des Finanzausschusses des Deutschen Bundestags [7. Ausschuss] zu dem Fraktionsentwurf eines Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002, BTDrucks 14/443, S. 27). Die Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 soll verhindern, dass private Termingeschäfte in den betrieblichen Bereich verlagert werden (vgl. Seppelt in Frotscher/Geurts, EStG, § 15 Rz 529). In der Begründung zur Änderung der Gesetzesüberschrift des § 23 EStG (vormals: "Spekulationsgeschäfte", nunmehr: "Private Veräußerungsgeschäfte") heißt es ausdrücklich, durch den Verzicht auf den Begriff "Spekulationsgeschäft" solle zum Ausdruck gebracht werden, dass "nicht nur Geschäfte mit Spekulationsabsicht" der Besteuerung unterliegen (BTDrucks 14/443, S. 28; vgl. auch Wendt, Finanz-Rundschau --FR-- 1999, 333, 349). Für § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 kann nichts anderes gelten.
- 18 Schließlich spricht gegen das Erfordernis einer Spekulationsabsicht, dass § 15 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 Alternative 2 EStG 1999 solche Termingeschäfte, die der Absicherung von Geschäften des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs dienen, von vornherein von der Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung ausnimmt. Dadurch wird deutlich, dass die Exklusion von Termingeschäften ohne spekulativen Charakter aus dem Anwendungsbereich der Beschränkung nach objektiven Kriterien und nicht mittels Prüfung auf eine subjektive Spekulationsabsicht des Steuerpflichtigen erfolgen soll (vgl. BFH-Urteil vom 20. August 2014 X R 13/12, BFHE 246, 462, BStBl II 2015, 177 zum Erfordernis einer objektiven Eignung zur Sicherung des Grundgeschäfts im Rahmen jenes Ausnahmetatbestands).
- 19 Etwas Anderes folgt --entgegen der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Auffassung-- nicht aus dem Urteil des IV. Senats des BFH vom 28. April 2016 IV R 20/13 (BFHE 253, 260). Soweit es dort heißt, die Absicherungsgeschäfte i.S. von § 15 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 Alternative 2 EStG würden "nicht in Spekulationsabsicht abgeschlossen", lässt dies in keiner Weise auf ein allgemein im Rahmen des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG zu prüfendes Tatbestandsmerkmal der Spekulationsabsicht schließen. Der IV. Senat des BFH hat vielmehr lediglich zum Ausdruck gebracht, dass der Gesetzgeber mit den Absicherungsgeschäften eine bestimmte Kategorie von Termingeschäften, denen es von vornherein an einem spekulativen Charakter fehlt, aus dem Anwendungsbereich der Verlustabzugsbeschränkung hat ausnehmen wollen.
- 20 bb) Die streitgegenständlichen Geschäfte sind der Klägerin zuzuordnen. Aus ihrem Verweis auf einen fehlenden Zurechnungszusammenhang ergibt sich nichts anderes. Der Begriff des Zurechnungszusammenhangs wird vorwiegend im zivilrechtlichen Deliktsrecht bzw. dem Strafrecht angewendet. Er dient dort einer Einschränkung des naturwissenschaftlichen Kausalitätsbegriffs ("conditio sine qua non") nach wertenden Gesichtspunkten (vgl. z.B. MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl., § 823 Rz 56 ff.; Eisele in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., Vor §§ 13 ff. Rz 90 ff.). Für eine vergleichbare Kausalitätsbetrachtung bieten die steuerliche Gewinnermittlung im Allgemeinen und der Tatbestand des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 im Besonderen keinen Raum.
- 21 Die Frage, welche Rechtsgeschäfte dem Steuerpflichtigen ertragsteuerlich zuzurechnen sind, bestimmt sich nach dem zivilrechtlichen Vertragsrecht und den jeweiligen wirtschaftlichen Zusammenhängen. Nach den den Senat gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindenden tatrichterlichen Feststellungen des FG sind die fraglichen Devisengeschäfte im Streitfall in der Regel von den dazu seitens der Geschäftsführung der F-GmbH (nach außen) bevollmächtigten Personen im Namen und für Rechnung der Klägerin wirksam abgeschlossen worden und hat die F-GmbH sämtliche Geschäfte im Verhältnis zu den jeweiligen Vertragspartnern gegen sich gelten lassen, so dass die ertragsteuerliche Zuordnung der Geschäfte zur F-GmbH nicht infrage steht. Auch das FG ist --zu Recht-- davon ausgegangen, dass das weisungswidrige und strafwürdige Verhalten des S die steuerliche Zuordnung der Geschäfte zur F-GmbH nicht tangiert.
