Urteil vom 20. Oktober 2016, VIII R 55/13

Berücksichtigung des Barausgleichs des Stillhalters bei Optionsgeschäften als Verlust bei den Einkünften aus Kapitalvermögen - Sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Verlusten aus Termingeschäften

ECLI:DE:BFH:2016:U.201016.VIIIR55.13.0

BFH VIII. Senat

EStG § 23 Abs 1 S 1 Nr 4, EStG § 20 Abs 1 Nr 11, EStG § 20 Abs 2 S 1 Nr 3 Buchst a, EStG § 20 Abs 4 S 5, EStG § 22 Nr 3, EStG § 23 Abs 3 S 7, EStG § 23 Abs 3 S 9, EStG § 23 Abs 3 S 10, EStG § 32d Abs 4, EStG § 52a Abs 10 S 3, EStG § 52a Abs 11 S 6, EStG VZ 2009 , GG Art 3 Abs 1, EStG § 20 Abs 9, EStG § 20 Abs 6 S 6

vorgehend Niedersächsisches Finanzgericht , 27. August 2013, Az: 2 K 35/13

Leitsätze

1. Bei Optionsgeschäften führt der im Rahmen des Basisgeschäfts gezahlte Barausgleich vor Einführung der Abgeltungsteuer sowohl beim Stillhalter als auch beim Optionsinhaber zu Einkünften aus Termingeschäften nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. .

2. Der Barausgleich ist beim Stillhalter auch nach Einführung der Abgeltungsteuer als Verlust aus einem Termingeschäft nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG abzugsfähig (entgegen BMF-Schreiben vom 9. Oktober 2012 IV C 1-S 2252/10/10013, BStBl I 2012, 953, zuletzt geändert durch BMF-Schreiben vom 18. Januar 2016 IV C 1-S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl I 2016, 85, Rz 26 und 34) .

Tenor

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des Niedersächsischen Finanzgerichts vom 28. August 2013 2 K 35/13 aufgehoben.

Der Einkommensteuerbescheid für 2009 vom 2. Dezember 2010 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 11. Februar 2013 wird dahingehend abgeändert, dass bei den Einkünften des Klägers aus Kapitalvermögen i.S. des § 20 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes negative Kapitalerträge in Höhe von 19.299 € zu berücksichtigen sind.

Zudem sind die Kapitalerträge der Kläger i.S. des § 20 Abs. 2 des Einkommensteuergesetzes in Höhe von jeweils 6 € mit den im Streitjahr entstandenen negativen Einkünften des Klägers gemäß § 23 des Einkommensteuergesetzes in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung in Höhe von 165.791 € zu verrechnen.

Die Berechnung der Steuer wird dem Beklagten übertragen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die Kosten des gesamten Verfahrens haben die Kläger zu 90 % und der Beklagte zu 10 % zu tragen.

Tatbestand

I.

1 Streitig ist, ob Verluste aus Stillhaltergeschäften steuerlich zu berücksichtigen sind.

2 Die Kläger und Revisionsbeklagten (Kläger) sind Eheleute, die im Streitjahr (2009) zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden. Der Kläger tätigte diverse Optionsgeschäfte an der EUREX. Er räumte am 19. Dezember 2008 Verkaufsoptionen auf den Dow Jones Euro-Stoxx-50-Index (D-Index) mit der Verpflichtung ein, zum Ende der Laufzeit am 19. Juni 2009 die Differenz zwischen dem tatsächlichen Schlussabrechnungspreis und dem Basiswert

auszugleichen (Option 1). Er erhielt hierfür eine Stillhalterprämie in Höhe von 168.952 €, die im Jahr 2008 seinem Depot gutgeschrieben wurde. Bei Endfälligkeit im Jahr 2009 zahlte er einen Barausgleich ("Cash-Settlement") in Höhe von 165.791 €. Der Kläger räumte am 17. April 2009 Kaufoptionen auf den D-Index ein mit der Verpflichtung, zum Ende der Laufzeit am 19. Juni 2009 die Differenz zwischen dem tatsächlichen Schlussabrechnungspreis und dem Basiswert auszugleichen (Option 2). Er erhielt hierfür eine Stillhalterprämie in Höhe von 11.702 € und zahlte im Jahr 2009 einen Barausgleich in Höhe von 19.299 €.

3 Die Kläger stellten in der Einkommensteuererklärung für 2009 den Antrag auf Überprüfung des Steuereinbehalts nach § 32d Abs. 4 des Einkommensteuergesetzes 2009 (EStG). Sie machten geltend, dass bei den vom Kläger im Streitjahr erzielten Stillhalterprämien in Höhe von insgesamt 203.135,23 € der bei Endfälligkeit gezahlte Barausgleich in Höhe von insgesamt 185.090 € in Abzug zu bringen sei.

4 Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt --FA--) folgte dem nicht und legte der Besteuerung im Einkommensteuerbescheid für 2009 vom 2. Dezember 2010 folgende nach § 32d Abs. 1 EStG zu besteuernde Kapitaleinkünfte zugrunde:

	Kläger	Klägerin
Kapitalerträge gemäß § 20 Abs. 1 EStG	203.355 €	529 €
Gewinne aus der Veräußerung von Kapitalanlagen i.S. des § 20 Abs. 2 EStG (ohne Aktien)	6 €	6 €
Zwischensumme	203.361 €	535 €
abzüglich Sparer-Pauschbetrag	./. 1.067 €	./. 535 €
Kapitalerträge i.S. des § 32d Abs. 1 EStG	202.294 €	0 €

5 Es wies den hiergegen erhobenen Einspruch zurück, da der Barausgleich ein einkommensteuerrechtlich unbeachtlicher Vermögensschaden sei, der die Einnahmen aus der Stillhalterprämie nicht mindere. Das Finanzgericht (FG) hat der hiergegen erhobenen Klage mit seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2014, 541 veröffentlichten Urteil vom 28. August 2013 2 K 35/13 stattgegeben.

6 Mit seiner Revision rügt das FA die Verletzung des § 20 Abs. 1 Nr. 11 und Abs. 9 EStG. Entgegen der Auffassung des FG sei der Barausgleich nicht in verfassungskonformer Auslegung des § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG wie die Prämien eines Glattstellungsgeschäftes von den Stillhalterprämien abzuziehen, sondern steuerlich nicht zu berücksichtigen.

7 Das FA beantragt,
das angefochtene Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Klage abzuweisen.

8 Die Kläger beantragen,
die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

9 Das Bundesministerium der Finanzen (BMF) ist dem Verfahren beigetreten und hat keinen Antrag gestellt.

Entscheidungsgründe

II.

10 Die Revision des FA ist begründet. Das Urteil des FG ist aufzuheben und der Einkommensteuerbescheid für 2009 vom 2. Dezember 2010 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 11. Februar 2013 im Umfang des Tenors zu ändern (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung --FGO--). Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

11 Der vom Kläger bei Endfälligkeit des Optionsgeschäfts 1 gezahlte Barausgleich in Höhe von 165.791 € ist gemäß § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung (a.F.) als Verlust aus einem privaten Veräußerungsgeschäft steuerlich zu berücksichtigen (s. hierzu unter 1.). Der Verlust ist gemäß §§ 23 Abs. 3 Satz 9, 20 Abs. 6 Satz 1 EStG mit den Einkünften der Kläger aus § 20 Abs. 2 EStG zu verrechnen (s. hierzu unter 2.). Der vom Kläger bei Endfälligkeit des Optionsgeschäfts 2 gezahlte Barausgleich in Höhe von

19.299 € ist als Verlust aus einem Termingeschäft gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a, Abs. 4 Satz 5 EStG steuerlich zu berücksichtigen (s. hierzu unter 3.). Der Verlust ist gemäß § 20 Abs. 6 Satz 2 EStG mit den Einkünften der Kläger aus § 20 Abs. 1 EStG zu verrechnen (s. hierzu unter 4.). Die Sache ist spruchreif (s. hierzu unter 5.).