- 22 Sind die Geschäfte aber sonach der F-GmbH ertragsteuerlich zuzuordnen und erhöhen bzw. verringern sie deshalb deren Einkommen, dann treten --soweit es sich um Termingeschäfte handelt-- ohne weitere

Kausalitätserfordernisse auch die Rechtsfolgen des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 ein. Für die vom FG vorgenommene Differenzierung zwischen der allgemeinen steuerlichen Zuordnung der Rechtsgeschäfte zur Klägerin einerseits und einer weiteren --besonderen-- Zurechnungsprüfung im Rahmen des Tatbestands des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 besteht keine rechtliche Handhabe (ablehnend auch Reiß in Kirchhof, EStG, 15. Aufl., § 15 Rz 418c).

- 23** cc) Aus dem vom FG auch verwendeten Begriff der "deliktbezogenen Zwangsaufwendungen", auf den sich die Klägerin in ihrer Revisionserwiderung maßgeblich stützt, ergibt sich kein für sie günstigeres Ergebnis. Der Begriff der Zwangsaufwendungen wird von der Rechtsprechung verwendet, wenn den Steuerpflichtigen unfreiwillig treffende Vermögenseinbußen, z.B. aus deliktischen Handlungen Dritter, trotz jener Unfreiwilligkeit als Betriebsausgaben bzw. Werbungskosten berücksichtigt werden können und nicht dem privaten Bereich zuzuordnen sind; Voraussetzung für diese Zuordnung ist, dass das auslösende Moment für die in Frage stehende Vermögenseinbuße ausschließlich im betrieblich/beruflichen Bereich liegt (vgl. BFH-Urteile vom 25. Januar 1962 IV 221/60 S, BFHE 75, 271, BStBl III 1962, 366; vom 29. März 1979 IV R 103/75, BFHE 127, 530, BStBl II 1979, 512; vom 25. Oktober 1989 X R 69/88, BFH/NV 1990, 553; vom 22. Oktober 1991 VIII R 64/86, BFH/NV 1992, 449; BFH-Beschluss vom 11. März 2008 X B 259/07, BFH/NV 2008, 958).
- 24** Da die F-GmbH als Kapitalgesellschaft nach ständiger Senatsrechtsprechung (z.B. Senatsurteil vom 16. Januar 2014 I R 21/12, BFHE 244, 347, BStBl II 2014, 531) über keine außerbetriebliche Sphäre verfügt, bedarf es für die Zuordnung der Verluste aus den Devisentermingeschäften zu deren betrieblichen Bereich keines Rückgriffs auf den Begriff der Zwangsaufwendungen. Für den hier interessierenden Tatbestand des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 lassen sich aus der Rechtsprechung zu den Zwangsaufwendungen keine Folgerungen ableiten.
- 25** 3. Mit Ausnahme eines Teilbetrags der Hinzurechnung von ... DM (dazu unten II.5.) stellt sich das FG-Urteil nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 126 Abs. 4 FGO).
- 26** a) Soweit die Klägerin sich auf ein eigengewerbliches Handeln des S beruft, ist bereits unklar, welche Rechtsfolgen sich daraus im Streitfall zugunsten der Klägerin ableiten lassen könnten. Dies bedarf indes keiner näheren Prüfung. Denn auf der Grundlage der Feststellungen des FG lag ein eigengewerbliches Handeln des S nicht vor. Danach hat S --anders als der untreue Bankangestellte in dem von der Klägerin herangezogenen Sachverhalt des BFH-Urteils vom 3. Juli 1991 X R 163-164/87 (BFHE 164, 556, BStBl II 1991, 802)-- den Geschäftsbetrieb der F-GmbH nicht dazu benutzt, sich eigene finanzielle Vorteile zu verschaffen. Die von S erhofften Spekulationsgewinne hatten nach seiner Vorstellung vielmehr nicht ihm selbst, sondern der F-GmbH zugutekommen sollen. Dass das Handeln des S nach Realisierung der ersten Verluste auch darauf gerichtet gewesen sein mag, etwaige Schadensersatzansprüche der F-GmbH gegen ihn selbst wirtschaftlich auszugleichen, vermag an der steuerlichen Zuordnung der Geschäfte zur Klägerin nichts zu ändern.