12 1. Der Barausgleich aus der Option 1 in Höhe von 165.791 € ist nach § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. als Verlust aus einem Veräußerungsgeschäft steuerlich zu berücksichtigen. Für eine analoge Anwendung des mit der Abgeltungsteuer eingeführten § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG ist mangels einer Regelungslücke --entgegen der Rechtsansicht des FG-- kein Raum.

13 a) Nach § 52a Abs. 11 Satz 6 EStG i.d.F. des Unternehmensteuerreformgesetzes (UntStRefG) 2008 vom 14. August 2007 ist § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. weiterhin auf Termingeschäfte anzuwenden, bei denen der Erwerb des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil nach dem 31. Dezember 1998 und vor dem 1. Januar 2009 erfolgt ist. Der Kläger hat die Option 1 am 19. Dezember 2008 gewährt, so dass nach der Übergangsregelung § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. anwendbar ist.

14 b) Wie der Bundesfinanzhof (BFH) bereits in seinen Urteilen vom 13. Februar 2008 IX R 68/07 (BFHE 220, 436, BStBl II 2008, 522, unter II.1.c), vom 11. Februar 2014 IX R 10/12 (BFH/NV 2014, 1020, unter II.2.c bb), vom 12. Juli 2016 IX R 11/14 (juris, unter II.3.b) und in seinem Beschluss vom 25. Mai 2010 IX B 179/09 (BFH/NV 2010, 1627, unter II.2.a) ausgeführt hat, zählt der Verlust des Stillhalters, der durch einen Barausgleich im Basisgeschäft entsteht, seit der Einführung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24. März 1999 (BGBl I 1999, 402) nicht mehr zur nicht steuerbaren Vermögensebene. Unter das Termingeschäft fällt auch der Barausgleich, so dass dieser im Rahmen der Einkunftsart des § 22 Nr. 2 EStG (private Veräußerungsgeschäfte § 23 Abs. 1 EStG) steuerlich zu berücksichtigen ist (ebenso: Blümich/Glenk, § 23 EStG Rz 73; Jachmann/Lindenberg in Lademann, EStG, § 20 EStG Rz 511; von Beckerath in Kirchhof, EStG, 15. Aufl., § 20 Rz 116a; Aigner/Balbinot, Deutsches Steuerrecht --DStR-- 2015, 198 f.; Helios/Philipp, Finanz-Rundschau 2010, 1053 f.; Hahne/Krause, Betriebs-Berater --BB-- 2008, 1101 f.).

15 Aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 11. Oktober 2010 2 BvR 1710/10 (Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 2011, 89), mit dem der BFH-Beschluss in BFH/NV 2010, 1627 aufgehoben wurde, folgt nichts anderes. Die dortigen Ausführungen beruhen auf den Besonderheiten eines Eilverfahrens und beziehen sich auf die im Aussetzungsverfahren gebotene Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes. Sie treffen keine Aussage zu der vorliegenden Streitfrage (so auch BFH-Urteil in BFH/NV 2014, 1020, unter II.2.c bb).

16 c) An dieser Rechtsprechung hält der Senat auch im vorliegenden Fall fest.

17 aa) Nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 EStG a.F. sind private Veräußerungsgeschäfte "Termingeschäfte, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldvorteil oder Vorteil erlangt, sofern der Zeitraum zwischen Erwerb und Beendigung des Rechts auf einen Differenzausgleich, Geldbetrag oder Vorteil nicht mehr als ein Jahr beträgt". Auslösendes Moment für die Besteuerung ist die Durchführung des Basisgeschäfts oder des Differenzausgleichs innerhalb der vom Gesetz vorgegebenen Veräußerungsfrist (vgl. BFH-Urteil vom 19. Dezember 2007 IX R 11/06, BFHE 219, 574, BStBl II 2008, 519). Hierunter fällt nach herrschender Auffassung auch der von dem Stillhalter gezahlte Barausgleich. Dieser Barausgleich ist der Differenzausgleich i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. Das Gesetz erfasst mit dem Barausgleich nicht nur eine positive Differenz, sondern folgerichtig auch eine negative Differenz als Verlust. Vorteil ist danach auch der Nachteil, soweit er auf dem Basisgeschäft beruht (vgl. BFH-Urteil vom 26. September 2012 IX R 50/09, BFHE 239, 95, BStBl II 2013, 231, unter II.2.c).