- 27** b) Das Vorliegen der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands nach § 15 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 Alternative 1 EStG 1999 hat das FG zutreffend verneint. Nach jener Regelung gilt die Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung für Termingeschäfte nicht, soweit die Geschäfte zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb bei Kreditinstituten, Finanzdienstleistungsinstituten und Finanzunternehmen i.S. des Gesetzes über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz) i.d.F. der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I 1998, 2776) --KWG-- gehören. Es bedarf in diesem Zusammenhang keiner Entscheidung, ob es sich --wie die Klägerin meint-- bei der F-GmbH um ein Kreditinstitut i.S. von § 1 Abs. 1 KWG oder um ein Finanzunternehmen i.S. von § 1 Abs. 3 KWG gehandelt hat. Denn jedenfalls haben die von S initiierten Devisentermingeschäfte --soweit sie nicht der Absicherung von Warenlieferungen der Konzernunternehmen gedient haben-- nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb der F-GmbH gehört. Das hat das FG ohne Rechtsfehler dem Umstand entnommen, dass der F-GmbH als Konzern-Finanzierungsstelle die Ausführung derart spekulativer Geschäfte nach den internen Konzernrichtlinien untersagt gewesen ist.
- 28** Die spekulativen Devisentermingeschäfte sind --entgegen der Sichtweise der Klägerin-- nicht dadurch zum Gegenstand des gewöhnlichen Geschäftsbetriebs der F-GmbH geworden, dass S sie unter Verstoß gegen die internen Richtlinien über mehr als ein Jahr hin betrieben hat. Zwar mag es für die Zuordnung zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb maßgeblich auf die tatsächliche Tätigkeit und nicht auf den in der Satzung verankerten Unternehmenszweck ankommen (so Intemann in Herrmann/Heuer/Raupach --HHR--, § 15 EStG Rz 1560). Doch kann eine Tätigkeit, die das betreffende Unternehmen nach den sich selbst auferlegten Vorgaben nicht betreiben darf und die von einem Sachbearbeiter nur unter Missachtung des Willens der Geschäftsleitung betrieben werden kann, keinesfalls zum gewöhnlichen Geschäftsverkehr des Unternehmens gehören. Zweck des sektoralen Ausnahmetatbestands zur Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung ist es, negative Auswirkungen auf den

institutionellen inländischen Aktien- und Devisenhandel zu vermeiden (vgl. HHR/Intemann, § 15 EStG Rz 1560). Unternehmen, die an einem solchen Handel von vornherein nicht mittels spekulativer Termingeschäfte teilnehmen wollen, bedürfen eines derartigen Schutzes nicht. Entgegen der Argumentation der Klägerin liegt in dieser Sichtweise kein Widerspruch zu der oben vertretenen Auffassung, nach der der Tatbestand des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 keine Spekulationsabsicht des Steuerpflichtigen erfordert. Beide Rechtsfragen stehen in keinem erkennbaren Zusammenhang und sind unabhängig voneinander zu beurteilen.

- 29** c) Der Senat ist nicht von der Verfassungswidrigkeit der Verlustausgleichs- und Abzugsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 überzeugt, so dass wegen dieser Frage eine Aussetzung des Verfahrens und die Einholung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) gemäß Art. 100 Abs. 1 Satz 1 des Grundgesetzes (GG) i.V.m. § 80 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht nicht angezeigt sind. Er teilt vielmehr die Auffassung des IV. Senats des BFH, derzufolge die Ausgleichs- und Abzugsbeschränkung für Verluste aus betrieblichen Termingeschäften in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 im Grundsatz verfassungsgemäß ist und verweist zur Begründung auf dessen Urteil in BFHE 253, 260. Soweit der IV. Senat offengelassen hat, ob die Regelung auch in jenen Fällen verfassungsgemäß ist, in denen der Verlust endgültig wird, weil ein späterer Ausgleich mit künftigen Gewinnen aus Termingeschäften endgültig ausgeschlossen ist (sog. Definitivsituation), ist das für den Streitfall unerheblich. Denn eine solche Definitivsituation war hier für das Streitjahr nicht gegeben.
- 30** Der erkennende Senat stimmt dem IV. Senat des BFH auch darin zu, dass die Privilegierung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute sowie der Finanzunternehmen i.S. des Kreditwesengesetzes durch § 15 Abs. 4 Satz 3 Halbsatz 2 EStG 1999 mit dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist (ebenso HHR/Intemann, § 15 EStG Rz 1506 a.E.; a.A. Reiß in Kirchhof, a.a.O., § 15 Rz 423; Seppelt in Frotscher/Geurts, a.a.O., § 15 Rz 530). Da der Gesetzgeber in der Entscheidung darüber, welche Sachverhalte oder Unternehmenszweige er durch steuerliche Förderungs- und Lenkungsnormen begünstigen möchte, weitgehend frei ist (vgl. BVerfG-Urteil vom 20. April 2004 I BvR 905/00, I BvR 1748/99, BVerfGE 110, 274; Senatsurteil vom 28. Oktober 2015 I R 65/13, BFHE 253, 39, BStBl II 2016, 414) und es sich bei dem angestrebten Schutz der inländischen Finanzwirtschaft um einen jedenfalls nicht unsachlichen oder willkürlichen Differenzierungsgrund handelt, hat der Gesetzgeber seinen Gestaltungsspielraum insoweit nicht überschritten.
- 31** 4. Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat nicht möglich, weil zur Bestimmung der Höhe der nach § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 von der Verrechnung ausgeschlossenen Verluste der F-GmbH aus Termingeschäften noch weitere tatsächliche Feststellungen zu treffen sind. Es steht nicht fest, dass sämtliche streitgegenständlichen Verluste auf solchen Termingeschäften beruhen, die dem Tatbestand des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 unterfallen. Dieser erfasst nämlich nicht jene Termingeschäfte, die nicht durch Differenzausgleich, sondern durch Lieferung der Basiswerte realisiert werden.
- 32** a) Der Begriff des Termingeschäfts ist in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 nicht definiert. Er entstammt dem Wertpapier- und Bankrecht und ist dort vom Kassageschäft abzugrenzen (z.B. Urteil des Bundesgerichtshofs --BGH-- vom 13. Juli 2004 XI ZR 178/03, BGHZ 160, 58). Nach der BFH-Rechtsprechung folgt der steuerrechtliche Begriff des Termingeschäfts im Grundsatz jenem des Zivilrechts (BFH-Urteile vom 26. September 2012 IX R 50/09, BFHE 239, 95, BStBl II 2013, 231; vom 4. Dezember 2014 IV R 53/11, BFHE 248, 57, BStBl II 2015, 483; in BFHE 246, 462, BStBl II 2015, 177). Danach sind Termingeschäfte Verträge über Wertpapiere, vertretbare Waren oder Devisen nach gleichartigen Bedingungen, die von beiden Seiten erst zu einem bestimmten späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind und die zudem eine Beziehung zu einem Terminmarkt haben, der es ermöglicht, jederzeit ein Gegengeschäft abzuschließen (BFH-Urteil in BFHE 248, 57, BStBl II 2015, 483; BGH-Urteile vom 22. Oktober 1984 II ZR 262/83, BGHZ 92, 317, und vom 16. April 1991 XI ZR 88/90, BGHZ 114, 177).