18 bb) Zwar wird in der Rechtsprechung des BFH auch darauf verwiesen, dass § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. lediglich Optionen betrifft, die der Berechtigte erwirbt, nicht aber solche, die er einräumt (vgl. z.B. BFH-Urteile vom 11. Februar 2014 IX R 46/12, BFH/NV 2014, 1025, unter II.2.b cc; vom 17. April 2007 IX R 40/06, BFHE 217, 566, BStBl II 2007, 608). Diese Aussage bezieht sich jedoch allein auf die Besteuerung der Stillhalterprämie, die nach der Rechtslage vor der Einführung der Abgeltungsteuer unter den Tatbestand des § 22 Nr. 3 EStG a.F. fiel. Die Stillhalterprämie ist kein Geldbetrag i.S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F., weil sie sich nicht durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmt. Es handelt sich um die Gegenleistung für eine wirtschaftlich und rechtlich selbständige Leistung, nämlich für die vom Stillhalter vertraglich eingegangene Bindung und das damit verbundene Risiko, aus der Option in Anspruch genommen zu werden (BFH-Urteil in BFH/NV 2014, 1025, unter II.2.a). Davon getrennt zu betrachten ist die Besteuerung des Basisgeschäfts bzw. des Differenzausgleichs, da bei der Besteuerung eines Optionsgeschäfts zwischen Eröffnungsgeschäft, Basisgeschäft und Gegen- bzw. Glattstellungsgeschäft zu trennen ist (ständige Rechtsprechung zur Rechtslage vor Einführung der Abgeltungsteuer,

z.B. BFH-Urteile vom 10. Februar 2015 IX R 8/14, BFH/NV 2015, 830, unter II.1.a; in BFH/NV 2014, 1025, unter II.2.a; in BFH/NV 2014, 1020, unter II.2.a; in BFHE 220, 436, BStBl II 2008, 522, unter II.1.b, m.w.N.). Soweit der BFH mit seinen Urteilen jeweils vom 12. Januar 2016 IX R 48/14 (BFHE 252, 423, BStBl II 2016, 456), IX R 49/14 (BFHE 252, 430, BStBl II 2016, 459) und IX R 50/14 (BFHE 252, 436, BStBl II 2016, 462) seine Rechtsprechung dahingehend geändert hat, dass beim Optionsinhaber die Anschaffung der Option und der Ausgang des Optionsgeschäfts (Eröffnungs- und Basisgeschäft) bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise grundsätzlich als Einheit betrachtet werden müssen, gilt dies nur für die veränderte Gesetzeslage durch das UntStRefG 2008 und ist auf die Besteuerung des Stillhalters vor Einführung der Abgeltungsteuer nicht zu übertragen.

19 cc) Gemäß § 23 Abs. 3 Satz 5 EStG a.F. ist "Gewinn oder Verlust bei einem Termingeschäft nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 [...] der Differenzausgleich oder der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag oder Vorteil abzüglich der Werbungskosten". Hierunter fällt auch der negative Differenzausgleich als Verlust. Auch ein solcher kann bei einem Termingeschäft "erlangt" werden (BFH-Urteil in BFHE 239, 95, BStBl II 2013, 231, unter II.2.c; a.A. FG Hamburg, Urteil vom 10. Juni 2016 5 K 185/13, EFG 2016, 1432).