- 33** Soweit sich nach Auffassung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestags der Begriff des Termingeschäfts an dem in § 2 des Gesetzes über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz) i.d.F. der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl I 1998, 2708) --WpHG-- und § 1 KWG definierten Begriff orientieren sollte (BTDrucks 14/443, S. 28 f.), ist festzustellen, dass weder § 2 WpHG noch § 1 KWG in ihren vorgenannten Fassungen eine Definition des Termingeschäfts enthielten (BFH-Urteil in BFHE 248, 57, BStBl II 2015, 483). § 2 Abs. 2 WpHG enthält lediglich eine Definition der "Derivate" i.S. des Wertpapierhandelsgesetzes und § 1 Abs. 11 KWG nur eine solche der "Finanzinstrumente" i.S. dieses Gesetzes. Alle gesetzgeberischen Versuche einer konkreten Begriffsbestimmung des Termingeschäfts für Zwecke des Wertpapier- und Bankrechts waren zuvor fehlgeschlagen (vgl. Sorgenfrei, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 1999, 1928, 1930; Haisch/Danz, DStR 2005, 2108, 2112; HHR/Intemann, § 15 EStG Rz 1541). Erst mit dem Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente und der Durchführungsrichtlinie der Kommission (Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz --FMRL-UmsG--) vom 16. Juli

2007 (BGBl I 2007, 1330) hat der Gesetzgeber mit Wirkung ab dem 1. November 2007 (Art. 14 Abs. 3 FMRL-UmsG) sowohl in § 1 Abs. 11 Satz 4 Nr. 1 KWG (aktuell: § 1 Abs. 11 Satz 3 Nr. 1 KWG) als auch in § 2 Abs. 2 Nr. 1 WpHG eine gleichlautende Legaldefinition des Termingeschäfts geschaffen. Danach sind Termingeschäfte solche Festgeschäfte oder Optionsgeschäfte, die zeitlich verzögert zu erfüllen sind und deren Wert sich unmittelbar oder mittelbar vom Preis oder Maß eines Basiswerts ableitet. Da nichts dafür spricht, dass der Gesetzgeber im Jahr 2007 den Begriff des Termingeschäfts inhaltlich hat ändern wollen, kann diese Definition bereits für den vorangegangenen Zeitraum zugrunde gelegt werden (BFH-Urteile in BFHE 246, 462, BStBl II 2015, 177; in BFHE 248, 57, BStBl II 2015, 483, und in BFHE 239, 95, BStBl II 2013, 231).

- 34** b) Dass es sich bei den im Streitfall von S initiierten Devisentermingeschäften der F-GmbH um Termingeschäfte i.S. der vorgenannten Definition gehandelt hat, steht nicht infrage. Jedoch erfasst § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 --ebenso wie der gleichlautende § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG 1999 und der mit dem Unternehmensteuerreformgesetz (UntStRefG) 2008 (vom 14. August 2007, BGBl I 2007, 1912, BStBl I 2007, 630) geschaffene § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG in der aktuellen Fassung-- einschränkend (vgl. BFH-Urteil in BFHE 246, 462, BStBl II 2015, 177) nur solche Termingeschäfte, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt.
- 35** aa) Auf der Grundlage des Wortlauts dieser einschränkenden Definition fallen solche Termingeschäfte, die auf die tatsächliche ("physische") Lieferung des Basiswerts am Ende der Laufzeit gerichtet sind, nicht unter die Verlustausgleichsbeschränkung (so auch die in der Literatur überwiegende Auffassung, vgl. Haisch/Danz in Haisch/Helios, Rechtshandbuch Finanzinstrumente, 2011, § 5 Rz 16; dieselben in Deutsche Steuer-Zeitung 2005, 850; Danz/Kieninger/Patzner in Zerey, Rechtshandbuch Finanzderivate, 4. Aufl., S. 1034 f.; HHR/Intemann, § 15 EStG Rz 1545; Ebel, FR 2013, 882, 885 f.; Häuselmann, Die Unternehmensbesteuerung 2008, 391, 393; Häuselmann/Wagner, Betriebs-Berater 2002, 2170; Tibo, Der Betrieb --DB-- 2001, 2369, 2370; Schmittmann/Wepler, DStR 2001, 1783, 1785; Schmid/ Renner, DStR 2005, 815, 818; Bitz in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 15 Rz 183a; Carlé/Bauschatz in Korn, § 15 EStG Rz 555; Feyerabend in Erle/Sauter, KStG, 3. Aufl., § 15 EStG Rz 18, 28 und 33; v. Beckerath in Kirchhof, a.a.O., § 20 Rz 130; Pfützenreuter, EFG 2016, 564).