20 dd) Die steuerliche Erfassung eines negativen Differenzausgleichs des Stillhalters ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. Sie entspricht dem Gebot der Folgerichtigkeit und Ausrichtung der Steuerlast am Prinzip der finanziellen Leistungsfähigkeit gemäß Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes (vgl. u.a. BVerfG-Beschluss vom 12. Oktober 2010 1 BvL 12/07, BVerfGE 127, 224, BGBl I 2010, 1766, unter D.III.1.a und 2.). Die Leistungsfähigkeit des Stillhalters ist um den Barausgleich gemindert. Der Barausgleich ist danach als Verlust ebenso steuerlich zu berücksichtigen wie die als positive Einkünfte an den Stillhalter gezahlte Prämie, die vor der Einführung der Abgeltungsteuer gemäß § 22 Nr. 3 EStG a.F. der Besteuerung unterlag (ständige Rechtsprechung, zuletzt BFH-Urteil in BFH/NV 2015, 830).

21 d) Die Ausübung der Option 1 erfolgte am 19. Juni 2009 und damit innerhalb der Spekulationsfrist des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. von einem Jahr. Danach ist der vom Kläger im Streitjahr gezahlte Barausgleich für die Option 1 in Höhe von 165.791 € als Verlust aus einem privaten Veräußerungsgeschäft nach § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Abs. 3 Satz 5 EStG a.F. steuerlich zu berücksichtigen.

22 2. Der Verlust aus der Option 1 ist jedoch --entgegen der Auffassung des FG-- nicht mit den Kapitalerträgen des Klägers i.S. des § 20 Abs. 1 EStG zu verrechnen. Der unter die Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. fallende Altverlust kann gemäß §§ 23 Abs. 3 Satz 9, 20 Abs. 6 Satz 1 EStG nur mit positiven Einkünften der Kläger i.S. des § 20 Abs. 2 EStG in Höhe von jeweils 6 € ausgeglichen werden. Der darüber hinaus gehende Klageantrag ist abzuweisen.

23 a) Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften dürfen nach § 23 Abs. 3 Satz 7 EStG nur bis zur Höhe des Gewinns, den der Steuerpflichtige im gleichen Kalenderjahr aus privaten Veräußerungsgeschäften erzielt, ausgeglichen werden. Diese Verlustverrechnungsmöglichkeit ist im Streitfall nicht gegeben, da die Kläger im Streitjahr keine positiven Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften i.S. des § 23 EStG erzielt haben.

24 b) Für sog. Altverluste aus Veräußerungsgeschäften, auf die § 23 EStG a.F. anzuwenden ist, hat der Gesetzgeber eine zusätzliche Verlustverrechnungsmöglichkeit geschaffen. Nach § 23 Abs. 3 Satz 9 EStG kann ein Verlust aus einem Termingeschäft nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. abweichend von Satz 7 der Vorschrift auch mit Einkünften aus § 20 Abs. 2 EStG i.d.F. des UntStRefG 2008 verrechnet werden. Gemäß § 20 Abs. 6 Satz 1 EStG sind verbleibende positive Einkünfte aus Kapitalvermögen nach der Verrechnung i.S. des § 43a Abs. 3 EStG zunächst mit Verlusten aus privaten Veräußerungsgeschäften nach Maßgabe des § 23 Abs. 3 Satz 9 und 10 EStG zu verrechnen. Der Altverlust des Klägers aus der Option 1 ist somit mit seinen positiven Einkünften i.S. des § 20 Abs. 2 EStG in Höhe von 6 € zu verrechnen.

25 aa) Die erweiterte Verlustverrechnung nach § 23 Abs. 3 Satz 9 EStG bezieht sich ihrem eindeutigen Wortlaut und ihrem Zweck nach nicht auf positive Einkünfte aus Kapitalvermögen i.S. von § 20 Abs. 1 EStG. Denn durch die Übergangsregelung sollte die bestehende Verlustverrechnung innerhalb der ursprünglich selben Einkunftsquelle nur beibehalten, nicht hingegen auf andere Einkunftsquellen erweitert werden. Verluste aus privaten Veräußerungsgeschäften nach § 22 Nr. 2 i.V.m. § 23 Abs. 1 EStG a.F. waren auch vor Einführung der Abgeltungsteuer nur innerhalb des Verlustverrechnungskreises des § 23 EStG a.F. und nicht mit Einkünften nach § 20 Abs. 1 EStG a.F. verrechenbar.

26 bb) Die Altverluste aus Termingeschäften werden dadurch zwar schlechter behandelt als Neuverluste aus Termingeschäften, die auch mit positiven Einkünften aus § 20 Abs. 1 EStG verrechnet werden können (s.u.). Der

Senat sieht die Fortgeltung der Verlustverrechnungsbeschränkung für Altverluste jedoch vor dem Hintergrund des weiten Gestaltungsspielraumes des Gesetzgebers bei der gesetzlichen Ausgestaltung des Übergangs von der Besteuerung der Termingeschäfte als private Veräußerungsgeschäfte zur Besteuerung als Kapitaleinkünfte nach der Abgeltungsteuer als gerechtfertigt an (vgl. BFH-Urteil vom 3. November 2015 VIII R 37/13, BFHE 252, 274, BStBl II 2016, 273). Zum einen führt die für den Übergangszeitraum geltende erweiterte Verlustverrechnung für Altverluste aus § 23 EStG a.F. zu einer Besserstellung gegenüber der alten Rechtslage, da sie mit allen positiven Einkünften aus § 20 Abs. 2 EStG verrechnet werden können und nicht nur mit solchen, die vor Einführung der Abgeltungsteuer unter § 23 EStG a.F. fielen. Zum anderen verfolgte der Gesetzgeber mit den Übergangsvorschriften das legitime Ziel, Änderungen im Bereich der Einkünfte aus Termingeschäften und damit insgesamt den Systemwechsel zur Abgeltungsteuer erst zum 1. Januar 2009 in Kraft treten zu lassen. Im Ergebnis sollten alle Termingeschäfte, bei denen die Anschaffung vor dem 1. Januar 2009 erfolgt war, noch nach der alten Rechtslage besteuert werden (vgl. BTDrucks 16/4841, S. 73). Dieses Vereinfachungsziel liefert einen tragfähigen Sachgrund für die ungleiche Verlustverrechnung von Altverlusten.

27 c) Innerhalb des besonderen Verlustverrechnungskreises des § 23 EStG ist auch eine Verlustverrechnung zwischen Ehegatten zulässig (vgl. Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 35. Aufl., § 23 Rz 97; Musil in Herrmann/Heuer/Raupach, § 23 EStG Rz 320; Blümich/Glenk, § 23 EStG Rz 235; FG Köln, Urteil vom 20. April 2012 4 K 1027/09, EFG 2012, 1741; BMF-Schreiben vom 5. Oktober 2000 IV C 3-S 2256-263/00, BStBl I 2000, 1383, Rz 41). Danach sind die Altverluste des Klägers aus der Option 1 auch mit den positiven Einkünften der Klägerin aus § 20 Abs. 2 EStG in Höhe von 6 € zu verrechnen.

28 3. Auch der Barausgleich aus der Option 2 in Höhe von 19.299 € ist als Verlust aus einem Termingeschäft steuerlich zu berücksichtigen. Er fällt unter die Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG (entgegen BMF-Schreiben vom 9. Oktober 2012 IV C 1-S 2252/10/10013, BStBl I 2012, 953, zuletzt geändert durch BMF-Schreiben vom 18. Januar 2016 IV C 1-S 2252/08/10004:017, 2015/0468306, BStBl I 2016, 85, Rz 26 und 34). Entgegen der Auffassung des FG ist für eine analoge Anwendung des § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG mangels einer planwidrigen Regelungslücke kein Raum.