- 36** Der von der Vorinstanz demgegenüber bevorzugten gegenteiligen Auffassung der Finanzverwaltung (Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen --BMF-- vom 23. September 2005, DB 2005, 2269; Bayerisches Landesamt für Steuern, Verfügung vom 9. März 2007, DStR 2007, 719; zustimmend Blümich/Bode, § 15 EStG Rz 655; Schmidt/Wacker, EStG, 35. Aufl., § 15 Rz 902) ist zwar darin Recht zu geben, dass mit der Verwendung des Begriffs "Vorteil" i.S. von § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 neben der Begünstigung in einem Geldbetrag auch andere Vorteile umfasst sein können, wie z.B. die Lieferung von Wertpapieren oder Devisen (wenn Letztere nicht schon als "Geldbetrag" anzusehen sind). Jedoch erfordert der insoweit unmissverständliche Gesetzeswortlaut, dass der Geldbetrag oder Vorteil "durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmt" sein muss. An der Abhängigkeit von einer veränderlichen Bezugsgröße fehlt es aber, wenn am Fälligkeitstag schlicht die den Gegenstand des Termingeschäfts bildenden Basiswerte in der bestellten --und damit von Anfang an feststehenden und von der weiteren Kursentwicklung unabhängigen-- Menge geliefert werden.
- 37** Anders kann es sich allerdings verhalten, wenn der Steuerpflichtige mit der Vertragspartei des Eröffnungsgeschäfts (z.B. Lieferung von 1 Mio. Yen für 100.000 € am Tag X) oder einem Dritten vor dem Fälligkeitszeitpunkt die Ausführung eines Gegengeschäfts (z.B. Rücktausch der 1 Mio. Yen in Euro zum Tageskurs des Tags X) vereinbart. In diesem Fall sind die Vereinbarungen bei der für die steuerliche Beurteilung maßgeblichen wirtschaftlichen Betrachtung aus Sicht des Steuerpflichtigen als Termingeschäft mit Differenzausgleich zu bewerten. Denn aus wirtschaftlicher Sicht spielt es keine Rolle, ob der Differenzausgleich "brutto", d.h. durch Lieferung der Devisen mit anschließendem Rücktausch, oder "netto" durch Leistung nur der Differenz durch denjenigen, zu dessen Nachteil sich der Devisenkurs entwickelt hat, herbeigeführt wird (vgl. auch --zu § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG 2002 i.d.F. des UntStRefG 2008-- FG München, Urteil vom 10. September 2015 15 K 2243/13, EFG 2016, 563; BMF-Schreiben vom 18. Januar 2016, BStBl I 2016, 85 Rz 38 f.).
- 38** bb) Das vorstehende, am Gesetzeswortlaut orientierte Verständnis des Termingeschäfts begriffs des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 wird durch die Gesetzesgeschichte und -systematik bestätigt.
- 39** aaa) Nach der Rechtslage vor dem StEntlG 1999/2000/2002 konnten nicht alle Einkünfte aus privaten Termingeschäften besteuert werden. Steuerbar waren private Spekulationsgeschäfte, bei denen ein Wirtschaftsgut erworben und innerhalb der Spekulationsfrist wieder veräußert wurde und Veräußerungsgeschäfte, bei denen die

Veräußerung der Wirtschaftsgüter früher erfolgte als der Erwerb (§ 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 EStG i.d.F. vor dem StEntLG 1999/2000/2002). Nicht steuerbar waren Geschäfte mit Optionen oder festen Kontrakten auf Indizes und nicht lieferbare Basiswerte, deren Ziel allein der Differenzausgleich war --offene Differenzgeschäfte-- und Geschäfte auf lieferbare Basiswerte, wenn diese auf Differenzausgleich gerichtet waren --verdeckte Differenzgeschäfte-- (vgl. zu Devisentermingeschäften BFH-Urteile vom 8. Dezember 1981 VIII R 125/79, BFHE 135, 426, BStBl II 1982, 618, und vom 25. August 1987 IX R 65/86, BFHE 151, 132, BStBl II 1988, 248). Diese Lücken sollten mit dem StEntLG 1999/2000/2002 geschlossen werden.