29 a) Gemäß § 52a Abs. 10 Satz 3 EStG i.d.F. des UntStRefG 2008 ist § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 EStG erstmals auf Gewinne aus Termingeschäften anzuwenden, bei denen der Rechtserwerb nach dem 31. Dezember 2008 erfolgt ist. Vorliegend hat der Kläger die Option 2 ---und damit den Erwerb des Rechts-- im April 2009 eingeräumt. Der Barausgleich fällt danach in den Anwendungsbereich der Neuregelung.

30 b) § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG regelt neben § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG die Besteuerung der Wertzuwächse aus Termingeschäften (s. BTDrucks 16/4841, S. 55). Der Wortlaut der Vorschrift entspricht im Wesentlichen der Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 1. Halbsatz EStG a.F. Nach der Neuregelung gehört zu den Einkünften aus Kapitalvermögen auch "der Gewinn bei Termingeschäften, durch die der Steuerpflichtige einen Differenzausgleich oder einen durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmten Geldbetrag oder Vorteil erlangt". Zu den Termingeschäften gehören --wie bereits ausgeführt-- auch die Optionsgeschäfte. Auch ein negativer Differenzausgleich kann vom Stillhalter bei der Durchführung eines Termingeschäfts i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG "erlangt" werden. Gewinn bei einem Termingeschäft ist gemäß § 20 Abs. 4 Satz 5 EStG der Differenzausgleich oder der durch den Wert einer veränderlichen Bezugsgröße bestimmte Geldbetrag oder Vorteil abzüglich der Aufwendungen, die im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Termingeschäft stehen. Gewinn kann danach auch negativ ein Verlust sein (vgl. BTDrucks 16/4841, S. 57). Dies ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten (s. hierzu oben unter II.1.c dd). Der vom Stillhalter gezahlte Barausgleich ist danach auch nach der Neuregelung der Termingeschäfte durch das UntStRefG 2008 als Verlust bei einem Termingeschäft gemäß § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG steuerlich zu berücksichtigen (Jachmann/ Lindenberg in Lademann, a.a.O., § 20 EStG Rz 511; Jochum, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff, a.a.O., § 20 Rz C/11 12; D/3 29; Helios/Philipp, BB 2010, 95; Aigner/Balbinot, DStR 2015, 198, 203; Moritz/Strohm, Der Betrieb 2013, 603, 607; a.A. FG Hamburg, Urteil in EFG 2016, 1432).

31 Hierfür spricht auch, dass es nach dem Wortlaut der Neuregelung ausreicht, dass der Gewinn "bei" einem Termingeschäft erzielt wird. Die Neuregelung ist danach weiter gefasst als der Besteuerungstatbestand des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Satz 1 1. Halbsatz EStG a.F. Dies entspricht dem Willen des Gesetzgebers, den Anwendungsbereich des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG gegenüber der Vorgängerregelung zu erweitern (BTDrucks 16/4841, S. 55). Ein der Berücksichtigung des Barausgleichs entgegenstehender Wille des Gesetzgebers lässt sich der Gesetzesbegründung dagegen nicht entnehmen.

32 Dem steht auch die Änderung der Rechtsprechung des BFH, dass nach der Einführung der Abgeltungsteuer bei dem Optionsinhaber die Anschaffung der Option und der Ausgang des Optionsgeschäfts (Eröffnungs- und Basisgeschäft) bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise grundsätzlich als Einheit betrachtet werden müssen (BFH-Urteile in BFHE 252, 423, BStBl II 2016, 456; in BFHE 252, 430, BStBl II 2016, 459, und in BFHE 252, 436, BStBl II 2016, 462), nicht entgegen. Für die Besteuerung des Stillhalters ordnet das Gesetz eine "getrennte" Besteuerung der Stillhalterprämie und der Glattstellungsgeschäfte in § 20 Abs. 1 Nr. 11 EStG an, ohne dort den Barausgleich zu regeln. Dieser fällt unter die Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG.