- 40** bbb) Der ursprüngliche Gesetzentwurf eines StEntLG 1999/2000/2002 sah vor, in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG einerseits und in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG der Entwurfsversion (entspricht der späteren Nr. 4) andererseits das Verlustausgleichs- und Abzugsverbot auf Verluste aus Differenzgeschäften nach § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) zu erstrecken (BTDrucks 14/23, S. 11 und 12). Entsprechend sollte § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG regeln, dass Spekulationsgeschäfte (§ 22 Nr. 2 EStG) "Differenzgeschäfte im Sinne des § 764 des Bürgerlichen Gesetzbuchs" seien, während nach § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG das Verlustabzugs- und -verrechnungsverbot des § 15 Abs. 4 Satz 1 und 2 EStG "analog für Verluste aus Differenzgeschäften nach § 764 BGB im betrieblichen Bereich" gelten sollte. Ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs (BTDrucks 14/23, S. 180) sollte dies im Bereich des § 23 EStG dazu dienen, Geschäfte, die lediglich auf die Differenz zwischen den Börsen- oder Marktpreisen eines Basiswerts zu bestimmten Stichtagen gerichtet waren und die nach der Rechtsprechung nicht der Spekulationsbesteuerung unterlagen, weil sie nicht die Lieferung von Wirtschaftsgütern zum Gegenstand hatten, der Spekulationsbesteuerung zu unterwerfen. Die Einführung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG sollte als Folgeänderung zu denjenigen des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 EStG sicherstellen, dass Verluste aus Differenzgeschäften im betrieblichen Bereich ebenfalls nur mit Gewinnen aus derartigen Geschäften verrechnet werden könnten (BTDrucks 14/23, S. 178).
- 41** ccc) Die Gesetz gewordene Fassung war demgegenüber das Ergebnis der Beratungen im Finanzausschuss des Deutschen Bundestags, wonach in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 einerseits und § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 EStG 1999 andererseits nunmehr auf "Verluste aus Termingeschäften" abgestellt werden sollte. Dazu heißt es in dem Bericht des Finanzausschusses, der bereits zivilrechtlich problematische Begriff des Differenzgeschäfts solle durch den in § 2 WpHG und § 1 KWG definierten Begriff des Termingeschäfts ersetzt werden. Von der neuen Formulierung erfasst würden "z.B. nicht nur Waren- und Devisentermingeschäfte mit Differenzausgleich einschließlich Swaps, Index-Optionsgeschäfte oder Futures. Darüber hinaus sollen auch Indexzertifikate und Optionsscheine zu den Termingeschäften ... gehören. Der Besteuerung unterliegen sollen allgemein Geschäfte, die ein Recht auf Zahlung eines Geldbetrags oder auf einen sonstigen Vorteil (z.B. Lieferung von Wertpapieren) einräumen, der sich nach anderen Bezugsgrößen (z.B. Wertentwicklung von Wertpapieren, Indices, Futures, Zinssätzen) bestimmt." (BTDrucks 14/443, S. 28 f.).
- 42** ddd) Die bereits vorhandenen und --wie oben ausgeführt-- ggf. auch auf Termingeschäfte anwendbaren Regelungen zur Besteuerung von Gewinnen aus der privaten Veräußerung von Wirtschaftsgütern innerhalb der einjährigen Spekulationsfrist und aus Veräußerungsgeschäften, bei denen die Veräußerung der Wirtschaftsgüter früher erfolgt als der Erwerb, hat das StEntLG 1999/2000/2002 beibehalten (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 EStG 1999). Somit stellt sich § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG 1999 als ergänzende Regelung dar, die neben den schon bisher --und weiterhin-- unter den vorgenannten Voraussetzungen steuerbaren Gewinnen aus Termingeschäften, die auf Lieferung der Basiswerte gerichtet sind, auch Gewinne aus jenen privaten Termingeschäften der Steuer unterwerfen soll, die durch Differenzausgleich oder durch Gewährung vergleichbarer, ebenfalls von anderen Bezugsgrößen abhängiger Geldbeträge oder sonstiger Vorteile realisiert werden. Nicht anders ist die gleichlautende Regelung in § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG 1999 zu verstehen, welcher --mit Ausnahme der nicht übernommenen Ausdehnung auf Aktienzertifikate und Optionsscheine gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 2 EStG 1999 (dazu BFH-Urteil in BFHE 248, 57, BStBl II 2015, 483)-- einen identischen Wortlaut hat.
- 43** eee) Im Bereich der privaten Termingeschäfte wird die Unterscheidung zwischen nur auf die Lieferung der Basiswerte gerichteten Termingeschäften einerseits und den primär auf Differenzausgleich gerichteten Geschäften andererseits inzwischen auch von der Finanzverwaltung nachvollzogen. Wie oben erwähnt sind mit Einführung der Abgeltungsteuer die bis dahin im Bereich der privaten Veräußerungsgeschäfte angesiedelten Einkünfte aus Termingeschäften i.S. von § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG 1999 (bei gleich gebliebenem Wortlaut) den Einkünften aus Kapitalvermögen zugeordnet worden (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG 2002 i.d.F. des UntStRefG 2008). Daher ist nunmehr auf der außerbetrieblichen Ebene wieder eine Unterscheidung zwischen Termingeschäften, die als private Veräußerungsgeschäfte, und solchen, die als Kapitaleinkünfte steuerbar sind, erforderlich. Hierzu vertritt das BMF in seinem Schreiben in BStBl I 2016, 85 Rz 38 gerade zu den im Streitfall relevanten Devisentermingeschäften

die Auffassung, diese könnten die Verpflichtung der Vertragsparteien zum Gegenstand haben, zwei vereinbarte Währungsbeträge zu einem zukünftigen Zeitpunkt zu einem vorher festgelegten Terminkurs auszutauschen. Sie könnten "nach dem Willen der Vertragsparteien aber auch ausschließlich auf die Erzielung eines Differenzausgleichs nach § 20 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 Buchstabe a EStG gerichtet sein, selbst wenn sie äußerlich in die Form eines Kaufvertrags gekleidet" seien. Wenn es zur "effektiven Lieferung" des Fremdwährungsbetrags kommt, hält das BMF ein privates Veräußerungsgeschäft i.S. des § 23 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 EStG --und damit offenkundig kein Termingeschäft i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG 2002 i.d.F. des UntStRefG 2008-- für gegeben, wenn der Käufer den Betrag innerhalb eines Jahres nach Abschluss des Devisentermingeschäfts in Euro oder eine andere Währung umtauscht (BMF-Schreiben in BStBl I 2016, 85 Rz 39; zu dieser Unterscheidung auch Urteil des FG München in EFG 2016, 563).

- 44** 5. Die Vorinstanz ist teilweise von einer anderen Beurteilung ausgegangen. Ihr Urteil ist deshalb aufzuheben. Die Sache ist nicht spruchreif, weil das FG --von seinem rechtlichen Standpunkt aus konsequent-- keine Feststellungen dazu getroffen hat, in welchem Umfang die streitgegenständlichen Devisentermingeschäfte der F-GmbH auf Differenzausgleich gerichtet waren. Zwar sind nach den Feststellungen im angefochtenen Urteil zu den nicht dem "Typ D" angehörenden Termingeschäften jeweils Gegengeschäfte (ggf. mit anderen Vertragspartnern) abgeschlossen worden. Es geht daraus aber nicht hervor, inwiefern jene Gegengeschäfte zeitlich schon vor der jeweiligen Fälligkeit der Eröffnungsgeschäfte abgeschlossen worden sind und damit im wirtschaftlichen Ergebnis auf Differenzausgleich gerichtete Termingeschäfte vorgelegen haben. Die diesbezüglichen Feststellungen sind im zweiten Rechtsgang nachzuholen.
- 45** Keiner weiteren Feststellungen bedarf es hinsichtlich der Termingeschäfte des "Typ D" (mit dem Hinzurechnungsvolumen von ... DM). Da zu diesen Termingeschäften keine Gegengeschäfte gefunden worden sind, besteht kein hinreichender Anhalt dafür, dass sie auf Differenzausgleich gerichtet gewesen sind.
- 46** 6. Die Übertragung der Kostenentscheidung beruht auf § 143 Abs. 2 FGO.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de