33 4. Der unter § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG fallende Verlust des Klägers aus der Option 2 in Höhe von 19.299 € kann gemäß § 20 Abs. 6 EStG mit den positiven Einkünften aus § 20 Abs. 1 EStG verrechnet werden. Das Werbungskostenabzugsverbot des § 20 Abs. 9 EStG greift nicht (vgl. BFH-Urteil in BFHE 252, 423, BStBl II 2016, 456; a.A. FG Hamburg, Urteil in EFG 2016, 1432).

34 Auch die Regelung des § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG steht der Verlustverrechnung nicht entgegen. Die Vorschrift, nach der Verluste aus Kapitalvermögen, die der Kapitalertragsteuer unterliegen, nur verrechnet werden dürfen, wenn eine Bescheinigung der auszahlenden Stelle i.S. des § 43a Abs. 3 Satz 4 EStG vorliegt, dient der Verhinderung eines doppelten Verlustabzugs (Schmidt/Weber-Grellet, a.a.O., § 20 Rz 190). Eine solche Gefahr ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Die auszahlende Stelle ist aufgrund der von der Finanzverwaltung geäußerten Verwaltungsauffassung davon ausgegangen, dass der vom Stillhalter geleistete Barausgleich einkommensteuerrechtlich unbeachtlich ist (Rz 26 und 34 des BMF-Schreibens vom 22. Dezember 2009 IV C 1-S 2252/08/10004, BStBl I 2010, 94, zuletzt geändert durch BMF-Schreiben in BStBl I 2012, 953). Es ist daher ausgeschlossen, dass der Verlust aus dem vom Kläger geleisteten Barausgleich doppelt berücksichtigt wurde. Es wäre reiner Formalismus, in diesem Fall für die Verlustverrechnung eine Bescheinigung i.S. des § 20 Abs. 6 Satz 6 EStG zu verlangen.

35 5. Die Sache ist spruchreif.

36 Da das Urteil des FG insgesamt aufzuheben ist, ändert der Senat den Einkommensteuerbescheid für 2009 vom 2. Dezember 2010 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 11. Februar 2013 in der Weise, dass bei den Einkünften des Klägers aus Kapitalvermögen i.S. des § 20 Abs. 1 EStG in Höhe von insgesamt 203.355 € negative Kapitalerträge i.S. des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Buchst. a EStG in Höhe von 19.299 € zu berücksichtigen sind. Der gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EStG a.F. steuerlich zu berücksichtigende Verlust in Höhe von 165.791 € ist gemäß §§ 23 Abs. 3 Satz 9, 20 Abs. 6 Satz 1 EStG mit den Kapitalerträgen der Kläger i.S. des § 20 Abs. 2 EStG in Höhe von jeweils 6 € zu verrechnen. Die Berechnung der Steuer wird dem FA übertragen (§ 100 Abs. 2 FGO).

37 6. Die Kosten des gesamten Verfahrens tragen die Kläger zu 90 % und das FA zu 10 % (§ 135 Abs. 2, § 136 Abs. 1 Satz 1 FGO). Die Kostenverteilung ergibt sich nach dem Maße des Obsiegens bzw. Unterliegens, somit danach, in welchem Umfang der Klageantrag erfolgreich ist. Es ist auf den Unterschied zwischen der begehrten und der erreichten Änderung des angefochtenen Verwaltungsaktes abzustellen (vgl. BFH-Urteil vom 27. September 2012 III R 70/11, BFHE 239, 116, BStBl II 2013, 544). Die Kläger begehrten die steuerliche Berücksichtigung eines Verlustes aus Kapitaleinkünften in Höhe von insgesamt 185.090 €. Dieser wirkt sich aufgrund der Verlustverrechnungsbeschränkung des § 23 Abs. 3 EStG bei der Steuerfestsetzung des Streitjahres lediglich in Höhe von 19.311 € (19.299 € + 2 x 6 €) aus. Daraus ergibt sich eine Quote des Obsiegens der Kläger von 10 % gegenüber des Obsiegens des FA zu 90 % des gesamten Verfahrens.

Quelle: www.bundesfinanzhof.de